

Hart's Formalist Critic and the Judicial Interpretation of Law

Marija Vojisavljević

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.132



0009-0004-2996-3801

Cite this article:

Vojisavljević, Marija. 1/2025. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 50–66

DOI: 10.51204/IVRS_25107A

Keywords:

- Formalism
- Realism
- Hart
- Interpretation
- Judicial Practice

Author for correspondence:

Marija Vojisavljević,
marijavojisavljevic2003@gmail.com

In the 19th century developed formalism, a theory of legal reasoning and interpretation devoted to the claim that judges discover and apply law without ever creating it. It was believed that the legislator could foresee and regulate everything, and the judge's task consisted in the mechanical application of such a ready right to a specific legal situation. However, modern legal doctrine recognizes judges a certain freedom when making decisions, the possibility to adapt the law to life and judge based on their free judicial conviction.

An almost unsolvable problem is the question of how to give the judge the necessary freedom in decision-making, and on the other hand prevent possible abuses, as well as conscious and unconscious mistakes, when using broad discretionary powers.

Hart's solution to the problem represents a middle way between these two extremes, which is why special attention is paid to it. Also, the author will try to prove that formalism is a wrong theory of legal interpretation and that the highest judicial instances actually create law through interpretation.

Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava

Marija Vojisavljević

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.132



0009-0004-2996-3801

Referenca:

Vojisavljević, Marija. 1/2025. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 50–66

DOI: 10.51204/IVRS_25107A

Ključne reči:

- Formalizam
- Realizam
- Hart
- Tumačenje
- Sudska praksa

Autor za korespondenciju:

Marija Vojisavljević,
marijavojisavljevic2003@gmail.com

U pravnoj teoriji 19. veka razvijao se formalizam, teorija pravnog rasuđivanja i tumačenja posvećena tvrdnji da sudije otkrivaju i primenjuju pravo, a da ga nikada ne stvaraju. Verovalo se da zakonodavac može sve da predvidi i reguliše, a zadatak sudije sastojao se u mehaničkoj primeni već stvorenog prava na konkretnu pravnu situaciju. Međutim, moderna pravna doktrina priznaje sudijama određenu slobodu prilikom odlučivanja, mogućnost da pravo prilagode životu i sude uzimajući u obzir i svoje slobodno sudijsko uverenje.

Gotovo nerešiv problem predstavlja pitanje kako sudiji dati neophodnu slobodu u odlučivanju, a sa druge strane sprečiti moguće zloupotrebe, kao i svesne i nesvesne greške, prilikom korišćenja širokih diskrecionih ovlašćenja.

Hartovo rešenje problema predstavlja srednji put između ove dve krajnosti zbog čega mu se posvećuje posebna pažnja. Takođe, autorka će pokušati da dokaže da je formalizam pogrešna teorija pravnog tumačenja i da najviše sudske instance tumačenjem zapravo stvaraju pravo.

1. UVOD

Kada nastane spor između (najmanje) dve strane i one se obrate sudu sa zahtevom da takav spor reši, nastaje obaveza suda da to i učini. Dakle, osnovni razlog za institucionalizaciju bilo kojeg normativnog poretka je postojanje sporova između dve strane u kojem se od suda očekuje da takav spor reši. Samo postojanje pravila ne eliminiše sporove. Naprotiv, sporovi preovlađuju i u društvima u kojima postoje složeni sistemi pravila koji regulišu ponašanje pojedinaca. Po pravilu, u istim tim složenim sistemima pojedinci zahteve za rešenje sporova adresiraju institucijama koje su u tu svrhu i stvorene, a to su sudovi (Spaić 2024, 63).

Postavlja se pitanje šta pojedinac očekuje da sud uradi u toj situaciji. Da li bi mudar i pravičan sudija trebalo da reši spor mehaničkom primenom ranije ustanovljenih principa ili bi ipak trebalo da te principe prilagodi konkretnoj situaciji?

U pravnoj jurisprudenciji su se tokom 19. i 20. veka sukobljavale dve teorije pravnog tumačenja. To su formalizam i realizam. Ove dve teorije Hart je metaforički nazvao „plemeniti san” i „noćna mora” (Hart 1977, 969).

