

On a Version of “Antiformalist Formalism” in Judicial Interpretation of Law

Goran Dajović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.132



0000-0001-6547-2541

Cite this article

Dajović, Goran. 2/2024. O jednoj verziji „antiformalističkog formalizma“ u sudijskom tumačenju prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 126–140

DOI: 10.51204/IVRS_24203A

Keywords

- legal interpretation
- formalism
- judicial reasoning
- application of law
- law creation

Author for correspondence

Goran Dajović,
gorand@ius.bg.ac.rs

*In his book *The Nature and Determinants of Judicial Interpretation of Law*, Bojan Spaić addresses a topic that has been largely neglected in domestic legal theory and philosophy of law: judicial reasoning, interpretation, and decision-making. According to the author’s design, the aim of the book is to provide a description of judicial interpretation of law, based on the assumption that so-called antiformalism is a correct theory of the nature of judicial interpretation. This article first analyzes certain aspects of the book that seem open to critique. For example, attention is drawn to the absence of consideration of critical counterarguments regarding (some of) the significant theses that the author advocates. Alternatively, it points out the problematic nature of categorizing interpretative rules as extralegal merely because they lack a formally codified, written form in the legal framework. Nevertheless, the primary objective of the article is to “evaluate” the insights presented by the author, despite certain shortcomings in their formulation and development. These insights can be summarized under the phrase “antiformalist formalism.” The core of the book’s value lies in the recognition that there is no singular “true meaning” of a legal text, that judicial interpretation is a decision, that this decision is predominantly justified by reference to authoritative legal reasons found in formal or factual sources of law, that judges do not interpret norms but legal texts, that norms are the outcome of interpretation, and that judges, in the process of interpretation, supplement, develop, and occasionally even create law from nothing.*

O jednoj verziji „antiformalističkog formalizma“ u sudijskom tumačenju prava

Goran Dajović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.132



0000-0001-6547-2541

Referenca

Dajović, Goran. 2/2024. O jednoj verziji „antiformalističkog formalizma“ u sudijskom tumačenju prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 126–140

DOI: 10.51204/IVRS_24203A

Ključne reči

- pravno tumačenje
- formalizam
- sudijsko rasuđivanje
- primena prava
- stvaranje prava

Autor za korespondenciju

Goran Dajović,
gorand@ius.bg.ac.rs

Bojan Spaić se u svojoj knjizi Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava bavi temom koja je u domaćoj pravnoj teoriji i filozofiji prava zanemarena: sudijskim rasuđivanjem, tumačenjem i odlučivanjem. I prema zamisli autora, cilj knjige je da polučni opis sudijskog tumačenja prava, pod pretpostavkom da je takozvani antiformalizam ispravna teorija o prirodi sudijskog tumačenja. U članku se, najpre, analiziraju neki aspekti ovog dela koji se čine podložnim kritici. Tako se, primera radi, skreće pažnja na izostanak razmatranja kritičke protivargumentacije o (nekim) važnim tezama koje autor zastupa, ili se, s druge strane, ukazuje da je problematično pravila tumačenja kategorizovati kao izvanpravna samo zato što nemaju svoj formalnopravno kanonizovani, pisani oblik. Ipak, osnovni cilj članka je da se, uprkos određenim manjkavostima u njihovom postavljanju i razvijanju, „valorizuju“ uvidi koje autor iznosi, a koji se mogu objediniti sintagmom „antiformalistički formalizam“. To zdravo jezgro ove knjige čine uvidi da ne postoji jedno jedino „pravo značenje“ pravnog teksta, da je sudijsko tumačenje odluka, da je ta odluka opravdana mahom pozivanjem na autoritativne pravne razloge koji se nalaze u formalnim ili faktičkim izvorima prava, da sudije ne tumače norme nego pravne tekstove, a da su norme ishod tumačenja, da sudije prilikom tumačenja dopunjavaju, razvijaju a katkad i ni iz čega stvaraju pravo.

1. UVODNA NAPOMENA*

U knjizi *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava* njen autor, Bojan Spaić, bavi se temom koja je u domaćoj pravnoj teoriji i filozofiji prava prilično zanemarena. U širem smislu, on se bavi sudijskim rasuđivanjem, tumačenjem i odlučivanjem. A nešto uže, rečima autora, njegov cilj je „da se analitički izlože osnove jednog shvatanja prirode sudijskog tumačenja prava – formalizma, da se ukaže na njegove propuste i da se predloži alternativno, antiformalističko shvatanje sudijskog tumačenja“. Uz to, težeći tom cilju, tekst treba, prema njegovoj zamisli, da polučiti opis sudijskog tumačenja prava, pod pretpostavkom da je antiformalizam ispravna teorija o *prirodi* sudijskog tumačenja.

Kada se sudijskim rasuđivanjem i tumačenjem bave akademski pravници, to obično donosi širi pogled na jedan, par ekšelans, praktični pravni fenomen. I to na jedan neobično značajan fenomen. U stranoj stručnoj literaturi nije retkost da se tim fenomenom pozabave i pravnici-praktičari, pre svega istaknute sudije.¹ Ali, takvim radovima, po pravilu, nedostaje šira teorijska i pravnofilozofska slika, u čijem okviru se pravno tumačenje možda ne sagledava u pojedinostima, ali u kojoj se ono predstavlja kao povezano i uslovljeno opštijim pravnim pojavama, odnosno konceptima, a najposle i samim shvatanjem i razumevanjem prirode prava. Upravo profesori, a najviše teoretičari prava, pozvani su da uokvire takvu sliku i da na taj način premoste, ponekad odviše širok, jaz između pravne teorije i pravne prakse.²

Ipak, uprkos značaju akademskih tekstova iz te oblasti za pravnu teoriju i praksu, naši pravni teoretičari se tom temom (ni u širem ni u užem smislu shvaćenom) donedavno³ nisu bavili ni tako često, a ni tako prilježno i kompetentno kako je to Spaić učinio. I što je još važnije, iako ovom knjigom to čini prvi put na zaokružen i

* Ovaj rad je rezultat istraživanja sprovedenog u okviru Tvining projekta Horizont „Advancing Cooperation on the Foundations of Law – ALF“ (projekat br. 101079177). Projekat finansira Evropska unija.

