

МЕТА СПОРОВИ У ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА ПРАВА¹

Апстракт: У овом раду се говори о неким неураличним тачкама унутар правне херменеутике. Хеурисички контекст ове расправе чини релација, а заправо, спор између субјективне и објективне теорије тумачења права у односу на питања која ће се расправљати. Осим тога, читава ова дискусија води се и у контексту тестирања једне социолошке теорије тумачења права коју смо формулисали и изложили у серији ранијих радова из ове области. Иначе, у кругу питања која ће бити обрађена спадају нека за које смајрамо да су релевантна како за правну теорију тако и за правну праксу, а поименице, биће речи о односу субјективне и објективне тумачења права, о природи јуристичког закључка.

Кључне речи: правна херменеутика, субјективна и објективна теорија тумачења права, социолошка теорија тумачења права.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Одредница, заправо, синтагма „мета спорови“, искоришћена је у наслову овог рада имајући у виду њено изведено значење у филозофији, када се тиме подразумева превазилажење бивствујућег у правцу бића, а заправо, трагање за оним што је суштинско, па и најзначајније у облицима и односима света који нас окружује.² Тиме желимо да укажемо на питања изузетно

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, ORCID: 0009-0004-9391-3956, bovan@ius.bg.ac.rs.

1 Овај рад је настао као резултат истраживања на стратешком пројекту који финансира Правни факултет Универзитета у Београду за 2025. годину под називом „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: Правосуђе и изазови данашњице), а у оквиру истраживачке групе „Правосудне реформе са становишта међународног кривичног и кривичног права“.

2 М. Ђурић, *Сјихија савремености*, Српска књижевна задруга, Београд, 1972, 20.

значајна за област тумачења и примене права, али, која остају и даље отворена и контроверзна, поготово од када је Јеринг у круг канона тумачења права укључио и телеолошко тумачење, а све то подразумева више од једног века интензивних правнохерменеутичких расправа.³ Другим речима, „мета“ димензија ових питања подразумева да су она почетак и крај, темељ и свод, извориште и исходиште сваке дискусије унутар правне херменеутике.

Наравно, покушај да се одговори на такву врсту питања подразумева, као прво, њихову идентификацију. И већ овде наилазимо на проблем. Наиме, сам покушај да се сачини листа тих и таквих, фундаменталних питања, по себи је више него амбициозан јер изражава својеврсну претензију на универзалност једног таквог наума, речју, претензију која би представљала *dictum* и *punctum* сваке правнохерменеутичке расправе.

У том узбурканом мору без обала, у том магловитом правнохерменеутичком обзорју, требало је пронаћи светионик, а заправо почетну и упоришну тачку сваке даље анализе. Сматрамо да је у том правцу најплаузибилније кренути од школа (теорија) о тумачењу права, које су овде представљене кроз дихотомију субјективна / објективна теорија тумачења права, с обзиром да проблематика о којој ће бити речи неизоставно и прегнантно долази до изражаја у спору између ове две теорије.⁴

3 Основни Јерингов теоријски принцип, којим прави отклон од пандектистике ка социологији, и заснива одговарајућу перспективу за разматрање суштине, функција и тумачење права, гласи: корист (интерес) а не воља је супстанција права. Видети: Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Београд 1895, 112.

4 Ова подела се заснива пре свега на таквим настојањима у немачкој литератури у овој области, када се међу различитим облицима тумачења права највиши значај придаје субјективном и објективном тумачењу, па се по том основу испоставља и подела на субјективну и објективну теорију тумачења права. Оваква подела је изричито присутна код Г. Хасолда, који се наглашено цитира у радовима на ову тему: G. Hassold, „Wille des Gesetzgebers der Objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung“, *Ztschr for Zivilproces* 2/1981, 182–208. Слично је код И. Пупе, ауторке нарочито придутне о овој области с краја прошло и на почетку овог века: I. Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen 2011, 90–101. Тако и: R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 21–23. Ова подела је дошла до изражаја, а према дискусији која се развила, показала се јако плодотворном, у полемици између два велика имена немачке правне теорије, В. Хасемера и Б. Ритерса, на страницама часописа *Rechtstheorie*: W. Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 1–22. В. Рүthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, 3/2009, 253–284. Може се рећи да је ово најчешћи модел поделе правнохерменеутичких школа и у англосаксонској литератури. На пример, подела на текстуализам (оригинализам) вс. школа „живог устава“ (покрет судијског активизма). Код: М. Гур – Арие, „Америчка јуриспруденција у трећем миленијуму“, *Америчка јуриспруденција XX века* (ур. Г. Вукадиновић, А. К. Одри), Сремски Карловци, 2006, 14–16. Подела на субјективну и објективну теорију тумачења права и данас опстаје као доминантна у англосаксонској литератури, само се она данас изражава кроз супротстављање текстуализма и интенционализма (рачунајући у ову другу и инструментализам тј. прагматизам). Код нас о томе, код аутора

Имајући у виду овако постављен теоријски контекст слободни смо да истакнемо три кључне теме око којих се ломе копља у теорији тумачења права. То су: (1) питање поузданости појединих канона тумачења права, где се имају у виду пре свега тзв. тешки случајеви, а где се испоставља спор између историјског (субјективно – телеолошког) и циљног (објективно – телеолошког) тумачења; (2) питање о природи поступка тумачења права (тумачење права као откривање или формирање значења опште правне норме); и (3) питање о природи јуристичког закључка, које је можда најделикатније, макар због тога што се грана на више подпитања везаних за логичку структуру правног расуђивања.

Сва ова питања, осим што су непрестано присутна у спору између субјективне и објективне теорије тумачења права, врло често се паралелно разматрају, што донекле изазива и конфузију у тим расправама, а што је и сасвим разумљиво јер се она преплићу на начин да произилазе једно из другог и да се настављају једно на друго. Међусобна дијалектика ових питања навела нас је на мисао да их треба обрадити заједно и на једном месту, али једним аналитичким приступом, колико год се то чинило компликованим из изнетих разлога. Тада, чини се да аналитички приступ овој проблематици (постављеним питањима) омогућава одговарајућа разграничења, рангирање ових питања по значају, и лакше сналажење у литератури из ове области.

У овом уводу треба рећи и то да су сви спорови између субјективне и објективне теорије генерисани из истог извора, односно да су последица одговарајућих тешкоћа које стоје на путу успешног тумачења и примене права. Те тешкоће су одвећ познате, обрађиване и неспорне у литератури, тако да ће овде бити само нотиране. Ту спадају: (1) вишезначност језика;⁵ (2) општост правних норми (намерна недовршеност закона – А. Кауфман, отворени садржај правних норми – Х. Харт, елиптичност закона – Е. Бети);⁶

који је склон овој литератури: Г. Дајовић, *Основи правног расуђивања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, 224–239.

- 5 Овде се држимо радикалног приступа у лингвистичкој науци, израженог најјасније у радовима више него угледне ауторке из ове области, М. Хесе, која сматра да „наш језик и мисаони облици никада нису разумљиви сами по себи“: М. Hese, *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, Brighton, 1980, 168. На овај закључак упућује и највећи ауторитет у филозофској херменеутици, Х. Г. Гадамер. Наиме, у јуедно разговору са Ж. Гронденом, исто тако познатим и признатим аутором из ове области, и на његово питање Гадамеру у чему је коначно универзални карактер херменеутике, он одговара – У *verbun interiusu*, у томе што оно што се изговори увек заостаје за оним што се жели исказати: Ж. Гронден, *Увод у филозофску херменетику*, Нови Сад, 2001, 9–10. Најзад, структура лингвистичке науке (семиотика, семантика, прагматика), са помоћним дисциплинама где се нарочито истиче социалингвистика, најчвршћи су доказ у прилог овог става. Иначе, овим се приступом оспорава у највећој мери најтврђи принцип који брани значај језичког тумачења – у јасноћи се не тумачи (*in claris non fit interpretatio*).
- 6 Како то каже Х. Харт, општост закона се испоставља као препрека у тумачењу с обзиром да се право обраћа класама лица и да се односи на класе радњи, ствари и околности: Х. Харт, *Појам права*, Подгорица 1994, 159.