Osnovna ideja formalizma bazirala se na tome da pozitivno pravo predstavlja zatvorenu logičku celinu u kojoj nema pravnih praznina. Verovalo se da je zakonodavac svemogućan, da on može sve da predvidi i reguliše, a zadatak sudije sastojao se u mehaničkoj primeni tako gotovog prava na konkretnu pravnu situaciju (Simić 1973, 139). Dakle, sudija nije bio ništa drugo nego „usta koja izgovaraju reči zakona bez prava da ih menja, vodeći računa samo o logičkoj neprotivrečnosti pojmova, a ne i o društvenoj implikaciji konkretnog slučaja i pravičnosti presude” (Monteskeje 2011, 163).

Nasuprot tome, realisti su smatrali da u pravu sem teksta zakona koji se vezuje za zakonodavca, postoji i teren, društvena sredina, koja pravniku-naučniku ne dozvoljava da ostane samo tumač postojeće pozitivne norme (Simić 1973, 140). Društveni odnosi su složeni, dinamični i stoga je postojanje praznina u pravnom poretku nužno. Zakonodavac nije svemoćan, ne može sve predvideti. Stoga moderna pravna doktrina priznaje sudijama određenu slobodu prilikom odlučivanja, mogućnost da pravo prilagode životu i sude na osnovu svog uverenja (Simić 1973, 141).

Kroz niz primera datih u svojim monografijama Hart je ukazivao na to da je formalizam pogrešan put u tumačenju prava. Takođe, smatrao je da najviše sudske instance tumačenjem zapravo stvaraju pravo (Hart 1994, 171). Analizom stavova Vrhovnog suda Srbije (u daljem tekstu VS) o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita, odnosno promenom pravnog stava VS-a po istom pravnom pitanju pokušaćemo da potvrdimo tu Hartovu hipotezu. Osim toga, otvara se pitanje da li takvo postupanje najviših sudova ima potencijal da ugrozi pravnu sigurnost, kao pojam na kojem počiva koncepcija vladavine prava.

U nastavku rada biće predstavljene osnovne ideje formalističkog i njemu suprotstavljenog realističkog pokreta, kao i razlozi zbog kojih se Hart nije slagao sa upotrebom formalizma u tumačenju prava.

2. PRAVO U KNJIGAMA ILI PRAVO U PRAKSI – FORMALIZAM I REALIZAM

2.1. Pravni formalizam

Formalizam je teorija pravnog rasuđivanja i pravnog tumačenja posvećena tvrdnji da sudije otkrivaju i primenjuju zakon, a da ga nikada ne stvaraju (Spaić 2022, 1). Ona počiva na stanovištu da su pravila i zakoni sami po sebi dovoljni za donošenje pravnih odluka i da se zadatak sudije isključivo sastoji u primeni tih pravila bez uzimanja u obzir šireg konteksta društveno-političkih odnosa (Cvjetićanin&Partners 2024).

Hart (1977, 969) kroz metaforu o plemenitom snu govori o formalizmu kao teoriji pravnog tumačenja. Formalizam predstavlja ideju da sudije primenjuju na slučajeve postojeće pravo i da ne stvaraju novo pravo. Pravnici se obraćaju sudovima sa namerom da oni pronađu pravo, a ne da ga stvore. Izmena neke ranije odluke novom odlukom tretira se kao da je „ispravljena greška” koju je ranije učinio sud (Hart 1977, 972). Takođe, Hart (1977, 978) je smatrao da ono što sudija izrekne nije čin stvaranja prava kao što je slučaj sa zakonodavcem – nije autoritativna opšta pravna norma.