1 Primera radi, najistaknutije sudije u SAD dale su zapažene priloge teoriji sudijskog rasuđivanja. U pitanju je neprekinuta tradicija koja traje gotovo vek i po, počev od Olivera Vendela Holmsa (Holmes 1897), preko Kardoza (Cardozo 1921) ili, u naše vreme, do sudije Skaliije (Scalia 1997; Scalia & Garner 2012). Uz to, zanimljivi su i primeri pravnika koji su simultano imali uspešne akademske i sudijske karijere, tako da su se i praktično i teorijski bavili sudijskim rasuđivanjem (na primer, Posner 2008).

2 „One benefit of bridging these gaps is that judges would get more help from lawyers and professors in learning how to make better decisions, and how to explain them more candidly and lucidly“ (Keeton 1993, 1214).

3 Hvale vredan izuzetak koji mi je poznat jesu tekstovi Jasminke Hasanbegović, koja se osamdesetih i devedestih godina prošlog veka intenzivno i plodno bavila temom pravnog rasuđivanja iz ugla topike i pravne argumentacije. Kad je reč o radovima na našem jeziku, iz tog perioda, ne treba zaboraviti ni pravne teoretičare iz Hrvatske Nikolu Viskovića, a u novije vreme Zorana Pokrovca i Žaklinu Harasić.

sveobuhvatan način, autor u predgovoru naglašava da je sama knjiga nastala i rasla „organski“, postepeno, kao plod rada na vlastitim prethodnim kraćim tekstovima, da je ona rezultat sučeljavanja sopstvenih stavova sa stavovima kolega na konferencijama na kojima je o tim tekstovima referisao, kao i njegovog studijskog boravka u Hajlderbergu, za vreme kojeg je veći deo teksta i nastao. A takav način nastanka monografije probano je valjan put ka dostizanju zapaženog akademskog rezultata.

U ovom tekstu ću se osvrnuti na Spaićevu knjigu, prevashodno na neke njene ideje koje mi se čine problematičnim. Ali, pre svega, cilj je da se, uprkos nekim nedostacima, „valorizuje“ centralna ideja koju autor iznosi, a koju sam u naslovu nazvao „antiformalistički formalizam“, pokušavajući da objasnim ne samo prikladnost takvog koncepta već i još neke razloge koji mu idu u prilog. Taj cilj smatram značajnim iz teorijskih razloga, budući da je takvo teorijsko razumevanje sudijskog tumačenja u nas relativno nepoznato i neortodoksno, iako je, prema mom sudu, ono teorijski već odavno pouzdano zasnovano.⁴

2. KRATAK PRIKAZ SADRŽAJA KNJIGE

Knjiga *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava* otvara razmatranje pojma odlučivanja. Izlažu se, grubo rečeno, tri teorije odlučivanja. U osnovi prve, koja se vodi idejom da se odlučivanje može racionalno predvideti i modelirati, jeste idealno racionalni pojedinac koji odluke donosi na osnovu principa maksimizacije koristi. Druga grupa teorija, sledeći određena empirijska istraživanja, odbacuje tezu o pojedincu kao racionalnom odlučiocu i naglašava ograničenja u racionalnosti koja proizlaze iz različitih izvora. Treća teorija, teorija vezane racionalnosti, ističe da pojedinci u principu odlučuju bez potpune pouzdanosti u ishode radnji koje će na osnovu odluke preduzeti ili im je pak verovatnoća ishoda poznata ali su mogućnosti za nastupanje svakog od ishoda jednake.

U narednom poglavlju autor se okreće pravnim pravilima, kao „formalizovanim ukorenjenim generalizacijama“, na osnovu kojih institucije koje primenjuju pravo donose odluku o pravnim posledicama ponašanja članova zajednice. Njihova uloga je da odstrane kognitivne distorzije prilikom odlučivanja, odnosno da odlučivanje „imunizuju“ od ograničenja racionalnosti, kognitivnih i ostalih predrasuda koje državni zvaničnici mogu da ispolje prilikom primene prava. Praktičko rasuđivanje pravnika postaje pravno rasuđivanje, to jest rasuđivanje na osnovu pravnih pravila.

Međutim, kanonizacija pravnih pravila omogućava i pojavu specifične teorije i doktrine pravnog rasuđivanja i tumačenja prava, koju autor opisuje kao pravni formalizam i koja je u centru njegove kritike u trećem poglavlju. Osnovnoj ideji da

4 Uporedi: na primer, Tamanaha 2010.

je rasuđivanje državnih zvaničnika prilikom primene prava zapravo rasuđivanje na osnovu pravnih propisa, formalizam, dodaje još nekoliko teza: (1) isključivo pravna pravila određuju ishod slučaja, (2) uvek postoji samo jedan ispravan ishod, (3) pravna pravila su sadržana u pravnim aktima i izvan pravnih akata nema pravnih pravila, (4) sadržaj pravila se može utvrditi izolovano od bilo čega drugog što može uticati na rasuđivanje sudije.

Spaić smatra da formalizam pogrešno objašnjava i opisuje prirodu pravnog tumačenja, a naročito sudijskog tumačenja prava. Formalizam negira belodanu činjenicu da sudije u toku sudskih postupaka neprestano donose odluke, a ne *spoznaju* gotova rešenja. Od svih tih odluka po značaju se naročito izdvaja odluka kojom sudija odlučuje o značenju pravnog teksta. Stoga će autor u četvrtom poglavlju ponuditi alternativno i, prema njegovom sudu, jedino ispravno objašnjenje prirode tumačenja prava – antiformalizam (ili, kako ga on još naziva, skepticizam ili realizam⁵). Rečima samog autora, „interpretativni skepticizam izlaže sudijsko tumačenje prava kao odluku o značenju pravnog teksta zbog toga što je opšta norma (1) samo djelimično određena tekstovima izvora prava, (2) da je dužnost sudije da pripiše jedno normativno značenje tom izvoru prava što čini (3) sudije aktivnim učesnicima u postupku stvaranja prava a njihovu aktivnost tumačenja čini (4) voljnom aktivnošću autoritativnog odlučivanja o sadržaju opšte pravne norme“.