(3) садржинска неодређеност основних правних вредности;⁷ (4) динамичност, сложеност и идеологичност друштвених односа који су предмет правног регулисања.⁸

Најзад, још једна важна напомена. Дискусија о неким горућим питањима и споровима у теорији тумачења права одвијаће се унутар још два концентрична круга. Један је доктринарни а други теоријско – хеуристички. Овај први подразумева да ће проблематика у питању бити разматрана у оквирима социолошкоправне науке. Када то кажемо има се у виду наглашени утилитарни карактер ове дисциплине, да је она конципирана да служи правној пракси, што у овом случају подразумева (а када се зна да је област примене права једна од њених најважнијих тема), заснивање обавезе да се по обављеној дискусији евентуално формулише један оперативни модел тумачења права. Најзад, посматрано у једном теоријско – хеуристичком контексту, изложићемо елементе једне социолошке теорије тумачења права, као покушај конципирања једног, за потребе правне праксе оперативног модела тумачења права, који иначе долази до изражаја у поступку изрицања правде, онда када судије одговорно, професионално и савесно обављају свој посао. У питању је модел одлучивања и пресуђивања супротан моделу строгог силогизма, а поготово скраћеног силогизма који се, иначе, највише практикује у судници.

2. СУБЈЕКТИВНО VS. ОБЈЕКТИВНО ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА

Овај спор подразумева питање да ли је тумачење права поступак откривања воље законодавца или воље закона, односно, да ли при тумачењу предност дати историјском или циљном канону интерпретације права. Прецизније означавање ових канона подразумева да се овде ради о спору између субјективно – телеолошког и објективно – телеолошког тумачења.⁹ Тиме долазимо и до прве и најважније додирне тачке између ових канона, а наиме, чињенице да се у оба случаја ради о расуђивању и закључивању полазећи од циљева регулисања.

Управо изложена околност чини супротстављеност ова два канона крајње релативном, а коначно, превазиђеном. О томе говори К. Ларенц. Указујући на недоследност највиших судских инстанци у Немачкој, на пример да кривична већа дају примат објективном тумачењу а парнична

7 На садржинску неодређеност вредности (поготово базичних правних вредности) најбоље упућује Х. Перелман који је у свом покушају да заснује логику вредносних судова коначно (песимистички) закључио: „Различите моралне принципе људи који припадају различитим културним срединама не оспоравају, него их тумаче на разне начине, а ти покушаји тумачења никада нису коначни“ – Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд, 1983, 86–87.

8 О томе убедљиво код: Н. Висковић, *Језик љрава*, Напријед, Загреб, 1989, 124–131.

9 Тако код И. Пупе, *op. cit.*, 93–95.

субјективном,¹⁰ он изводи закључак да оштра опредељења за субјективно и објективно тумачење на крају завршавају у признавању нужности оног другог тумачења,¹¹ односно, да га цитирамо: „Из свега овога произилази да би требало настојати да се уклони супротстављеност ове две теорије. Већ и из чињенице да ниједна без њих не може без ослањања на другу јасно се види да свака од њих представља само делимичну истину“.¹² Тако размишља и Ф. Бидлински. Он каже да је спор између субјективне и објективне теорије „прилично излишан и данас у суштини превазиђен“,¹³ односно: „Ко жели да испуни правнички задатак и да пружи најбоље могуће рационално решење, он заиста мора и одувек је морао да узме у обзир обе спознајне могућности, при чему од конкретне поставке проблема зависи који ће бити главни приступ. Не би, дакле, више требало говорити о ексклузивности једног или другог циља тумачења“.¹⁴ Потврда изложених ставова долази до изражаја у заговарању „мешовитих“ теорија тумачења права, на пример код Хасолда,¹⁵ или типично, код Енекеруса и Нипердија још педесетих година XX века, који полазе од субјективног тумачења као примарног, али признају потребу примене објективног тумачења у виду „корекције тумачења према вредности резултата“.¹⁶

Међутим, заговарали једни или другу теорију, или њихову здружену примену, обе показују велику дозу арбитрерности у погледу заснивања једног конкретног и оперативног критеријума тумачења општих правних норми. То се огледа у чињеници да се субјективно тумачење ослања на језичко тумачење, а оно објективно на прагматичко тумачење. То коначно значи, када се ради о субјективном тумачењу, да се трагање за вољом законодавца испољава као откривање неког „правог“ значења правне норме, или као избор једног од могућих језичких значења.¹⁷ Опет, када се ради о

10 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1960, 237–238.

11 *Ibid.*, 237.

12 *Ibid.*, 238.

13 Ф. Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31.

14 *Ibid.*, 32.

15 G. Hassold, *op. cit.*, 210.

16 L. Enneccerus, H. Nipperdey, *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Tübingen, 1949, 326.

17 Ово прво одређење субјективног/језичког значења је присутно у нашој литератури. На пример: Д. М. Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 247, 266. Ипак, чешће је ово друго одређење, да је тумачење права избор између једног од језичких значења норме. Тако је код: Р. Д. Лукић, *Тумачење права*, Београд, 1961, 78, 185. Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица, 2008, 264. Н. Висковић, *Теорија државе и права*, Биротехника, Загреб, 2006, 242–243. М. Павчник, *Теорија права*, ГВ Заложба, Љубљана, 2007, 477–478. Слично је и у страној литератури. Тако на пример, Р. Алекси, иако даје једну специфичну типологију средстава тумачења са посебим акцентом на тзв. практичким аргументима: R. Alexy, *Juristische Interpretation*, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main, 1995, 84.

објективном тумачењу, ослон на прагматичко тумачење подразумева да је у питању, како то каже Ф. Бидлинкси, „откривање релевантне садржине закона тако што се стручно и са дужном пажњом оцењује објављени текст у контексту садашњих односа“.¹⁸ Формулација „садашњи друштвени односи“ у складу са прагматичком природом објективно – телеолошког тумачења, требало би да изражава садржај мале премисе јуристичког закључка, тј. случај тумачења у свом фактичком капацитету и одговарајућем искуственом обиму. Међутим, унутар ових теорија долази до једне врсте аксиологизације мале премисе када се њена садржина једним онтолошким обтом претвара у телеолошку конструкцију, па се „садашњи друштвени односи“, коначно, испољавају кроз одговарајуће вредносне стандарде. То најзад значи, да се трагање за вољом закона испољава као расуђивање и закључивање полазећи од савремених потреба, интереса и културних вредности једне заједнице (Р. Ципелијус), или полазећи од моралних и етичких вредности које су заједничке за целу заједницу (А. Мармор), или полазећи од социјално – објективних намера (циљева) закона (А. Барак), или полазећи од здравог етичког осећања које изражава морал једне заједнице (Б. Марковић).¹⁹

У оквиру онога што би изражавало дефиницију тумачења права према мешовитим теоријама, могли би да наведемо гледишта која под овим подразумевају приписивање значења општој правној норми (*attribution of meaning*), као код Мармора,²⁰ или неких наших аутора (тумачење као утврђивање нормативног значења текста),²¹ или се под тумачењем права подразумева одлучивање о значењу које се сматра најразумнијим у датом контексту, као код Макормика.²²

Према изложеном, и на први поглед, а поготово полазећи од мешовите теорије која обједињује субјективно и објективно тумачење (на пример по логици коју предлаже А. Барак – прво откривамо намеру творца текста, а потом, евентуално, циљеве закона као намеру рационалног творца закона), чини се да имамо поуздан критеријум тумачења прописа, где су, и у једном и другом случају, полазна основа циљеви регулисања. Међутим, откуд онда и даље полемике, поготов тако оштре као она између В. Хасамера и

Ипак, када даје дефиницију, каже да је правна интерпретација избор између више интерпретативних алтернатива на основу аргумената (*Ibid.*, 78). Тако поступа и А. Барак који такође тврди да је тумачење права избор између могућих лингвистичких значења (семантичких могућности) текста: А. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005, 7, 23, 89, 91, итд.

18 Ф. Бидлински, *op. cit.*, 31–32.

19 R. Zippelius, *op. cit.*, 51–52. А. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Bloomsbury Publishing, Portland, 2005, 161. А. Barak, *op. cit.*, 90. Б. С. Марковић, *О љраведном љраву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1993, 166,

20 А. Marmor, *op. cit.*, 10.

21 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *Увод у љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 320.

22 N. MacCormik, „Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris* 6/1993, 20.

Б. Ритерса, два великана правне теорије, а на тему поузданости субјективног и објективног тумачења.