Pravni formalisti smatraju da je pravo logički povezano, autonomno i bez pravnih praznina, te sudija donosi odluke kroz mehaničku primenu pravila. Prema njihovom shvatanju pravo je zasnovano na utvrđenim principima koji su dokazivi logikom (Staničić 2017, 533). Zadatak pravnika i pravne nauke je da identifikuju tako postavljene principe, da ih povežu u jedinstvenu celinu bez praznina i protivrečnosti i da obezbede prevenciju sudske diskrecije i dosledno donošenje odluka. Formalisti smatraju da se iz prava silogističkim zaključivanjem¹ može doći do potrebnih odgovora (Simić 1973, 169). Iz tog razloga formalizam predstavlja sudije kao tehničare čiji je zadatak i stručnost mehanička. Njihova uloga sastoji se u tome da pronađu relevantnu pravnu normu, objave šta ona propisuje i primene je na konkretnu situaciju. Pritom, oni ne smeju uzimati u obzir socijalne ciljeve i ljudske vrednosti (Staničić 2017, 535). Najslikovitiji opis ovakvog sudijskog rasuđivanja nalazi se u razradi ideje o podeli vlasti koju je postavio Šarl-Luj de Sekonda, baron od Breda

1 Silogizam je tip deduktivnog zaključivanja koje se izvodi iz najmanje dve premise. Silogizam u prevodu znači zaključak.

i Monteskjea, prema kojoj su sudije „neživa bića koja nisu u stanju da modifikuju bilo svoju snagu, bilo svoju strogost” (Montesquieu 2011, 163). Formalisti smatraju da je postupak primene prava deduktivan postupak² (Kocourek 1930, 206). Bez logičke upotrebe uma rad sudija ne bi bio moguć, jer je za primenu prava neizbežno da je postupak logički. Stvaranje prava je voljna funkcija, a primena prava je umna funkcija (Kocourek 1930, 207).

Dakle, centralna formalistička teza nije samo da sudije koriste pravila kada donose odluku, već da sudije na osnovu pravila uvek donose jednu jedinu moguću odluku. Formalizam u osnovnom obliku negira tvrdnju da sudije na osnovu pravila uopšte odlučuju. Sudija ne bira između mogućnosti već samo ustanovljava i izriče prethodno postojeće normativno stanje stvari (Spaić 2024, 84). Brajan Lajter tu karakteristiku formalizma naziva tvrdnjom o određenosti prava (2010, 110). To znači da skup pravnih pravila na osnovu kojih sud odlučuje daje jedno rešenje ili u svim slučajevima ili u najvećem broju slučajeva. Sudska presuda se formalistički predstavlja ne kao najbolje rešenje s obzirom na određeno tumačenje i na određenu ocenu suda, već kao jedino moguće rešenje određenog slučaja i već tu se uočava i prvi problem ove teorije (Spaić 2024, 84).

U skladu sa time, formalisti ističu i da je pravo potpuno određeno. Tu se zapravo radi o racionalnoj određenosti (Spaić 2024, 84). Racionalna određenost prava, smatra Lajter (2010, 111) podrazumeva da „skup opravdanih (legitimnih) pravnih razloga koji je dostupan sudiji kako bi potkrepio svoju odluku opravdava jedan i samo jedan ishod u svim slučajevima”. Dakle, tumačenje prava koje sudija preduzima je uvek tačno ili netačno. Formalisti smatraju da je pravo jezički određeno i da je jezička formulacija pravila ključna za utvrđivanje značenja pravila, a time i za rešavanje spora (Spaić 2024, 85). Zaključujemo da je za sudiju pravo racionalno određeno na osnovu njegove jezičke formulacije.

I na kraju, za formaliste vezujemo i tvrdnju o izolovanosti pravnog rasuđivanja (Leiter 2010, 111). To znači da sudije prilikom odlučivanja o značenju ne sme da uzme ništa drugo u obzir sem teksta pravila u jednom pravnom sistemu.

Međutim, i pored toga što neki teoretičari ističu prednosti ove teorije³ (Guastini, 2018, 377–378), mnogi smatraju da je formalizam izuzetno loša, pa čak i štetna pojava u pravu. Dominantne kritike formalizma potiču iz savremenog pravnog realizma.

2 Dedukcija je logička metoda. To je oblik posrednog zaključivanja kod kojeg se zaključni sud izvodi od opšteg ka posebnom ili pojedinačnom. Kada deduktivni zaključak ima tačno dve premise (polazni sud) i konkluziju on se naziva silogizam. Najčešći oblik silogizma je kategorički silogizam.