Međutim, takav (Spaić smatra ispravan) opis tumačenja prava vodi nas do sledećeg pitanja: ako je tumačenje prava „voljno“, ne znači li to da je ono i „proizvoljno“? Budući da bi takav zaključak bio u sukobu s našim intuicijama o relativno ujednačenoj sudskoj primeni prava u sličnim situacijama, ali i temeljnim pravnim vrednostima, pravnoj sigurnosti i jednakosti, autor nastoji da u elementima koji se nalaze izvan samih pravnih propisa razotkrije drugačija efikasna ograničenja sudijske samovolje. Tako Spaić dolazi do vrhunca svog izlaganja i razrešenja u vidu centralne teze knjige da se, kao *legitimne* determinante tumačenja, to jest odlučivanja o značenju pravnog teksta, pojavljuju „(1) nepravna pravila koja regulišu sudijsko tumačenje, (2) odnosi između institucija u okviru državno-pravnog poretka kao i (3) pripisivanja značenja pravnim tekstovima od strane epistemičkih autoriteta u jednoj (najčešće pravničkoj) zajednici“. Konačno, zaključuje da su tekstovi izvora prava, normativne, institucionalne i epistemičke determinante pravnog tumačenja „tipični razlozi zbog kojih sudijske odluke o značenju tekstova, uprkos tome što su voljne, nisu proizvoljne, eratične i haotične“.

Iz izloženog sadržaja iole verziran čitalac lako može da zaključi da je autor u svojoj knjizi naumio da odgovori na vrlo kompleksna pitanja. Uz to, na samom

5 Ovde smo na terenu termina koji su odavno postali i svojevrsne „etikete“, a samim tim i toliko razudili svoje značenje da su gotovo beskorisni, bez stipulacije njihovog značenja u samom tekstu u kojem se koriste. Čini se da je u tom smislu termin „antiformalizam“ najprikladniji za korišćenje jer ne zahteva takvo stipulisanje.

početku, Spaić objavljuje da mu je namera da ti odgovori budu „pristupačni“ široj pravničkoj, a ne samo akademskoj publici. Te dve namere, na prvi pogled, nije jednostavno istovremeno ostvariti. Jer odgovori na složena teorijska pitanja, na koja (barem na neka od njih) do sada ni sama teorija nije dala konkluzivne odgovore, ne mogu se dati bez pomnog i detaljnog izlaganja i analize argumenata za i protiv takvih odgovora. A to, gotovo uvek, ide na uštrb pristupačnosti i jednostavnosti izlaganja. Koliko je onda autor uspeo u svojim namerama?

Da bi ostvario oba cilja, Spaić je morao pažljivo da osmisli i izgradi strukturu knjige, koristeći se narativom koji će čitaoca voditi kroz tekst lako, bez zastajkivanja i osvrtnja. I da ga na kraju dovede do zaključaka, s utiskom da je celo to putovanje kroz tekst jedino i moglo da se okonča na način na koji je autor to učinio. U tom smislu, smatram da je dobro osmišljen narativ⁶ jedna od osnovnih vrednosti ove knjige. Tekst ima postavku (sudije i njihovo rasuđivanje i odlučivanje na osnovu pravnih pravila), temu (teorije o prirodi sudijskog tumačenja – formalizam i antiformalizam), sukob (sukob tih teorija i problem sudijske samovolje pod pretpostavkom da je antiformalizam ispravan) i razrešenje (determinante sudijskog tumačenja). Svi ti elementi su prilično dobro razvijeni i uklopljeni. To je jasno vidljivo i u zaključnom delu knjige u kojem je autor, sumirajući rezultate svojih izlaganja, zapravo prikazao taj narativ u sažetom obliku.

Samo „razrešenje“, koje Spaić izlaže u petom poglavlju, i najvažniji je i najinovativniji deo knjige. Iako se čini da, govoreći o normativnim, institucionalnim i epistemičkim determinantama sudijskog rasuđivanja, govori o stvarima koje su pravnicima dobro poznate, on to čini na analitičan i razložen način, tako da kod upućenog čitaoca potpuno „osvešćuje“ značaj i težinu svih legitimnih faktora koji utiču na sudijsku odluku. Konačan rezultat njegovih napora sažima se u uvidu da na sudiju prilikom tumačenja utiče daleko više legitimnih faktora (od kojih nisu svi pravnog „karaktera“) nego što bismo to pretpostavili posmatrajući pravnički i sudijski diskurs.

6 Postoji jedan, na sreću ne koban, nedostatak u tom narativu. Naime, obim i sadržaj prvog, a delimično i drugog poglavlja, nisu do kraja „opravdani“ u nastavku teksta. Radi se o tome da naslov sugerise da će u knjizi biti reči o *svim* determinantama sudijskog odlučivanja. Takav utisak se učvršćuje nakon čitanja prvog poglavlja, u kojem se govori o kognitivnim distorzijama i drugim psihološko-bihevioralnim značajkama (sudijskog) odlučivanja. Međutim, kada Spaić u nastavku teksta (3–5. poglavlje) analizira način sudijskog tumačenja i odlučivanja, jasno je da se prvenstveno fokusira na one determinante koje su „legitimne“ i koje se odnose na odluke koje se tiču tumačenja prava. U tom smislu, takođe, smatram da je prvo, „uvodno“ poglavlje moglo da bude posvećeno i pojmovima rasuđivanja i tumačenja jer su to, uz pojam odlučivanja, koncepti-oslanci njegove dalje analize. Ovako, pojam odlučivanja je analiziran preširoko, čime je izgubljen zgodan prostor na početku da se i pomenuta druga dva važna pojma na analitičan način „vedu“ u raspravu.