У том спору, Хасемер указује да везаност законом (субјективно тумачење) игнорише чињеницу да циљеви закона могу бити застарели и противречни, а поготово да су по правили нејасни или неодређени. Међутим, још важније, Хасемер упозорава на кључну последицу коју у тумачењу и примени права производи везаност законом, а то је топос логичко – механичке функције правосуђа где судија фигурира као један субсумциони аутомат који дела по канонима формалне логике.²³ Коначно, он чак тврди да је идеја о строгој правној методи која упутства закона поуздано преноси судији и тиме остварује везивање судије за закон један најобичнији сан.²⁴ Своје залагање у корист објективног метода тумачења Хасемер завршава тако што тврди да су закони тек топои судијског обликовања права. Штавише, судију посматра кроз парадигму уметника (судија као виртуозни пијаниста).²⁵

С друге стране, Б. Ритерс брани принцип везаности законом (субјективно тумачење), а тиме и принцип поделе власти, што је и класични аргумент у одбрани овог становишта. Овде га помињемо, наравно, као учесника у овом спору, али пре свега због убедљивости његове аргументације против објективног тумачења. Он тврди како закључивање сходно конкретном поретку (*das Denken in konkreten Ordnung*), или трагање за објективним смислом закона (*Objektiver Sinn der Norm*),²⁶ није ништа друго него једна фикција којом се прикрива судијско стварање права. На ту тему Ритерс је изричит када каже: „Тумачити се може само оно што се налази у закону као воља за регулисањем и циљ регулисања. Не постоји једнаа засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача. Закон садржи само вољу законодавца за регулисањем и врху норме, и ништа више“.²⁷

Читав овај спор делује још чудније у ситуацији када се поједини аутори коначно изјашњавају на тему базичног критеријума тумачења права, када се, у крајњој линији, не позивају на вољу законодавца или вољу закона, већ када терет одличивања, готово унисоно, пребацују на плећа судија, позивајући се на њихов професионализам, стручност и савест. Тако на пример, Мармор каже како се судије у свом раду морају придржавати здравог моралног расуђивања (*sound moral judgment*).²⁸ Тако је и код Р. Дворкина када закључује да судија „компликоване случајеве треба да пресуђује са свом потребном смерношћу“.²⁹ Исти је случај са Б. Ритерсом, који каже да је у

23 W. Hassemer, *op.cit.*, 4–5.

24 *Ibid.*, 3, 5, 7.

25 *Ibid.*, 17–21.

26 B. Rüthers, *op. cit.*, 260, 264.

27 *Ibid.*, 262.

28 A. Marmor, *op. cit.*, 168.

29 Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Службени лист: CID, Београд-Подгорица, 2001, 170.

темељу поступка изрицања правде размишљајућа послушност (*denkedem Gehorsam*) према закону.³⁰ Ето нам овде и Хасемера који овај проблем решава тако што даје судији инструкцију да у свом раду мора бити пажљив и опрезан.³¹

Коначно, полазећи од реченог, поготово имајући у виду убедљиву аргументацију коју заговорници субјективне и објективне теорије износе једни против других, може се рећи да откривање воље законодавца полазећи од језичког значења, или откривање воље закона полазећи од моралних схватања једне заједнице, представљају непоуздан критеријум тумачења права стога што ове теорије не могу да се изборе на поуздан начин са тешкоћама које стоје на путу успешног тумачења, које су нотиране и око којих постоји консензус у литератури. Другим речима, како открити вољу законодавца или вољу закона када имамо у виду општост правних норми, или садржинску неодређеност вредности које се промовишу и штите правним поретком, или, имајући у виду сложеност и динамичност друштвених односа који се законом регулишу.

Одговор на ово питање покушаћемо да понудимо позивајући се на једну доследно прагматичну, а у суштини, социолошку теорију тумачења права. О томе ће бити речи у последњем одељку рада након што буду изложени сви остали кључни спорови унутар јуристичке херменеутике, и то као јединствен одговор или можда и решење тих спорова. У сваком случају, тај одговор ће подразумевати другачији херменеутички третман велике премисе, тј. циљева регулисања, што се у субјективним и објективним теоријама тумачења права испоставља као кључни критеријум тумачења права.

3. ПРИРОДА ПОСТУПКА ЈУРИСТИЧКОГ РАСУЂИВАЊА (ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО ОТКРИВАЊЕ ИЛИ ФОРМИРАЊЕ ЗНАЧЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ)

Овај спор проистиче и преплиће се са оним о херменеутичким дометима субјективног и објективног метода тумачења права. Ова веза најдиректније долази до изражаја код заговорника субјективног тумачења када га посматрамо у заједници са језичким тумачењем. Наиме, у питању су аутори чија интерпретација „трагања“ за вољом законодавца и буквално добија облик „откривања тј. изналажења“ воље законодавца, али воље која мора бити садржана у тексту закона, а никако ван њега (текстуалисти чак одбијају могућност да легислативна прошлост закона може бити коришћења у тумачењу закона). Овај правац у правној херменеутици највише долази до изражаја на тлу САД, а управо због буквалистичког схватања субјективног тумачења означава се као „текстуализам“. Сада већ класични пример ових гледишта проналазимо код судије Врховног суда САД А. Скалије

30 B. Rüthers, *op. cit.*, 283.

31 W. Hassemer, *op. cit.*, 11.

који херменеутички контекст најстрожије своди на његов семантички оквир.³² Такав пример пружају радови и пресуде судије Нила Горсуча, В. Ренквиста (и других), а најтврдокорнији заговорник овог приступа је, наравно, судија и теоретичар Р. Борк, који, као заговорник доследног текстуализма, чак тврди како судијски активизам субверзивно делује на функционисање правног поретка САД.³³

Наравно, поставља се питање да ли текстуализам у свом најужем значењу може да послужи као оперативна платформа за тумачење закона. Слично питање се поставља и у односу на читаву субјективну теорију када тумачење проширимо са језика правног текста на „намеру законодавца“ која се може откривати и на друге начине (на пример употребом законодавних материјала). О томе је било речи у претходном одељку и нећемо се понављати на ту тему.

На овом месту, унутар питања о природи поступка тумачења права, треба нешто рећи о последицама које субјективна теорија производи у правној пракси. Наиме, како то тврди Р. Огорек, идеја везаности судије законом (субјективно тумачење) у најчвршћој је вези са законским позитивизмом ХИХ века, а најочигледнија последица таквог стања ствари јесте топос судије као логичког аутомата који преовлађује у судницама широм света.³⁴ Како смо то већ истакли, овај модел судијског рада долази до изражаја, ако не у облику строгог, а оно – скраћеног силогизма. Следећа, још упечатљивија последица једне овакве, механичке јуриспруденције, огледа се у негирању, занемаривању, спречавању, чак санкционисању, креативног рада судија.³⁵ До свега овога долази и због других разлога: на пример, због великог броја предмета, лошег материјалног статуса носилаца правосудних функција, притисака на правосуђе, итд. Али, чини се, најважнији разлог који дестимулише судијску слободу, стваралаштво и креативност јесте онај везан за развој принципа судијске независности (везаност судија законом), који, у спрези са законским позитивизмом у правној теорији, и субјективном теоријом у јуристичкој херменеутици доводе до оваквог стања ствари.

Објективна теорија тумачења права, стога, заступајући другачији приступ, где је тумачење закона „формирање“ а не „откривање“ значења

32 A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997, 22–24.

33 R. H. Bork, *Coersing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, AeI Press, Washington D. C., 2003, 79–84. Видети о текстуализму (оригинализму) у овом смислу, у нашој литератури из ове области, код: Г. Дајовић, *op. cit.*, 224 ж–229.

34 R. Ogorek, „Inconsistencies and Consistencies in 19th Century Legal Theory“, *German Law Journal*, 1/2011, 34–57.

35 Као супротан, тј. позитиван пример у том смислу, наводимо праксу Европског суда за људска права, која, заснована по моделу једног новог прецедентног права, почива управо на идеји судијске слободе и креативности. Видети код: Д. Поповић, *Послѧанак европској ѧрава ѧудских ѧрава: Есеј о судској креативности*, Службени гласник, Београд, 2013, 43–66.

опште правне норме, иако доминантна у теорији, није толико присутна у правној пракси.

Према изложеном у претходном одељку, и најпростије речено, објективно тумачење, упарено са прагматичким приступом, подразумева шири концепт правне интерпретације. У питању је трагање за вољом закона, а то подразумева закључивање полазећи од савремених потреба и интереса, моралних ставова и културних вредности једне заједнице. Саставни део овог херменеутичког пакета је и идеал – тип судије (и других државних званичника), када се подразумева разборити и рационални тумач који персонификује вољу законодавца. Имајући у виду изложени модел интерпретације, који подразумева на оба пола херменеутичког процеса (текст и тумач) један неодређени стандард, сасвим је неспорно да се овакво тумачење закона, и буквално, испољава као формирање значења опште правне норме. Већ смо цитирали Б. Ритерса који иронично указује на крајњу арбитрерност овог приступа када каже да се призивањем воље закона не појављује ништа друго него воља призивача (тумача). Једно такво иронично упозорење проналазимо и код Х. Вустендорфера, који у критици објективне теорије поставља питање „како нешто жељено и намеравано, може и само да жели и намерава.“³⁶ У том тону и К. Енгиш закључује како по објективној теорији закон може бити паметнији од законодавца, а судија може бити паметнији од самог закона.³⁷ На крају и А. Рос због једне овакве више него потенцијалне арбитрерности и неодређености објективног тумачења сматра да објективно тумачење може бити много субјективније него оно субјективно.³⁸

Међутим, без обзира на изречено, објективно тумачење се више не може искључити из круга канона тумачења прописа: прво, због мањкавости субјективног тумачења; друго, јер оно почива на идеји херменеутичког релативизма Х. Г. Гадамера, П. Рикера и осталих заговорника овог правца, што је више него доминантно гледиште у филозофској (општој) херменеутици, а данас и у правној херменеутици; треће, стога што нас друштвене функције права (право као средство друштвене контроле и шире друштвеног инжењеринга) упућују на нужну употребу овог канона у поступку тумачења и примене права.