3 Često se kao prednosti formalizma ističu veća pravna sigurnost, izbegavanje grešaka koje mogu nastati spoljašnjim uticajem, nemogućnost da sudije stvaraju pravo...

Realisti, kojima je pripadao i sam Hart, smatraju da je neophodno osloboditi pravnu teoriju od floksula koje nisu utemeljene u životu i praksi sudova (Cyjetićanin & Partners 2024). Zajedno sa drugim realistima, Hart je mišljenja (1994, 162) da opšta pravna norma predstavlja potencijalno pravo, odnosno jedno od mogućih rešenja koja se mogu primeniti na konkretan slučaj. Ukazuje da primenjeno pravo jeste ono do koga dolazimo tek nakon podvođenja činjenica pod određenu pravnu normu, što sudije čine svojim tumačenjem.

2.2. Američki pravni realizam

Američki pravni realizam razvijao se 30-ih godina 20. veka i nastavlja se na ideje teoretičara koji su pripadali krugu „sociološke jurisprudencije” (Avramović 2012, 314). Teorijska perspektiva koja karakteriše ovaj pravac inspirisana je filozofijom pragmatizma⁴, a antiformalizam kao temeljnu premisu u svojim radovima ističu svi predstavnici ovog pravca. Američki pravni realizam se često svrstava u tzv. kulturalističke koncepcije prava koje ističu društvene i pravne vrednosti (ideja pravde), kao i oslobođenje od formalizma (Vukadinović, Stepanov 2001, 217).

Pristalice ovog pokreta zalažu se za empirijsko istraživanje prava i okrenuti su pravu u stvarnosti. Umesto rasprave o prirodi prava raspravlja se o njegovoj svrsi i postavlja se pitanje funkcije prava u društvu (Grossman 1935, 567). Naglasak je stavljen na proučavanje prava u primeni kao i na utvrđivanju uzroka (okolnosti) koje utiču na odluku sudije u konkretnom slučaju. Sudija mora uvek da utvrdi da li konkretan slučaj obuhvata činjenice opisane u hipotezi pravne norme (Avramović 2012, 315). To, kako tvrde realisti, nije čisto mehanička, već i kreativna delatnost, jer se opis činjenica vrši upotrebom neodređenih pojmova, čija se sadržina mora utvrditi u svakom konkretnom slučaju (Košutić 1973, 111). Dakle, zadatak sudije je da primenom normi koje sadrže opšte zapovesti o ponašanju, te iste zapovesti precizira i da ih, u skladu sa okolnostima svakog konkretnog slučaja, dopuni. Sudije se ne mogu tretirati kao automati koji vrše funkciju prostog, mehaničkog zaključivanja iz prethodno utvrđenih premisa, već kao ljudi čiji su subjektivni stavovi i osećanja utkani u presudu (Avramović 2012, 315).

Realisti osuđuju stil presuđivanja prema kome određene odluke u određenim slučajevima duguju svoje pravno opravdanje isključivo svom odnosu prema unapred određenom značenju postojećih pravnih pravila (Simić 1973, 142).

4 Pragmatizam je filozofski pravac koji potencira odnose između teorije i prakse. Ovaj pravac je nastao u Americi krajem 19. veka. Pragmatici smatraju da nastavak iskustva, kao njegova priroda, dolaze kao rezultat ranije preduzete „akcije” sa ciljem da ista postane početna tačka za razmišljanje. Pragmatično saznanje se vodi interesima i vrednostima. Ideja ovog pravca je da cilj filozofiranja mora biti praktična korist. Ovaj filozofski pravac smatra da su ideje dobre samo kao plan delovanja i da imaju vrednost prema koristi. Kada se ideje slažu sa stvarnošću pomažu nam da se lakše snalazimo. Za pragmatiste, istina je ona ideja koja je korisna.

Antiformalističko shvatanje prava prožima misao istaknutog sudije i pravnog filozofa Olivera Vendela Holmsa (Oliver Wendell Holmes) za kojeg možemo reći da se smatra začetnikom pravnog realizma u Americi.