3. KRITIČKA ANALIZA

U nastavku ću ukazati na najvažnije nedostatke koje, prema mom sudu, tekst sadrži. Primedbe o tim nedostacima razdvojiću u dva odeljka. U prvom ću ukazati na izostanak razmatranja kritičke protivargumentacije o (nekim) centralnim idejama koje autor zastupa, a druga se tiče primedbe koja se, prema mom mišljenju, može izneti na račun jednog važnog konceptualnog pitanja, koje autor nije dovoljno precizno ili čak ni dovoljno ispravno „razjasnio“.

3.1. Izostanak (kontra)argumentacije

Kada je reč o primedbama na izostanak kritičke analize o pojedinim pitanjima, na ovom mestu ću spomenuti samo nekoliko kardinalnih jer smatram da su odgovori na njih koje je autor pružio bili neosvetljeni nužnom kontraargumentacijom. U analizi tih pitanja daću neke naznake u kojem smeru bi ta protivargumentacija mogla da teče, kao dokaz da ona relevantno može da se formuliše i razmatra. Na ovom mestu analiziram samo pitanja (i odgovore) koja su bitna za glavnu temu i intencije autora, kako ih je on sam formulisao. Takođe, cilj analizā koje nudim nije da zastupam jednu „stranu“ po bilo kom od pitanja koja pominjem, već najpre da ilustrujem problemsku prirodu pitanja kojima se Spaić bavi i zbog koje je takva pitanja poželjno sagledati iz više uglova.

a) Autor zastupa antiformalističko stanovište o prirodi sudijskog rasuđivanja. Ili, bolje rečeno, jednu verziju tog stanovišta prema kojoj sudija *uvek odlučuje jer je pravo uvek neodređeno* i jer *ni u jednom slučaju* sudija ne može da izbegne da odlučuje i da tumači pravo. Drugim rečima, i kada se svi u zajednici (ili zajednici sudija) slažu o jednom tumačenju, to nikad nije jedino moguće tumačenje, to jest ono uvek podrazumeva odlučivanje. Ili, kako Spaić tvrdi, sledeći Kjasonija (Pierluigi Chiassoni), da je čak *i tekstualno tumačenje neizbežno povezano s vrednovanjem* i da podrazumeva moralnu odgovornost tumača. Može se zaključiti da autor smatra da je Hartovo (Herbert Hart) gledište da postoje laki slučajevi (ne ulazeći ovde u problematiku definisanja takvih slučajeva) pogrešno, to jest da su svi slučajevi, na neki način, „teški“.⁷ Ta kontraintuitivna teza je nešto što verovatno većina sudija nikada ne bi potvrdila. Ipak, činjenica da je ona kontraintuitivna ili da je sudije ne

7 A to bi opet, ako se dosledno sledi takva ideja, značilo da se u svakom slučaju pribegava tumačenju. Povodom tog pitanja u teoriji postoje jasno razdvojena dva tabora. Jedna grupa pravnih teoretičara smatra da se pravo tumači samo u teškim, spornim slučajevima (npr. Šauer, Marmor, Vroblevski, Arnio). Postoje i oni drugi (Beti, Barak, Tarelo, Perelman) koji misle da se i jasne pravne norme tumače, te da u tom smislu nema lakih slučajeva, samo što se to u takvim slučajevima jasno ne primećuje, jer u vezi sa njihovim značenjem u trenutku tumačenja ne postoje sporenja o različitim ishodima tumačenja, pošto ih svi tumače na isti način. Zanimljivo je da se

doživljavaju kao ispravnu još uvek ne mora da znači da je teza neispravna, da tačno ne opisuje stvarnost sudijskog rasuđivanja. Ali, prema mom sudu, ona je zaista ne opisuje ispravno jer u praksi sudova, premda je njihova uloga da konkluzivno rešavaju sporove, nije u svakom slučaju sporno pravno pitanje. Rečju, nisu svi sporovi pred sudom teški slučajevi zbog pravnog pitanja. Evidencija o tome može se pronaći u nebrojenim svakodnevnim slučajevima iz sudske prakse.

Međutim, postoji jedan, čini se, još veći problem s tom tezom: ona stvarnost sudijskog odlučivanja u bilo kojem funkcionalnom savremenom pravnom sistemu *ni ne može* tačno da opisuje. Ukoliko se složimo da sudije rasuđuju (i odlučuju) u skladu s istim onim pravnim propisima koji važe i obavezuju građane⁸ kao adrese (i potencijalne stranke pred tim istim sudijama) i ako se pretpostavi, zajedno s autorom (i s Kjasonijem), da sudije, kada god rasuđuju, neizbežno tumače te propise i vrše različita vrednovanja, iz toga proizilazi da to isto moraju svakodnevno da čine i građani, barem ukoliko ne žele da postanu stranke pred sudovima. A pošto pravno tumačenje zahteva posebnu veštinu i iskustvo (a Kjasoni veli i „profesionalnu odgovornost“), to bi praktično značilo da bi *svakom* građaninu, u *svakoj* pravom regulisanoj situaciji, ukoliko želi da postupa u skladu s pravnim propisima, bio potreban barem jedan stručni pravni savetnik.⁹ Ipak, to nije samo deskriptivno neadekvatna pretpostavka, nego je ona i konceptualno neodrživa jer bi sistem čije bi propise prilikom primene u *svakoj* situaciji *svako* tumačio i vrednovao bio neefikasan sistem. A neefikasan sistem, prema (široko prihvaćenoj) definiciji, nije pravni sistem.

b) Kao značajnu determinantu sudijskog tumačenja Spaić ističe teorijski (ili, kako ga on naziva, epistemički) autoritet koji u odnosu na sudije poseduju tumačenja pravnih propisa od strane drugih subjekata – pravne nauke, drugih sudova, međunarodnih sudova i tsl. Prema toj ideji, sudije često donose odluke o pripisivanju značenja u konkretnim slučajevima, oslanjajući se na značenja koja su sličnim ili istim pravnim propisima već pripisali akademski pravnici ili sudije u drugim jurisdikcijama.