У сваком случају, објективни приступ поступку тумачења права – као трагање за вољом закона и као модел „формирања“ значења закона – подразумева да је правна интерпретација наглашено креативан и конструктиван поступак. То даље значи да је тумачење права, увек, као и свако друго тумачење, једна врста вредновања.³⁹ Најзад, и коначно, вредновање у

36 H. Wüstendörfer, „Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie“, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie* 9/1915-1916, 306.

37 K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, 104.

38 A. Ros, *op. cit.*, 147.

39 Тумачење је увек вредновање због контекстуалног карактера тумачења (Х. Гадамер: „У идеји правног уређења имамо да пресуда судије не проистиче из непредвидљиве произвољности, већ из праведног одмеравања целине“, *op. cit.*, 364.), и

судијском одлучивању је само друго име за већу или мању судијску слободу на којој почива идеја објективног тумачења. Зато се, сасвим отворено, питање о критеријуму тумачења права унутар ових теорија може поставити као „проблем методизације судијске слободе“. Другим речима, имајући у виду друштвене функције права (право као средство за остваривање извесних друштвених циљева), и аксиолошку природу поступка тумачења права, телеолошки приступ и судијска слобода искрсавају као херменеутичка нужност, тј. као најопштији хеуристички оквир за разматрање кључних тема и проблема теорије тумачења права. Ово се нарочито односи на питање херменеутичког третмана судијске слободе. У наставку рада биће указано као у том погледу, уско са херменеутичког становишта, највећу пажњу треба посветити питању каналисања судијске слободе, а не неким другим, која су у том ужем контексту изведеног и секундарног карактера иако несумњиво важна за свеукупно функционисање правног поретка у једном демократском друштву (на пример: питања о судском стварању права, о владавини права, о подели власти, итд.)

Централно место питања о судијској слободи нам говори да поступак тумачења права по својој природи није само *тјехне* већ и *тјхронесис*, а у последњем одељку рада покушаћемо да докажемо да један другачији херменеутички третман мале премисе пружа аргументе да се правна интерпретација означи и појмом *ејисити*.

У контексту перспективе коју овде заступамо, закључак овог одељка гласи да дискусија о природи поступка тумачења права још снажније указује на сва отворена питања теорије тумачења права која се не могу решити класичном аргументацијом, заправо на начин на који се одвија дискусија између присталица субјективне и објективне теорије тумачења права.

4. ПРИРОДА ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧКА

Спорови нотирали и дискутовани у претходним одељцима рада своју најоштрију форму добијају унутар питања о природи јуристичког закључка. Тада, ова се проблематика грана најмање у три правца: први подразумева дискусију о природи велике премисе јуристичког закључка; други правац се односи на питање о природи и функцијама мале премисе унутар логичког односа између велике и мале премисе; најзад, поставља се питање (као најважније) о самом логичком односу велике и мале премисе када се подразумева дискусија о односу правног и чињеничног питања у поступку тумачења права.

због аксиолошке природе значења (Л. Витгенштајн: „Значење изражава социјалне услове употребе знака“, Л. Витгенштајн, *Филозофска исцртавања*, Нолит, Београд, 1980, 56. О тумачењу права као вредновању и код: Н. Макормик, „Аргументација и интерпретација у праву“, *Право, аргументација, интерпретација* (ур. М. Марковић), Академска књига, Београд, 2018, 86.

Када се ради о природи велике премисе, пре тога треба рећи најкраће какав она има третман унутар субјективне и објективне теорије тумачења права. Наиме, посматрано из угла дискусије о природи јуристичког закључка неспорно је да и субјективна и објективна теорија представљају облик резонувања и закључивања полазећи од циљева регулисања што подразумева хипостазирање велике премисе, када се, коначно, правно расуђивање испоставља као решавање правних питања. Исти закључак следи и када се унутар ових теорија постави питање о природи поступка тумачења права. Тада, полазећи од неспорног становишта да је тумачење права пре свега „формирање“ а не „откривање“ значења опште правне норме, а то значи да је тумачење права увек једна врста вредновања, опет се фокусирамо на циљеве регулисања, тј. опет се фаворизује велика премиса у разматрању природе јуристичког закључка.

Међутим, овде није споран само херменеутички третман велике премисе. Наиме, поред ове, онтолошко – логичке неравнотеже у разматрању односа велике и мале премисе, споран је и начин на који се представља природа велике премисе унутар субјективне и објективне теорије правног расуђивања. Ради се о томе да се циљеви регулисања посматрају на један статичан, у великој мери поједностављен, а коначно, неproblemатичан начин. Додуше, присутна је дискусија о врстама и значају циљева регулисања (о основним вредностима правног поретка или појединих грана права), па се онда говори о томе како циљеви регулисања могу бити застарели, међусобно противречни или конкурентни (алтернативни или супротстављени); како врло често требе решавати питање хијерархије између тих циљева; како су они врло често различитог нивоа општости, итд.⁴⁰ На ову тему се изјашњава један наш аутор, па каже „што су циљеви општији и апстрактнији, то су и неодређенији“.⁴¹

Овакав приступ је доказ свих заблуда у дискусијама око природе велике премисе, тј. доказ поједностављеног приступа овој материји. Наиме, из разлога неспорних у литератури, циљеви садржани у правним нормама нису „понекад“, него „готово увек“ неодређени по својој садржини. То значи

40 Овде не улазимо у дискусију о логичкој природи правног резонувања, када прихватимо готово унисони став да је по својој логичкој природи правно расуђивање облик дијалектичког силогизма, што значи да премисе таквог резонувања нису нужне нити истините већ само вероватне. На ову тему у нашој литератури убедљиво код Ј. Хасанбеговић: „Правно расуђивање је пре свега проблемско, па тек потом (и под одређеним условима) системско. Тек када се конкретан случај као проблем реши, може му се, дакле, само накнадно, дати силогистички облик. А правни проблем се силогизмом не може решити, већ само решен уврстити у систем, при чему ни давање силогистичке форме, ни увршћивање у систем немају сами по себи никакву ни логичку ни друштвену вредност“ – Ј. Хасанбеговић, *Перелманова љравна лoјика као нова рејљорика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 198.

41 Г. Дајовић, *op. cit.*, 189.

да рад на циљевима закона подразумева (1) идентификацију циља или циљева које треба применити, потом (2) прецизирање тих циљева за потребе решавања конкретног случаја, при чему се (3) прецизирање циљева одвија полазећи од чињеница тог конкретног случаја. О томе на пример говори Ф. Бидлински приликом разматрања о објективно – телеолошком методу.⁴² Пример нам пружа и једноставан случај (тз. категорија лаких случајева) на који се позива Х. Канторович. Он указује на то како судија који осуди преступника на три месеца затвора због обичне крађе, у ситуацији када је за то дело распон казне до пет година, има на располагању 1825 величина казне. Канторович овде говори како супсумција у конкретном случају не почива на силогистици него на индукцији полазећи од чињеница конкретног случаја,⁴³ а у оквирима наше дискусије овај пример говори како је најделикатнији задатак пред којим се судија налази приликом изрицања правде судије управо у прецизирању циљева из опште правне норме, али увек имајући у виду значај чињеничних питања у том правцу.⁴⁴

Ево још једног примера из нашег позитивног законодавства. Нека то буде инкриминација из области прекршајног права која се односи на безбедност саобраћаја, и која такође спада (према судској пракси код нас а и иначе) у круг лаких случајева. Наш Закон о безбедности саобраћаја на путевима (Сл. Гласник РС, бр. 41/2009 до 76/2023.) предвиђа казнене мере за прекорачење брзине, па тако за кретање на путу у насељу брзином која је за 30 до 50 км/х већа од дозвољене, и када је извршењем овог прекршаја дошло до непосредне опасности за друге учеснике у саобраћају, може се изрећи новчана казна од 20.000 до 40.000 хиљада динара, или казна затвора до 45. дана, уз забрану управљања возилом од најмање 30. дана (и одређен број казних поена (што за ову дискусију није релевантно). Да се овде ради о тзв. лакој случају, показује не само област регулисања, степен друштвене опасности, заштићени циљ закона него и судска пракса, када видимо једно рутинско одлучивање (према увиду у одговарајући број предмета), са тенденцијом кажњавања према законском минимуму. Најкраће речено, релативна једноставност ове инкриминације чини да је сврставамо у тзв. лаке случајеве.