Sažet prikaz tema koji karakteriše rad američkih realista može se pronaći u Holmsovom delu *The Common Law* (2018, 173) u kojem on navodi sledeće: „Život zakona ne može biti logika, to može biti samo iskustvo. Nužnost vremena u kome živimo, preovlađujuće moralne i političke teorije, institucije i javni, opšti interes, priznat ili nesvestan, čak i predrasude koje sudije dele sa svojim kolegama, moraju još mnogo toga učiniti od silogizma u određivanju pravila pomoću kojih bi upravljali narodom. Zakon oličava priču o razvoju nacije kroz mnoge vekove i ne može se tretirati kao da sadrži samo aksiome i kolumnne matematičke knjige”.

Međutim, ono što Hart (1977, 977) smatra za najveći uticaj i značaj realističkog pokreta nije opšte teoretisanje o prirodi prava i suđenja. Njegov glavni cilj bio je da ubedi mnoge sudije i advokate u dve stvari. Prvo, da uvek treba da sumnjaju i da (iako ne uvek) na kraju odbace bilo koju tvrdnju da postojeća pravna pravila predstavljaju jaka ograničenja i da su potpuna u toj meri da odrede kakva bi sudska odluka trebalo da bude bez uzimanja u obzir vanpravnih faktora. Drugo, da sudije ne bi trebalo da pokušavaju da prećutno unesu u zakon svoje sopstvene koncepcije ciljeva zakona ili pravde, već da ih otvoreno identifikuju i o njima diskutuju.

2.3. Hartova kritika pravnog formalizma

Polazeći od normativizma Hansa Kelzena koji sam po sebi nije podrazumevao formalizam u tumačenju, Hart je kroz niz primera datih u svojim člancima i monografijama ukazao da formalizam predstavlja pogrešan put u tumačenju prava.

Neki od osnovnih razloga koji se navode u prilog tvrdnje da formalizam nije ispravna teorija pravnog tumačenja su da formalizam ne može da objasni činjenicu da sudije odlučuju (prigovor sudijske odluke) kao i da formalizam pogrešno pretpostavlja da je jezik određen (prigovor određenosti jezika) (Spaić 2024, 91).

U nastavku rada objasnićemo ove prigovore.

2.3.1. Prigovor sudijske odluke

U svom delu *The Concept of Law*, Hart je pravio razliku između lakih i teških slučajeva. On je tu razliku objašnjavao razlikom između jezgra i periferije pojmova koji se koriste u procesu presuđivanja. Kada činjenica potpada pod jezgro pojma, odluka sudije je određena isključivo pravnim razlozima, to jest razlozima koji su sadržani u tekstu pravnog pravila. Kada činjenica ne potpada pod jezgro pojma, sudija je u poziciji da odluči, a njegova odluka ne može biti potpuno određena pravnim razlozima, prosto zbog toga što tekst pravne norme ne daje jasan i jednoznačan

odgovor na pitanje koje sudija postavlja (Hart 1994, 128). Ako pretpostavimo da je tumačenje prava aktivnost koja postoji prilikom svake primene prava, formalizam može ispravno da opiše samo ono što se dešava u nespornim, lakim, slučajevima. Međutim, kod teških slučajeva sudija ima neizbežan, „dopunski” zadatak da stvara pravo (Spaić 2024, 93).

Laki slučajevi, kako ističe Hart (1994, 126) jesu samo poznati slučajevi, oni koji se neprestano javljaju u sličnom kontekstu. Ukoliko imamo pravilo koje glasi „Zabranjena su vozila u parku”, sudija neće imati mnogo problema prilikom njegove primene. Ako bilo šta jeste vozilo, onda je to automobil. On samo mora da „podvede” određene činjenice pod opšte pojmove klasifikacije i da izvuče prost silogistički zaključak. Presuđivanje je u tim slučajevima „automatsko” i „stalno se ponavlja u sličnim kontekstima”, a to što ne postoji teškoća u rešavanju slučaja posledica je „opšte saglasnosti mišljenja u pogledu primenljivosti klasifikacionih pojmova” (Hart 1994, 161–162). Sudija pred sobom ima normu koju samo može da primeni onda kada je to potrebno. Dakle, njegov zadatak je jednostavan. Ukoliko postoji automobil u parku pravilo je prekršeno.