Generalno, u teoriji se smatra da ideja teorijskog (epistemičkog) autoriteta opisuje situacije u kojima iskaz nekog subjekta X (pojedince ili institucije) o nekoj *pojavi* predstavlja za subjekta Y dovoljan razlog da formira uverenje o (ne)postojanju

autor, kojem je očigledno bliži teorijski stav ove druge grupe, odlučio da se u prikazu kanona pravnog tumačenja (Spaić 2020, 141) osloni na Vroblevskog, koji pripada prvoj grupi teoretičara.

8 Kako je to, u istom smislu, još Toma Akvinski (Thomas Aquinas) utvrdio, zakon je pravilo i mera (*regula et mensura*) ljudskog delovanja.

9 Jer to da li je pravnim propisima potrebno tumačenje ne zavisi od toga ko ih primenjuje, ko odlučuje šta oni znače u konkretnom slučaju ili ko ima konačnu reč o tome šta oni znače. To je, čini se da je Spaićev stav, stvar prirode jezika pravnih propisa i prirode rasuđivanja na osnovu pravnih pravila kao ukorenjenih preskriptivnih generalizacija.

te pojave. Za razliku od iskaza prihvaćenog praktičkog autoriteta¹⁰, iskazi teorijskog autoriteta, kao razlozi za formiranje uverenja o nekim pojavama, načelno se mogu odmeravati i dovoditi u pitanje razlozima koji govore u prilog formiranju drugačijeg uverenja o nekoj pojavi. Razlog za to je što iskazi teorijskog autoriteta pripadaju logičkoj sferi u kojoj se može potvrđivati ili osporavati njihova *istinitosna vrednost* (Soper 1989, 225–226).

Međutim, imajući to na umu, kako je moguće uklopiti ideju o uticaju epistemičkog autoriteta na uverenje sudije o značenju nekog pravnog teksta, s idejom da postoji bezbroj mogućih značenja? S idejom da nijedno značenje nije „ispravno“ ili istinito? S idejom da je „odlučka rezultat volje sudije, a ne saznanja sudije o nekim prethodno postojećim činjenicama“ (Spaić 2020, 177), odnosno da pripisivanje značenja nije stvar spoznaje (znanja) nego odluke? Kako onda iskaz o nečemu što se ne tiče spoznaje nego je stvar odluke, može da ima epistemički („spoznajni“) autoritet, to jest da deluje na spoznaju sudije o nečemu o čemu on odlučuje, a ne spoznaje? Jer, kako autor ispravno naglašava, takav iskaz ne deluje direktno na odluku, to nije iskaz praktičkog autoriteta. To je konceptualno pitanje koje, kao i ono prethodno, mora biti postavljeno i u empirijskom kontekstu. Jer iskustvo pokazuje da nešto slično onome što Spaić opisuje kao epistemički autoritet *zaista u praksi* utiče na donošenje sudijskih odluka o značenju pravnih tekstova. To je pitanje na koje se, upravo stoga što nam praksa svedoči o pojavi koju nam naši koncepti ne rasvetljaju do kraja, moraju ponuditi određeni odgovori.¹¹ I, prema mom sudu, postoje različite strategije da se na njega odgovori.¹² Ipak, autor ih ne nudi, niti se čini da tu napetost percipira kao problematičnu.

c) Najzad, kad je već reč o znanju, pravnoj nauci, epistemičkom autoritetu, s jedne i tezi radikalnog antiformalizma, s druge strane, pomenuću još jednu ideju

10 Prema široko prihvaćenoj definiciji, jedna osoba ili institucija poseduje praktički autoritet kada drugi de fakto ili *opravdano* posmatraju njene iskaze (naredbe, želje, pravila, zahteve, savete) kao *razloge za delanje* naročite vrste.

11 Primera radi, postoje autori koji praktički autoritet posmatraju samo kao posebnu vrstu teorijskog autoriteta (Moore 1989, 827–896).

12 Postoji jedna strategija koja se nameće na prvi pogled. Primera radi, za nas neko (recimo, Aristotel) može biti autoritet u etici (epistemički), a onda na osnovu toga i u moralu, u svakodnevnom moralnom odlučivanju. Ali uslov da njegov autoritet ne ostane samo epistemički je da se prihvati etički kognitivizam, to jest postojanje objektivnih moralnih istina, koje je Aristotel otkrio i preneo nam i koje onda samo treba da primenimo u svakodnevnom životu. To bi, ako analogiju primenimo na situaciju u kojoj sudija sledi iskaze o značenju pravnog teksta drugog sudije ili pravnika-naučnika, značilo da se pripisivanje značenja pravnim tekstovima delimično ipak posmatra i kao spoznajna aktivnost, makar ona, na kraju krajeva, u slučajevima sudijskog tumačenja, bila stvar odluke. Smatram da bi ta strategija bila uspešna ukoliko bi uspešno objasnila tumačenje kao racionalnu aktivnost, koja ne zavisi uvek od vrednovanja i čija se uspešnost može relativno objektivno ocenjivati (na primer, barem u slučajevima primene lingvističkih ili sistemskih kanona tumačenja) kao ispravnija ili manje ispravna.

iz knjige, koja takođe počiva na toj tezi, a u vezi je sa spoznajom značenja pravnih tekstova. To je ideja o funkciji pravne nauke, koju autor (zajedno s Gvastinijem) brani. Prema toj ideji, osnovni zadatak pravne nauke, štaviše „osnovni poziv naučne obrade izvora prava“, jeste da utvrdi *sva moguća značenja* pravnih tekstova. Ukoliko bi pravna nauka išla za tim da utvrdi samo jedno moguće značenje, Gvastini je ne bi nazvao naukom nego pravnom politikom jer pravnik-naučnik treba da se bavi „nabranjem mnogih značenja zakonskog teksta“.