Међутим, посматрано са становишта једног скрупулозног, професионалног и одговорног тумачења овог прописа, испоставља се да ово није једноставан случај јер се овде, у примени прописа, сусрећемо са низом „каучук елемената у норми“ (распон новчане казне од 20.000 до 40.000 хиљада динара, или казна затвора до 40. дана, заштитна мера од најмање 30. дана забране управљања мотпрним возилом), у комбинацији са једном генералном клаузулом, тј. правним стандардом (изазивање непосредне опасности за друге учеснике у саобраћају).

42 Ф. Бидлински, *op. cit.*, 39–58.

43 Х. Канторович, *op. cit.*, 92–93.

44 У том правцу Канторович каже да је правна догматика без социологије празна, а социологија без догматике (у примени права) слепа: Х. Канторович, *Ibid.*, 109.

Још важније од тога, овај пример нам показује да превазилажење свих неодређености са којима се сусрећемо у тумачењу ове норме, тј. да интерпретација и примена норме у питању подразумева прецизирање ових неодређености, а то, у крајњем случају значи, прецизирање и конкретизацију општег циља који се штити овом нормом, а то је већа сигурност учесника у саобраћају. Другим речима, због свих тешкоћа у поступку тумачења права, а на крају и због инхерентне неодеђености циљева регулисања, правно расуђивање по правилу добија облик „прецизирања“ циљева регулисања полазећи од чињеница конкретног случаја. То значи да се правно расуђивање не може уподобити моделу одлучивања који подразумева некакво „подвођење“ чињеница конкретног случаја под чињенични опис у законској норми. У односу на категорију „прецизирања“ коју смо искористили за објашњење суштине правне интерпетације, а чак и према једноставном примеру из позитивног законодавства, модел „подвођења“ чињеница под норму је неоправдано апстрактан, а заправо, и коначно, крајње површан и погрешан (није користан судији у доношењу одлуке).

Наравно, модел „подвођења чињеница конкретног случаја под законску норму“ а не „прецизирања циљева закона за потребе конкретног случаја полазећи од чињеница тог случаја“ доминира, што је крајње бизарно и неразумљиво, и у литератури из области тумачења права и у судници (у судници у форми одлучивање по моделу скраћеног силогизма). Нећемо се дубље упуштати у тражењу одговора на питање зашто је то тако, а кључни разлози су изнети у ранијем тексту.

Дискусија о природи јуристичког закључка подразумева не само проблем херменеутичког третмана велике премисе (о чему је до сада било речи у овом одељку), већ и херменеутичког третмана мале премисе. Мала премиса, тј. премиса чињеничног стања је тема која није занемарена у правној херменеутици.⁴⁵ Међутим, оно што карактерише те расправе јесте да се оне протежу по ширини али не и по дубини ове проблематике. Другим речима, као што се на поједностављен начин представља природа велике премисе (рад на великој премиси), још више је то упрошћавање проблематике присутно када се ради о природи мале премисе јуристичког закључка.

Мала премиса се посматра кроз оптику решавања чињеничних питања, што подразумева њихову идентификацију (утврђивање) и правну квалификацију. У оквиру прве теме расправља се о чињеницама на један здраворазумску начин, када овај појам подразумева „оно што јесте или што се збива, као оно што се сматра стварним податком искуства“, или се овој теми приступа дубље, да кажемо филозофски, па се под чињеницама подразумева „феномен који заузима ограничено место у времену и простору“.⁴⁶ Још простије, али исправно код нашег аутора који је већ цитиран, чињеница

45 Преглед немачке литературе на ову тему код: C. Bäcker, „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens“, *Rechtstheorie* 3/2009, 411 (fn. 17).

46 J. Хасанбеговић, *op. cit.*, 182.

је догађај који је постојао или се догодио, односно „стварност која постоји изван нас“.⁴⁷

У сваком случају, појам чињенице, поготово у контексту циљева овог рада, одређујемо на начин који је управо изложен. Међутим, посебан проблем јесте начин на који се дефинише појам „правне квалификације“. Тада се, заправо, само потврђују већ изнете критике на херменеутички третман велике премисе, односно показује како се унутар субјективне и објективне теорије тумачења права рад на великој премиси посматра поједностављено, и буквално механицистички, заправо кроз оптику једне натегнуте и лажне силогистичке конструкције, тј. помоћу појма „подвођења“ чињеница подзаконску норму. Примера за изложен, погрешан начин третирања појма правне квалификације, има много у нашој литератури.⁴⁸ Иначе, увек када под правном квалификацијом подразумевамо вредновање чињеница,⁴⁹ на позицији смо погрешног одређивања херменеутичког третмана велике премисе у горе изложеном смислу.

Према изложеној критици, полазећи од појма „прецизирања циљева“ у покушају да објаснимо поступање (херменеутички рад) на великој премиси, појам „правне квалификације“ постаје излишан или се мора третирати као синоним за поменуто „прецизирање циљева“.

Међутим, сада долазимо до кључног момента када се ради о херменеутичком третману мале премисе. Наиме, сам појам „прецизирања закона тј. циљева регулисања“, говори нам о великом значају чињеничних питања, односно да се по свом херменеутичком значају мала премиса мора довести у исту равн са великом премисом. Али, важније је нешто друго. Приступ који овде заговарамо говори нам заправо да рад на чињеницама конкретног случаја који се нашао пред судијом, а у функцији „прецизирања циљева“, подразумева не само њихово утврђивање већ и објашњење. Објашњење чињеница, а за потребе тумачења права, тј. у правцу прецизирања циљева правне норме, подразумева: а) утврђивање чињеница; б) повезивање чињеница; ц) оцењивање релативног детерминистичког значаја чињеница; д) дефинисање ужег или ширег социјалног контекста та разматрање конкретног случаја тумачења.

С обзиром на функције и значај права као средства друштвеног инжињеринга, и с обзиром да примена права подразумева одлучивање о људским судбинама, објашњење чињеница (рад на малој премиси) унутар процеса тумачења права подразумева једну комплексну контекстуалну анализу. Тај модел анализе заправо се поклапа са методом рада социолошке науке, јер

47 Г. Дајовић, *op. cit.*, 65.

48 Тако код Н. Катичића, који под правном квалификацијом подразумева супсумирање чињеница под правно правило. Слично и код М. Јездића. Овде спада и мало поетскије схватање В. Ракић Водинелић, која под правном квалификацијом подразумева поступак тражења места чињеницама у свету правних правила. Видети код: Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 188.

49 Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 189. Г. Дајовић, *op. cit.*, 57.

је управо ова наука модел најкомплексније контекстуалне анализе. Другим речима, баш као у социологији, објашњење чињеница у поступку тумачења и примене права подразумева једну у правом смислу микро - социолошку анализу у правцу прецизирања вредности садржаних у општим правним нормама. Ово је разлог смеле Канторовичеве изјаве где се каже како је судија пре свега специјалиста чињеничног стања а не опсенар правних прописа.⁵⁰

Тако долазимо до јединственог, непротивречног, јединог рационалног и разумног критеријума тумачења правних прописа којим се превазилазе недостаци субјективне и објективне теорије тумачења права, односно кључне тешкоће које стоји на путу успешног правног тумачења (пре свега неодређеност циљева садржаних у законима). Тај критеријем је мешовите природе и има своју нормативну страну (закони, тј. циљеви закона) и емпиријску, тј. каузалну страну (обрада чињеница по логици једне социолошке анализе). Њих повезује категорија „прецизирања циљева“ чији се херменеутички и онтолошки значај превиђа у јуристичкој херменеутици, што је потпуно несхватљиво с обзиром да се ради о теоријском и праксеолошком конструкту којим се успоставља дијалектичко јединство и онтолошко прожимање велике и мале премисе јуристичког закључка („стапање хоризоната“ у Гадамеровом смислу).