Međutim, ukoliko kriterijumi za postizanje saglasnosti, iz bilo kog razloga, nisu ispunjeni sudiji ostaje mogućnost da izabere način na koji će u tom slučaju presuditi. U ovim slučajevima pravna norma nije jasna, pa je zato potrebna složenija interpretacija. Supsumcija i izvođenje silogističkog zaključka više ne karakterišu suštinu rasuđivanja kojim sudije određuju šta je ispravno učiniti (Spaić 2024, 93).

Ako se vratimo na naš primer, pravilo koje zabranjuje ulazak vozila u park, sudija bi mogao da se zapita da li, primera radi, ambulantna kola krše dato pravilo ili, da li termin „vozilo” obuhvata i bicikle, avione, trotinete, rošule? Slučajeve u kojima je nejasno da li se opis činjeničnog stanja može podvesti pod indikativni deo pravnog pravila Hart naziva teškim slučajevima (Hart 1994, 126).

Hart navodi (1994, 273) da kada postojeće pravo ne može da naloži bilo koju odluku kao ispravnu, da bi rešio takve slučajeve, sudija mora da vrši svoja ovlašćenja za stvaranje prava. Međutim, on to ne bi smeo da čini proizvoljno, već uvek mora da navede opšte razloge koji opravdavaju njegovu odluku i da postupa onako kako bi postupao i savesni zakonodavac, odlučujući u skladu sa sopstvenim uverenjima i vrednostima (Hart 1994, 273). Međutim, ovde se može javiti i problem jer tumačenje u ovim slučajevima može zavisiti od brojnih vanpravnih faktora kao što su intelektualne sposobnosti sudije, njegovih ideoloških stavova, pa čak i od njegovog trenutnog raspoloženja.

Dakle, možemo zaključiti da je Hart jednim svojim delom saglasan sa formalizmom. S obzirom na to da u lakim slučajevima sudije zapravo ni ne odlučuju o sadržini pravnog pravila već prosto silogistički primenjuju tekst pravnog pravila na opis činjeničnog stanja da bi presudili, sudije u tim lakim slučajevima odlučuju formalistički primenjujući postojeća pravila na slučajeve koji nesumnjivo potpadaju

pod indikativni deo pravila. Sa druge strane, u teškim slučajevima Hart tvrdi da sudije odlučuju (Spaić 2024, 92–95).

Međutim, treba istaći da postoji veliki problem koji se tiče Hartovog shvatanja lakih slučajeva. Hart pretpostavlja da je pravilo koje se primenjuje identifikovano, uzima razliku između jezgra i periferije pojma kao jezički određenu i izjednačava tekst sa samim pravilom i pretpostavlja da je lakoća slučaja jednoznačan pojam (Spaić 2024, 96). Iz tih razloga ne može se prihvatiti Hartov stav da je formalizam jednim svojim delom ispravna teorija pravnog tumačenja.

Kako bismo dokazali Hartov stav da sudije u teškim slučajevima stvaraju pravo, analiziraćemo dva pravna stava zauzeta od strane najviše sudske instance u Republici Srbiji po pitanju dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita. Razlog zašto smo izabrali baš ove slučajeve je taj što prikazuju promenu pravnog stava u pogledu istog pitanja.

2.3.1.1. Pravni stavovi Vrhovnog suda Srbije o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita

U skladu sa nadležnošću Vrhovnog suda, kada postoje izražene razlike u sudskoj praksi, sudska odeljenja zauzimaju i objavljuju pravna shvatanja, stavove i zaključke. Oni nisu obavezujući, ali će ih nižestepeni sudovi po pravilu slediti kako im odluke kasnije ne bi bile poništene.