Kao i prethodne dve teze, i ova mi se čini, u najmanju ruku, dovoljno problematičnom da zaslužuje više pažnje i (kontra)argumentacije. Osim toga, prethodna teza o epistemičkom autoritetu nauke ima važno mesto u tekstu, a ne može se shvatiti ispravno ako se i sama nauka ne pojmi ispravno. Najposle, obe se naslanjaju na centralnu, antiformalističku tezu, tako da sve tri čine potporne stubove narativa o kojem sam govorio. Stoga smatram da shvatanje pravne nauke koje se u knjizi uzgred iznosi ne zaslužuje da ostane bez dodatne potpore ili bez razmatranja, makar osnovne, dopunske argumentacije. Navešću nekoliko razloga zašto mislim da su autorova izjašnjenja o pravnoj nauci problematična.

U svojoj savremenoj inkarnaciji, bilo na evropskom ili američkom kontinentu, pravna nauka se ne samorazumeva kao čisto deskriptivna pravna disciplina. Ali ona nikako nije samo to. Kada bi ostala samo pri deskripciji *svih mogućih* značenja važećih pravnih tekstova, ona ne bi dobacila dalje od onoga što su današnji komentari zakona. Gotovo bez izuzetka, akademski pravnici, bilo da se bave pozitivnopravnim disciplinama, bilo da su pravni teoretičari ili filozofi, smatraju da se deskripciji uvek dodaje takozvana sistematizacija.¹³

Sistematizacija je sređivanje protumačenih važećih normi i pravnih principa u jednu logički sređenu i neprotivrečnu celinu koja se naziva pravni sistem. Ona predstavlja svođenje kompleksnog i nesređenog skupa normi i principa na prostiji i sređen sistem, pomoću formulisanja opštih pravnih pojmova i određenih teorijskih postavki. Međutim, razlog zbog kojeg je sistematizacija bitna u kontekstu Spaićevog shvatanja pravne nauke, koje je svodi na deskripciju, jeste u tome što sistematizacija nije sama sebi cilj. Ona nije puka intelektualna, pravnička vežba. Njena svrha je u tome da, kao što i sama reč kaže, sistematizuje sirovi pravni materijal, koji bi samo pukim opisom svih mogućih značenja ostao pomalo haotičan i nepraktičan. Dakle, njen cilj je upravo suprotan od cilja koji autor navodi kao osnovni cilj pravne nauke. Pravna nauka najčešće ne ide za tim da samo katalogizuje sva moguća značenja pravnih tekstova nego, naprotiv, teži ujednačavanju, sređivanju i eliminisanju protivrečnosti u pravnim tekstovima.

13 Primera radi, Alf Ros (Alf Ross) kaže: „pravna doktrina ide za tim da (1) otkrije sadržaj ideja – mogli bismo reći ideologiju – koja funkcioniše kao šema tumačenja prava na delu (*law in action*) i da (2) predstavi tu ideologiju kao integrisan sistem“ (Ross 1958, 19). Slično i Radbruch 1980 i Aarnio 2011, 177–184 itd.

Naravno, pravnici-naučnici ne uspevaju uvek tu težnju i da ostvare. Oni često ne postižu opštu saglasnost o pojedinim pravnim pojmovima, institutima i teorijama. Zato i danas imamo, primera radi, različite teorije o braku, subjektivnom pravu ili odgovornosti za štetu. Ipak, stepen tih razlika se svodi na razlike između dve ili nekoliko teorija a ne na sve *moгуće* teorije. I drugo, pravnici-naučnici retko prezentuju *sva moguća značenja* jer se neka od njih smatraju boljim, neka lošijim tumačenjima pravnih tekstova, a neka moguća značenja se uopšte i ne razmatraju. I osim toga, profesori obično teže tome da „budu u pravu“, tako da konceptualizuju i teoretišu o značenju pravnih termina i pojmova i izlažu tumačenja koja oni smatraju najispravnijim. Takva sklonost pravne nauke vrlo često rezultira opšteprihvaćenim značenjem nekog pravnog teksta ili pojma u pravnoj nauci. Na koncu, i sam Spaić konstatuje da epistemički autoritet obično imaju oni iskazi koji odražavaju upravo taj konsenzus pravne nauke u pogledu značenja određenog pravnog teksta (Spaić 2020, 162).

3.2. Jedna konceptualna primedba

Na pojedinim mestima Spaić izvodi određene pojmove i distinkcije, koji su, najblaže rečeno, sporni. Ipak, valja konstatovati da takvih spornih konceptualizacija nema mnogo i da one ne utiču bitnona tok misli i ideje koje on nastoji da izvede i argumentuje. Na ovom mestu ću pomenuti samo jednu, koja mi se čini najvažnijom, u svetlu centralne teme knjige.

Na različitim mestima u tekstu, a najposle i u samom zaključku, autor insistira na *izvanpravnoj* prirodi kanona tumačenja (Spaić 2020, 101, 168). Iako i sam priznaje da su oni, transkulturalno posmatrano, vrlo slični, to jest da u sličnom obliku i broju postoje u različitim pravnim sistemima (MacCormick, Summers 1991, 515), on do kraja knjige istrajava u takvoj kategorizaciji direktiva tumačenja. Međutim, može li se takav stav prihvatiti kao neupitan?

Pravna priroda pravila tumačenja ni za samog autora, naravno, nije sporna kada su ona kanonizovana u formalno važećim pisanim izvorima prava – tada oni predstavljaju pravne razloge za odlučivanje. I Spaić ukazuje na pravne sisteme koji imaju takve propise. Problem s (izvan)pravnom prirodom tih pravila javlja se tamo gde ona nisu kodifikovana već samo postoje kao jedna vrsta („neformalno obavezujućih“) konvencionalnih pravila u pravn(ičk)oj zajednici. Ili, da budem precizan, ono što je Spaiću u fokusu, gde ona postoje u zajednici sudija (Spaić 2020, 152). Kakva je njihova priroda u tom slučaju? Mogu li ona biti pravna u bilo kom konceptualno zamislivom smislu ili su, kako to tvrdi autor, „izvanpravna“?