И најзад, стижемо до кључног питања које се односи на природу јуристичког закључка, а то је однос велике и мале премисе. У том правцу осврнућемо се на наше ауторе који посвећују пажњу овој проблематици. Један од њих заступа гледиште да правна интерпретација представља решавање правних питања, или, да цитирамо: „Правно расуђивање је особени начин практичког расуђивања, ... и оно подразумева рационално доношење и оправдање одлука о правним питањима путем интерпретативне аргументације“.⁵¹ Изложен приступ овој проблематици подразумева, у првом кораку, извесну дискриминацију мале премисе. Наиме, тада се признаје значај емпиријског питања за правну аргументацију, на пример код

50 Х. Канторович, *op. cit.*, 38. Један овакав херменеутички третман мале премисе подразумева да правно расуђивање има димензију *tehne*, *phronesis* али и *episteme*. Другим речима, то значи да правно расуђивање име додирне тачке не само са филозофским и моралним расуђивањем, него и оним научним. Супротно, али без убедљиве аргументације код: Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 101. Убедљивији приступ проналазимо код аутора који упоређују правно и научно расуђивање полазећи од њихових циљева. Тако на пример, М. Хеке, сматра да је научно расуђивање номотетско (откривање правилности, тј. законитости у друштву), док је оно правно практично, тј. проблемско (доношење одлуке о томе како делати у конкретном случају): М. Hoeske, *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002, 126. Погрешка ових гледишта јесте у томе што правничко и научно резонување не упоређују са становишта методологије прикупљања и обраде чињенице, те доношења закључака, када се уочава, како је већ истакнуто напред, да правно расуђивање, у поступку обраде чињеница, представља модел комплексне контекстуалне анализе, баш као и научна (социолошка) анализа.

51 Г. Дајовић, *op. cit.*, 38–39.

Р. Алексија, али без дубљих разматрања о природи, функцијама и операционализацији емпиријског дискурса.⁵² Тако је и код поменутог нашег аутора који тврди да је правно расуђивање оно које се одвија на основу ауторитативних разлога (ауторитативног правног текста).⁵³

Други корак у приступу који се анализира подразумева извесну напетост између велике и мале премисе, тј. између закона и чињеница (однос чињеничних и правних питања), што је, иначе, логичка последица херменеутичке дискриминације мале премисе. Овде се дискусије воде између два екстрема: оног из англосаконске литературе, где се сва питања у поступку пресуђивања посматрају као чињенична питања, и оног другог, више из европске правне традиције, када се сва питања поступка посматрају као правна питања (полазећи од појма правне квалификације, одлучних чињеница, теорије доказивања а везано за формални третман појединих чињеница).

Две кључне последице, заправо, мањкавости приступа који инсистира на напетости између закона и чињеница су: (1) артифицијелност дискусије о правним и чињеничним питањима, посезањем, потпуно сувишним, за појмовима попут „одлучне чињенице“, „правна квалификација“, и сличним, јер се ту ради о рецидивима силогистичке логики која води у све могуће апорије и спорове у теорији тумачења права;⁵⁴ (2) артифицијелност дискусије о чињеничним и правним питањима која се темељи на „паралелизму“ ових поступака приликом тумачења права. Такав је случај код помеутог нашег аутора који, помало бизарно и без икаквих резерви, тврди како нас у правном расуђивању интересују само нормативна правила, док супротно томе, у фактичком расуђивању се не занимамо за то шта прописи траже, већ само за то које чињенице постоје.⁵⁵

Према приступу који се заступа у овом раду, однос велике и мале премисе треба посматрати полазећи од модела „прецизирања циљева на основу чињеница конкретног случаја“, а не од модела „подвођења чињеница конкретног случаја под чињенични опис из законске норме“, из разлога инхерентне неодређености поступка тумачења права, а све имајући у виду тешкоће које стоје на путу правне интерпретације (и имајући у виду да око тих тешкоћа нема спора у литератури). Модел „прецизирања циљева“ подразумева дијалектичко јединство, онтолошко прожимање, а коначно, праксеолошку оправданост и нужност такве везе између велике и мале премисе. Све то коначно значи да се правно расуђивање темељи на индуктивној а не дедуктивној (силогистичкој) логици. Индуктивна логика подразумева такав рад на чињеницама који је манифестација једне контекстуалне

52 R. Alexy, *Teorija pravne argumentacije*, Naklada Breza, Zagreb, 2015, 230, 238.

53 Г. Дајовић, *op. cit.*, 34–35, 42.

54 Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 188–192.

55 Г. Дајовић, *op. cit.*, 67. Серију сличних изјава проналазимо код поменутог аутора, на пример када каже да се „о фактичким питањима расуђује фактичким а не правним расуђивањем (Г. Дајовић, *op. cit.*, 43), или када тврди су „правна и чињенична питања фундаментално другачија“, (*Ibid.*, 58)

(научне, социолошке) анализе, рад који се огледа у објашњењу чињеница конкретног случаја, тј. у склапању микро – социјалног мозаика случаја, на темељу чега се врши прецизирање циљева из законске норме.⁵⁶

Према томе, највећи део судијског рада није некаква логика него социологија. Када осправамо логичку (силогистичку) природу правног расуђивања, то се оспоравање подједнако односи на категорички и дијалектички силогизам, јер и дијалектички силогизам (премисе нису нужне већ само вероватне), онако како се заступа у литератури, почива на моделу „подвођења чињеница под циљеве“. Тако на пример поступа Ј. Хасанбеговић у својој расправи о Х. Перелману. У овом, врло квалитетном прегледу Перелманових принципа нове реторике, ауторка износи у великој мери изнијансиране ставове на разне теме које се тичу природе и домета правног расуђивања. Међутим, приликом дискусије о малој премиси, и на још неколико места, она упрошћава ову проблематику, односно враћа се на позицију дијалектичког силогизма тврдњом да се поступак тумачења и примене права одвија као „подвођење“ мале под велику премису.⁵⁷

5. ЕЛЕМЕНТИ ЈЕДНЕ СОЦИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Приликом критике субјективне и објективне теорије тумачења права, а на горе изложене теме, већ су изложени ставови који у заједници образују елементе једне прагматичке, а коначно, социолошке концепције тумачења права. Ти елементи ће сада бити побројани и поређани на начин да се уоче јасне разлике у односу на презентирани теорије, и на начин да се укаже на предности концепције која се овде излаже.

Већ је истакнуто у раду (фн. 49), да повезивање социологије и теорије тумачења права у литератури из ове области представља у великој мери

56 О индуктивистичкој традицији у јуритичкој херменеутици видети у нашој монографији: С. Бован, *Случај тумачења као утемељење херменеутичкој посмљуйка*, Београд, 2013, 95–105. Овде посебно указујемо на теорију етичког реализма која можда и највише кореспондира са гледиштем о превасходно индуктивној (коначно, и социолошкој) природи поступка тумачења права које се заступа у овом раду. Када се ради о етичком реализму, овде пре свега мислимо на ставове П. Рејлтона, и на његов модел извођења моралних (вредносних) ставова из чињеница: Р. Railton, „Moral Realism“, *The Philosophical Review* 2/1986 163–207. Овде помињемо и покушај индуктивног заснивања морала Х. Перелмана, јер су нас управо његова размишљања на ову тему усмерила у правцу теорије етичког реализма (на пример, када, позивајући се на Леви-Брила, тврди да етику треба схватити као индуктивну а не дедуктивну науку, итд.: Х. Перелман, *op. cit.*, 90.), и најзад, на успостављања везе између етичког реализма и теорије правног расуђивања у облику који се овде образлаже.

57 Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 62.

јеретичку замисао. Објаснили смо и зашто је то тако. Иначе, један такав приступ би и заиста био јеретички да драстично одступа од етаблираних гледишта и да је усамљен у правнохерменеутичким круговима. Али није тако. Увид у литературу из ове области недвосмислено указује на снажно присуство социолошког приступа проблематици тумачења права. Такав приступ понекад није лако препознати јер није тако и именован, или стога што није изложен у систематском облику. У једном случају, а ради се о правнохерменеутичким идејама америчких правних реалиста, овај приступ је остао у сенци њихове теорије о појму права која је претрпела разорне критике (као екстремни социологизам), па је у заборав пала и њихова теорија тумачења права. Међутим, с обзиром да смо се у вишем наврата изјашњавали на ову тему, помињемо тек најважније узоре у правцу трагања за једном социолошком теоријом тумачења права. Ту спадају скандинавски правни реализам (пре свега радови А. Роса из области примене права) и слободноправни покрет у Немачкој (првенствено опус Х. Канторовича). Ове ауторе смо већ значајно цитирали у раду. Овде спадају и правнохерменеутичке идеје већ поменутих америчких правних реалиста где се у радовима великог броја аутора поступак судијског одлучивања посматра као облик развијене социолошке анализе. Наравно, на како се не може сметнути с ума нити потценити социолошки приступ овој проблематици у радовима неких наших аутора (пре свега Ж. Спасојевића и Б. Марковића).⁵⁸ Најзад, овде спадају и засебне теорије изједначавања К. Енгиша и А. Кауфмана, у оном делу где се однос велике и мале премисе посматра кроз модел њихове онтолошке равнотеже и дијалектичког прожимања по принципу индуктивног закључивања или абдукције.