Konvencionalna priroda tih pravila tumačenja nije sporna. Štaviše, i kada su kodifikovana, ona to postaju jer predstavljaju već „ukorenjene preskriptivne generalizacije“ unutar određene pravničke zajednice. Ipak, ostaje pitanje da li konvencionalna

pravila mogu biti deo pravnog sistema. Pokušaću da rekonstruišem mogući odgovor na to pitanje na osnovu Hartove pravne teorije.¹⁴ Pravnost društvenih pravila u društvu s razvijenim pravnim sistemom utvrđuje se na osnovu pravila priznanja. Funkcija pravila priznanja je „da odredi *samo opšte uslove* koje ispravna pravna odluka mora da zadovolji u modernim pravnim sistemima“. Zadovoljenje tih uslova smatra se, kako Hart kaže, „konačnom potvrdnom indikacijom da je to pravilo, pravilo grupe i da ga treba podržati društvenim pritiskom koji grupa vrši“ (Hart 2013, 154).

Da li su ti uslovi vezani samo za pravila koja su kanonizovana, formalizovana? Da li konvencionalno pravilo može postati (prema nekom pravilu priznanja) važeće pravno pravilo? Čini se da Hart, kada je formulisao svoju tezu o razvijenom pravnom sistemu kao jedinstvu primarnih i sekundarnih pravila, nije imao na umu da su važeća pravila prema pravilu priznanja zapravo konvencionalna pravila. Ali bez obzira na činjenicu što to ne bi bio tipičan primer pravnog sistema koji je on konceptualno konstruisao, ne postoji razlog zbog kojeg jedno od pravila priznanja ne bi, kao kriterijum važenja, moglo da „propisuje“ konvencionalnu prihvaćenost od zvaničnika. U tom slučaju, običajno pravilo, koje nema drugu institucionalnu potporu, koju inače „propisuje“ pravilo priznanja kao kriterijum važenja, ipak bi bilo važeće pravno pravilo samo stoga što je prihvaćeno i praktikovano od strane zvaničnika. To što takvo pravilo postoji i kada ne važi ne znači da ne može važiti i kao pravno pravilo, u smislu da predstavlja deo datog pravnog sistema.¹⁵ Uostalom, kako drugačije razumeti ustavne ili sudske konvencije u Engleskoj ili pravne običaje na kontinentu nego kao pravna pravila?

Prema tome, čini se da je problematično takva pravila kategorizovati kao izvanpravna samo zato što nemaju svoj kanonizovani, pisani oblik. Štaviše, tim problematičnije je poreći njihovu „pravnost“ ako znamo da ona regulišu ponašanje pravnih institucija par ekselans i da imaju institucionalno poreklo (istina konvencionalno) jer ukoliko se ne primenjuju u sudovima, onda ih, po pravilu, ni drugi pravници neće primenjivati.

4. ZAKLJUČAK

U odeljku u kojem sam se bavio onom vrstom propusta koju sam označio kao „nedostatak“ različitih teorijskih glasova u pogledu centralnih teza knjige vidi se da se, prema mom sudu, kao „prvobitni greh“ autora (iz kojeg onda proizilazi i većina ostalih) izdvaja *radikalnost* njegovog antiformalizma.

14 Pribegavam hartovskom odgovoru budući da se i sam autor u knjizi često oslanja na Hartove teorijske uvide.

15 Premda deluje da je izlišno o tome govoriti jer se ono svakako praktikuje, te samo stoga i postoji.

Međutim, želim da naglasim da antiformalizam koji autor „tera“ do krajnje granice ne mora do te granice da ide. Štaviše, da bi ostao relativno verna slika prirode sudijskog tumačenja, on, smatram, i ne sme da ide do te granice. Ali nezavisno od stava prema granicama do kojih ide, bitno je što *najveći broj zanimljivih i plodnih koncepata, distinkcija i ideja* koje autor u knjizi iznosi ostaje neokrnjen i ukoliko se prihvati realističnija pretpostavka da slučajevi koji se pojavljuju pred sudijama mogu biti „laki“ i „teški“, odnosno da najveći broj situacija u kojima se pravo primenjuje – prirodno, manje pred sudovima, više u svakodnevnom životu – predstavljaju laki slučajevi.

I u tome se nalazi *zdravo jezgro i glavni doprinos* ove knjige, koje se svakako može očuvati i kada se ono oslobodi „naslaga“ opisanih filozofskopravnih krajnosti. To zdravo jezgro čine uvidi da je sudijsko tumačenje u spornim, „teškim“ slučajevima odluka, da ne postoji jedno jedino „pravo značenje“ pravnog teksta, da je ta odluka opravdana mahom pozivanjem na autoritativne *pravne* razloge koji se nalaze u formalnim ili faktičkim izvorima prava¹⁶, da sudije u „teškim“ slučajevima ne tumače norme nego pravne tekstove, a da su norme ishod tumačenja, da sudije prilikom tumačenja dopunjavaju, razvijaju a katkad i ni iz čega stvaraju pravo. Jer svi ti uvidi (a verujem da bi se Spaić sasvim ili većim delom složio da oni proizilaze iz njegove analize) mogu da opstanu i u ublaženoj, više „formalističkoj“ verziji antiformalizma, u kojoj sudija nije *u svakom slučaju* potencijalni Hampti-Dampti,¹⁷ za kojeg reč, ni manje ni više, znači ono što odluči da ona znači. To čak nije ni suveren.¹⁸

16 Sudije svoje odluke ne zasnivaju i ne opravdavaju samo razlozima koji se nalaze u formalnim već često i u takozvanim faktičkim izvorima prava. Faktički („dopušteni“, „permissivni“) izvori prava se uobičajeno karakterišu kao izvori pravnih razloga koji se mogu, ali ne moraju koristiti u donošenju i obrazlaganju pravnih odluka. „Pravni sistem od (pravnik) ne zahteva da koristi ove izvore, ali se prihvata kao sasvim ispravno, da on to čini. Zbog toga su oni više od prosto istorijskih ili uzročnih uticaja, budući da su takvi (izvori) priznati kao 'dobar razlog' za odluke. Možda bismo o takvim izvorima mogli da govorimo kao 'dopuštajućim' pravnim izvorima, da bismo ih razlikovali od 'obavezujućih'.. formalnih izvora kao što su zakoni“ (Hart 2013, 352). Dopuštajući ili neobavezujući karakter tih izvora vidljiv je u činjenici da sudiji nećemo kritikovati zato što u obrazloženju ne navodi takav izvor kao opravdanje za svoju odluku, dočim ćemo to sigurno učiniti ako se ne oslanja na relevantan formalni izvor prava (Shecaira 2015, 18). Upravo neke od tih izvora Spaić i naziva „epistemičkim determinantama“ sudijskog tumačenja i među njih, primera radi, svrstava stavove pravne nauke (doktrine), presude drugih sudova istog hijerarhijskog ranga, presude sudova drugih jurisdikcija itd. (Spaić 2020, 160 i.d.).

17 Autor u zaključku podseća čitaoce na zeca Hampti-Damptija iz romana Luisa Kerola *Alisa u zemlji čuda*, koji je Alisu uveravao da značenje reči utvrđuje onaj ko je gospodar.

18 Iako Spaić tvrdi da „suveren ne odlučuje samo o pravima i obavezama već i o značenju riječi“, smatram da je i suveren, baš kao i sudija, a za razliku od Hampti-Damptija, u pridavanju mogućih značenja reči ograničen pravilima jezika. Tako, primera radi, zakonodavac može da u domaćaj značenja reči „porodica“ uključi i bivše supružnike (što nije uobičajeno značenje reči porodica u prirodnom jeziku), ali ukoliko bi ta reč, prema njegovoj odluci, označavala i komšije, ona bi, u najboljem slučaju, predstavljala jednu pravnu fikciju. A pravne fikcije su u pravu mnogo ređe

Svi ti uvidi su, svakako, od koristi pravicima-praktičarima, što i jeste, kao što je pomenuto, jedan od ciljeva koji svojim tekstom Spaić želi da ostvari.

Da zaključim. Knjiga „Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava“ predstavlja ozbiljan akademski rad. Dva su osnovna razloga za to. Prvi je da je, iole pažljivijem čitaocu, vidljivo da je u njeno pisanje uložen *ozbiljan* istraživački i teorijski napor. I drugo, njeni uvidi i rezultati predstavljaju *ozbiljan* doprinos domaćoj pravnoj teoriji, a naročito teoriji pravnog tumačenja. Oni se ne kvalifikuju na taj način, jer su sasvim originalni ili na originalan način branjeni ili sagledani iz svih mogućih uglova.¹⁹ Ali iz prve ruke mogu da posvedočim, kao kolega čija su profesionalna interesovanja bliska centralnoj temi knjige, da su inspirativni i instruktivni, da podstiču na razmišljanje i polemiku, da iznose ideje koje s drugačije strane osvetljavaju uvek jedne iste probleme. A teorijska monografija koja uspeva na takav način da komunicira s čitaocem, nesumnjivo predstavlja ozbiljan akademski rad. Stoga ne sumnjam, da će pravicima koje ova tema zanima, bilo iz akademskih bilo iz praktičnih razloga, čitanje knjige predstavljati užitek koji vredi neizbežnog truda, koji čitanje pravnoteorijske literature zahteva.

LITERATURA

1. Aarnio, Aulus. 2011. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer.
2. Cardozo, Benjamin. 1921. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press.
3. Hart, Herbert. 2013. *Pojam prava*. Preveli D. Vranjanac i G. Dajović. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
4. Holmes, Oliver Wendell. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10: 457.
5. Keeton, Robert E. 4/1993. Statutory Analogy, Purpose, and Policy in Legal Reasoning: Live Lobsters and a Tiger Cub in the Park. *Maryland Law Review* 52: 1192–1214.
6. MacCormick, Neil, Robert S. Summers. 1991. Interpretation and Justification. 511–44. *Interpreting Statutes*, eds. Neil MacCormick and Robert S. Summers. London: Routledge.

nego što bi to bio slučaj da zakonodavac odista ima potpunu slobodu da određuje značenja reči, koju mu autor implicitno pripisuje. Uostalom, pravne fikcije to i jesu jer odstupaju od stvarnosti, pojmljene i označene rečima prirodnog jezika.

- 19 Na ovom mestu treba konstatovati da su ti stavovi za domaću stručnu javnost relativno novi jer su tek odnedavno u opticaju i prihvaćeni ravnopravno u odnosu na teorijsku ortodoksiju, koja je u toj oblasti dugo dominirala. Osnovna linija tih ideja prati se u udžbeniku *Uvod u pravo* (Vasić, Jovanović, Dajović 2016), koji predstavlja zvaničnu ispitnu literaturu za studente Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Koliko je meni poznato, te ideje se u Spaićevoj knjizi prvi put kod nas iznose u zaokruženom i sitematskom monografskom obliku.

7. Moore, Michael S. 1989. Authority, Law and Razian Reasons. *Southern California Law Review* 62: 827–896.
8. Posner, Richard A. 2008. *How Judges Think*. Cambridge Mass. Harvard University Press.
9. Radbruch, Gustav. 1980. *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.
10. Ross, Alf. 1958. *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons.
11. Scalia, Antonin, Bryan A. Garner. 2012. *Reading Law – The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: Thomson/West.
12. Scalia, Antonin. 1997. *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton university press.
13. Shecaira, Fabio Perin. 1/2015. Sources of Law Are not Legal Norms. *Ratio Juris* 28: 15–30.
14. Soper, Phillip. 1989. Legal Theory and the Claim of Authority. *Philosophy and Public Affairs* 18: 209–237.
15. Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo.
16. Tamanaha, Brian Z. 2010. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.
17. Vasić Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2016. *Uvod u pravo*. 3. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.