У сваком случају, приступ који се овде предлаже у суштини подразумева другачији херменеутички третман мале премисе јуристичког закључка. Као последица тога искрсава једна другачија перспектива у посматрању ове тематике која се са пуним правом може означити као социолошка теорија тумачења права. Овај приступ проблематици јуристичког расуђивања изложићемо указивањем на три социолошка елемента процеса тумачења права која измичу пажњи аутора из ове области.

Први и најважнији социолошки елемент поступка тумачења права односи се на природу мале премису јуристичког закључка. Наиме, рад на чињеницама случаја (решавање фактичког питања) у поступку правног расуђивања по правилу се одвија у контексту неког спора, даље, у контексту

58 Када се ради о америчким правним реалистима упућујемо на следећу литературу: К. N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962, 28–29. Н. Oliphant, „A return to Stare Decisis“, *American Bar Association Journal* 14/1928, 71. М. Radin, „The Theory of Judicial Decision: or How Judges Think“, *American Bar Association Journal* 11/1925, 357–358. О правнохерменеутичким идејама Ж. Спасојевића и Б. Марковића објавили смо посебне радове у зборницима Копаоничке школе природног права. То је случај и са теоријом изједначавања К. Енгиша и А. Кауфмана.

деликатности судијског задатка с обзиром да се тада одлучује о људским судбинама, и наравно, а то никада не смемо сметнути с ума, у контексту свих могућих тешкоћа које стоје на путу тумачења прописа. У овим условима, рад на чињеницама случаја, скрупулозан, детаљан и одговоран, представља практично једини могући начин превазилажења свих потешкоћа поступка тумачења права. Тај рад тада заправо добија димензију једне комплексне контекстуалне анализе што је друго име за социолошку анализу, јер је социологија, између осталог, и по чему се разликује од других друштвених наука, модел најкомплексније контекстуалне анализе.

Још један аспект социолошког приступа који долази до изражаја у раду на малој премиси указује се одговором на питање: шта заправо подразумева рад на чињеницама неког случаја који се нашао пред судијом или неким другим државним органом?

Одговор на ово питање је великим делом већ изложен на претходним странама рада. Овде се, наиме, инсистира на томе да рад на малој премиси подразумева не само утврђивање (идентификацију) већ и објашњење чињеница случаја. Управо тај моменат, објашњење чињеница случаја, када знамо шта се под тим подразумева, добија изглед једне микросоциолошке анализе коју судија спроводи, био тога свестан или не, због чега се може рећи, како то каже Х. Канторович, да је судија у навећој мери, и у највећем делу свог рада, специјалиста чињеничног стања. Све ово је белодано (да тумачење права представља облик микросоциолошке анализе) када видимо шта заправо подразумева објашњење чињеница случаја, а ту спада: а) одређивање чињеничног опсега случаја; б) повезивање чињеница случаја у један детерминистички модел; ц) утврђивање релативног детерминистичког значаја појединих чињеница унутар тог модела.

Најважније последице овог приступа су у томе што се оваквим третманом мале премисе избегава замка аксиологизације мале премисе (када се реални друштвени односи као почетна тачка поступка тумачења права – унутар објективних теорија – једном онтолошком инверзијом „претварају“ у актуалне вредности једне заједнице, па почетна тачка тумачења опет постају циљеви регулисања, као у субјективним теоријама), те се избегава замка аксиоматизације велике премисе (овим приступом се успоставља равнотежа између велике и мале премисе јер почетна тачка поступка тумачења нису више циљеви регулисања већ чињенице случаја схваћене у свом фактичком опсегу и капацитету).

Први социолошки елемент поступка тумачења права, овако како је приказан, доводи и до оног другог, који се тиче односа велике и мале премисе, а који подразумева одговор на питање кско се успоставља равнотежа између велике и мале премисе јуристичког закључка. Тај одговор започиње констатацијом да почетна тачка поступка тумачења права, што је већ речено, нису циљеви регулисања веч чињенице случаја схваћене на горе изложен начин. То опет значи да је у логичком смисли тумачење права пример једног индуктивног закључивања где се полази од познатог (мала премиса) ка

непознатом (велика премиса),⁵⁹ а што је метод који претежно користе социологија и друге друштвене науке када се индукција посматра, између осталог, и као нека врста социолошког метода.⁶⁰ Социолошка природа овог поступка огледа се не само у томе што индукција као таква представља неку врсту социолошког метода већ и у томе како се тај индуктивни поступак манифестује у поступку јуристичког расуђивања, а манифестује се тако што потенцирањем мале премисе као почетне тачке поступка тумачења права, процес правничког расуђивања добија изглед прецизирања циљева закона полазећи од чињеница случаја а не подвођења чињеница под законску норму. Другим речима, социолошка природа поступка правног расуђивања огледа се у претежном значају рада на малој премиси у том поступку.

Иначе, модел „прецизирања циљева“ у односу на модел „подвођења под циљеве“ није тек један теоријски приступ овом проблему, који је можда упитан са становишта своје оперативности, односно са становишта онога што се дешава у судници приликом изрицања правде. Заправо, када правно расуђивање посматрамо полазећи од тешкоћа које у том процесу искрсавају, а то је околност која се у дискусијама на ову тему превиђа иако се декларативно увек помињу те тешкоће, чини се да приступ који заговарамо у овом раду не само да је могућ већ је и нужан, поготово када имамо у виду општост правних норми и садржинску неодређеност свих правних вредности присутних у законским нормама.

Конечно, као кључна последица овог приступа искрсава не напетост, већ један склад, односно дијалектичко јединство и онтолошка равнотежа између велике и мале премисе. „Дијалектичко јединство“ и „онтолошка равнотежа“ су формулације које јако звуче али могу бити празне изнутра када нису добро поткрепљене сргументима. Међутим, у случају правног расуђивања, када ово посматрамо кроз модел „прецизирања циљева полазећи од чињеница“ а не модел „подвођења чињеница под циљеве, ове формулације добијају своју тежину, садржину и пун смисао, и напосто су нужне и потпуно прецизне у посматрању односа између велике и мале премисе.

Најзад, трећи социолошки елемент приликом јуристичког закључивања проистиче из претходна два, а односи се на критеријуме тумачења права. Неспорно је, с обзиром на однос велике и мале премисе, да је основни критеријум тумачења права мешовите природе и да га у заједници, заправо дијалектичком јединству како смо то формулисали, чине и циљеви садржани у закону и чињенице случаја на који се тај закон односи. Међутим, полазећи

59 Под индукцијом се у овом раду, и у контексту дискусије о природи правног расуђивања, мисли на непотпуну индукцију, јер је принцип потпуне (тоталне) индукције, како то каже А. Крон, заправо дедукција: А. Крон, *Лојика*, Универзитет у Београду, Београд, 1998, 31–32.

60 Тако на пример код Д. Мићуновића који каже да се индуктивно закључивање налази у темељу сваке емпијске науке: Д. Мићуновић, *Лојика и социологија*, ФДС Београд, Београд, 1971, 9–10, 73–79, итд. Исто код: Ј. Т. Аранђеловић, *Улоја индукције у научном истраживању*, Научна књига, Београд, 1967, 197–205.

од тврдње да је почетна тачка поступка тумачења права случај тумачења (рад на чињеницама случаја по принципу њиховог објашњења а не само утврђивања), тј. полазећи од модела „прецизирања циљева полазећи од чињеница случаја“, испоставља се да је претежни моменат поступка правне интерпретације емпиријског карактера што значи да је и кључни критеријум тумачења права емпиријског, тј. социолошког карактера.

Имајући у виду изложене социолошке елементе у поступку тумачења права, оправдано је говорити о једној социолошкој теорији тумачења права која се као таква испољава и у односу на питање природе мале премисе, и у разматрању релације између велике и мале премисе, и на тему природе критеријума тумачења закона.

Ово гледиште, као што је већ речено, са становишта онога што се дешава у судници, сматрамо не само могућим него и нужним, поготово имајући у виду тешкоће које искрсавају у поступку тумачења права (пре свега општост закона и садржинску неодређеност правних вредности). Посебно је питање што се у пракси тумачења права (генерално по свим меридијанима и у свим правним системима) више примењује скраћени силогизам, када се сматра да су циљеви регулисања (велика премиса) почетна тачка поступка изрицања правде. Ипак, с обзиром на богато искуство као правног консултанта, и према неким нашим прелиминарним истраживањима у форми посматрања, испитивања, поготово путем дубинских интервјуа које смо спровели унутар судијске популације (то ће бити предмет посебног рада из ове области), велики број њих, тек у једном таквом разговору откривао је аутору овог рада, али и себи, један поступак који примењују у раду на тешким случајевима, а то је поступак и приступ који се овде заговора. Наиме, по њиховим речима и признањима, у ситуацији када је тешко донети одлуку с обзиром на стање предмета, већина је примењивала поступак поновног и додатног удубљивања у чињенице случаја како би донели своју одлуку. Практично, сви интервјуисани су тада давали готово идентичне изјаве у смислу „како им је тек један такав продубљени рад на чињеницама случаја отворио простор за адекватно одлучивање“.

На крају, социолошка теорија тумачења права, онако како је овде изложена, може се означити и као „херменеутика случаја тумачења“, а тако формулисана она кореспондира са „херменеутиком садашњости“ Х. Г. Гадамера, и са сличним ставовима других велики представника херменеутичког релативизма, почев од М. Хајдегера, преко Р. Бултмана и П. Рикера до Гадамера. Гадамеров приступ подразумева, најважније, што је и основа његовог херменеутичког релативизма, теоријски став да је почетна тачка поступка тумачења случај тумачења, што поготово важи за правно тумачење (Гадамер дискусију о правном расуђивању обрађује у посебном поглављу које је назвао *Ејземиларно значење правне херменеутике*). Тај приступ, на пример, проналазимо у изјави где каже како „јуриста смисо закона увек схвата полазећи од датог случаја и ради тог датог случаја“, ⁶¹ или када каже да се

61 Х. Г. Гадамер, *Истина и метода*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1978, 359.

„садржина закона мора ускладити са садашњом друштвеном актуелношћу“, ⁶² или када упозорава да праведна пресуда подразумева, пре свега, пуно удубљивање у конкретно стање ствари.⁶³ У широкој лепези изјава које потврђују Гадамеров теоријски приступ, а на коме се заснива и наш поглед на општу и правну херменеутику, помињено и ону где говори о „правностваралачкој снази случаја“, ⁶⁴ или ону о томе како је пред судијом увек један конкретан задатак који се мора обавити.⁶⁵

Најзад, херменеутички релативизам, на начин овде интерпретиран, у највећој могућој мери кореспондира са објективном теоријом тумачења права, којој у суштини припада и гледиште које се излаже у овом раду. У том смислу, кључна разлика између овде изложене, социолошке теорије тумачења права, и објективне теорије којој и сама припада, јесте у томе што ова друга пружа пример недореченог прагматизма (због аксиологизације мале премисе чиме се девалвирају прагматички потенцијали објективне теорије) и неосвешћеног социологизма (због упрошћеног схватања мале премисе с обзиром да се не уочава да рад на чињеницама случаја представља облик социолошке анализе), док је у овом раду социолошки приступ изложен у пуном капацитету, преко три кључна социолошка елемента тог приступа о којима је било речи.

ЛИТЕРАТУРА

- Аранђеловић Ј., *Улога индукције у научном истраживању*, Научна књига, Београд, 1967.
- Alexy R., „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main, 1995.
- Alexy R., *Теорија правне аргументације*, Naklada Breza, Zagreb, 2015.
- Бован С., *Случај тумачења као ушемељење херменеутичкој јосиујка*, Београд, 2013.
- Бидлински Ф., *Правна методологија*, Подгорица 2011.
- Бултман Р., „Проблем херменеутике“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб, 1998.
- Barak A., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005.

⁶² *Ibid.*, 360.

⁶³ *Ibid.*, 364.

⁶⁴ *Ibid.*, 554.

⁶⁵ *Ibid.*, 362. Херменеутика случаја код Хајдегера у: М. Хајдегер, *Онтологија: херменеутика фактичностии*, Академска књига, Нови Сад, 2007 (онда када говори о разумевању као бригајућег опстанка, 21). Код Бултмана: Р. Бултман, „Проблем херменеутике“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб, 1998, 263–265. Код Рикера: Р. Ricoeur, „The model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text“, *Social Research* 3/1971, 534.

- Bäcker C., „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens“, *Rechtstheorie* 3/2009.
- Bork R. H., *Coersing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Aei Press, Washington D. C., 2003.
- Васић Р., Јовановић М., Дајовић Г., *Увод у љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Витгенштајн Л., *Филозофска исљјраживања*, Нолит, Београд, 1980.
- Висковић Н., *Језик љрава*, Напријед, Загреб, 1989.
- Висковић Н., *Теорија државе и права*, Биротехника, Загреб, 2006.
- Wüstendörfer H., „Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie“, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie* 9/1915-1916.
- Гадамер Х. Г., *Исљјина и методологија*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1978.
- Гур – Арие М., „Америчка јуриспруденција у трећем миленијуму“, *Америчка јурисљјруденција XX века* (ур. Г. Вукадиновић, А. К. Одри), Сремски Карловци, 2006.
- Гронден Ж., *Увод у филозофску херменеуљјику*, Нови сад, 2001.
- Дајовић Г., *Основи љравној расуљјивања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023.
- Дворкин Р., *Сушљјина индивидуалних љрава*, Службени лист: CID, Београд-Подгорица, 2001.
- Ђурић М., *Сљјихија савременосљји*, Српска књижевна задруга, Београд, 1972.
- Engisch K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956
- Enneccerus L., Nipperdey H., *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Tübingen, 1949.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, München 2003.
- Јеринг Р., *Циљ у праву*, Београд 1895.
- Крон А., *Лољјика*, Универзитет у Београду, Београд, 1998.
- Кошутић Б., *Увод у јурисљјруденцију*, Подгорица, 2008.
- Лукић Р., *Тумачење љрава*, Београд, 1961.
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1960.
- Llewellyn K., K. N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism ih Theoy and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- Марковић Б., *О љраведном љраву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1993.
- Макормик Н., „Аргументација и интерпретација у праву“, *Право, аргљјументаљјација, инљјтерпретација* (ур. М. Марковић), Академска књига, Београд, 2018.
- Мићуновић Д., *Лољјика и социолољјија*, ФДС Београд, Београд, 1971.
- Митровић Д., *Увод у љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- MacCormik N., „Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris* 6/1993.
- Marmor A., *Interpretatiom and Legal Theory*, Bloomsbury Publishing, Portland, 2005.
- Oliphant H., „A return to Stare Decisis“, *American Bar Association Journal* 14/1928.

- Ogorek R., „Inconsistencies and Consistencies in 19th Century Legal Theory“, *German Law Journal* 1/2011.
- Поповић Д., *Посијанак европској права људских права: Есеј о судској креативности*, Службени гласник, Београд, 2013.
- Перелман Х., *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд, 1983.
- Павчић М., *Теорија права*, ГВ Заложба, Љубљана, 2007.
- Puppe I., *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen 2011.
- Radin M., „The Theory of Judicial Decision: or How Judges Think“, *American Bar Association Journal* 11/1925.
- Railton P., „Moral Realism“, *The Philosophical Review* 2/1986.
- Ricoeur P., „The model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text“, *Social Research* 3/1971.
- Rüthers B., „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, 3/2009.
- Scalia A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997.
- Харт Х., *Појам права*, Подгорица 1994.
- Хајдегер М., *Онтологија: херменеутика фактичности*, Академска књига, Нови Сад, 2007.
- Хасанбеговић Ј., *Перелманова правна логика као нова рејторика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006.
- Hassemer W., „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008.
- Hassold G., „Wille des Gesetzgebers der Objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung“, *Ztschr for Zivilproces* 2/1981.
- Hesse M., *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, Brighton, 1980.
- Hoecke M., *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002.

Saša Bovan, PhD*

META DISPUTES IN THE THEORY OF LEGAL INTERPRETATION

Summary

This paper discusses the key dilemmas of theory of legal interpretation in the context of the relationship between subjective and objective theories of legal interpretation. Among the questions that are the neuralgic points of legal hermeneutics, those on the relationship between subjective and objective interpretation of law, on the nature of the legal reasoning, and on the nature of the legal conclusions are singled out. The main conclusion

* Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law, , bovan@ius.bg.ac.rs.

of the paper is that, regardless of the differences within the subjective and objective theories on their approach to these topics, both theories are favoring the large premise of the legal conclusion, axiologising the small premise and simple syllogism (dialectically and not categorically). Based on these theories, the interpretation of law turns out to be the subjugation of the facts of the case under the legal norm. Through the criticism of these theories, author presented solutions to certain problems and took the position that implies a different treatment of the small premise, in such a way that the work on the small premise represents the starting point of the procedure of legal reasoning. This approach is grounded in the tradition of hermeneutic relativism, especially with M. Heidegger, H. G. Gadamer, R. Bultmann and P. Riker, who are the most significant representatives of this point of view. Basing legal hermeneutics as “hermeneutics of the case of interpretation”, the author have presented the key elements of a sociological theory of legal interpretation that relate to the hermeneutic nature of the small premise, the logical nature of the procedure of legal reasoning (the relationship between the big and small premises) and the nature of the key criteria of legal interpretation.

Keywords: legal hermeneutics, subjective and objective theory of legal interpretation, sociological theory of legal interpretation.