Tokom 2017. godine u praksi građanskih odeljenja osnovnih sudova postavilo se pitanje da li banke smeju da ugovaraju troškove obrade kredita, imajući u vidu odredbu 1065. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) Republike Srbije koja glasi: „Ugovorom o kreditu banka se obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugoverenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom”.⁵

Osnovni sudovi (postupajući kao prvostepeni) tumačili su ovu odredbu tako da banka kao protivprestaciju za plasman kredita, pored glavnice, može primiti isključivo kamatu. Samim tim, početni stav nižestepениh sudova bio je da banke smeju da ugovaraju samo kamate, a ne dodatne naknade i troškove. Iz tog razloga, osnovni sudovi su usvajali tužbene zahteve kojima su korisnici kredita tražili da se utvrdi ništavost odredbe o ugovorenoj nadoknadi za troškove obrade kredita.

S obzirom na to da su banke zauzimale suprotne stavove u pogledu ovog pitanja došlo je do velikog broja sporova, pa je VS na sednici građanskog odeljenja, koja je bila održana 22.5. 2018. zauzeo sledeći pravni stav.

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni glasnik RS 18/2020, čl. 1065, st. 1.

Naime, VS je istakao⁶ da banka ima pravo na naplatu troškova i naknadu bankarskih usluga, pa odredba ugovora o kreditu kojom se korisnik kredita obavezuje da banci plati troškove kredita nije ništava ukoliko je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita. Sa tim u vezi, nižestepeni sudovi su tumačili ovaj pravni stav tako da je dozvoljeno ugovarati troškove obrade kredita, ali pod izuzetno restriktivnim uslovima.

Mogli bismo reći da su nižestepeni sudovi ispravno primenili uže tumačenje, te da su obuhvatili samo one slučajeve koji spadaju u „srž” pojma, sledeći instrukciju da „ugovorena nadoknada troškova obrade kredita nije ništava ukoliko je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita”. Njihovo tumačenje se sastojalo u tome da su banke bile obavezne da prikažu strukturu troška obrade kredita (po stavkama), što im je tehnički bilo izvodljivo. Iz tog razloga su i dalje nastavili da usvajaju tužbene zahteve korisnika kredita što je dovelo i do blokiranja rada pojedinih sudova.

Ovi sporovi dobili su i politički karakter, medijsku pažnju, kao i podršku određenih političkih blokova, što je kulminiralo i uličnim protestima. U takvoj situaciji, VS je bio prinuđen da dopuni svoj ranije izneti stav i „hartovski rečeno” stvorio je „novo pravo”, dijamentralno suprotno ranijem. Dopuna se sastojala u tome što je VS naglasio da banka nije dužna da posebno dokazuje strukturu i visinu troškova koji su obuhvaćeni zbirnim iznosom troškova kredita, navedenim u ponudi koju je korisnik kredita prihvatio zaključenjem ugovora o kreditu⁷.

U ovom slučaju, govorimo o širokom tumačenju, u kome je VS tumačio pravo na taj način da obuhvati i one slučajeve za koje nije sasvim jasno da li se pojam odnosi ili ne, te je zašao u „periferiju” pojma, koračajući i ka stvaranju prava.

Nížestepeni sudovi, prilagođavajući se ovakvim promenama, počeli su da odbijaju tužbene zahteve. Oni su sledili stav VS da je dozvoljeno ugovaranje troškova obrade kredita, uz jedini uslov da je korisniku kredita pre zaključenja ugovora bila prezentovana ponuda banke. Nagla promena sudske prakse u stotinama hiljada identičnih slučajeva je za posledicu imala veliku pravnu nesigurnost.

Ukoliko se najviše sudske instance, poput VS, prilagođavaju ovakvim promenama stvarajući pravila koja nisu u skladu sa očekivanjima adresata, to može predstavljati ozbiljnu pretnju za pravnu sigurnost, kao temeljno pravno načelo.

2.3.2 Prigovor neodređenosti jezika

Prema Hartovom mišljenju, teškoće u tumačenju i presuđivanju nastaju u vezi sa jezikom koji se koristi u rešavanju konkretnih slučajeva. On ističe da jezik prava nužno sadrži neodređenosti jer upotrebljava opšte pojmove (Hart 1994, 125). Sa tim

6 Vrhovni sud Srbije, Rev. 3109/18, 22.5.2018, Paragraf Lex.

7 Vrhovni sud Srbije, Rev. 3109/21, 16.9.2021, Paragraf Lex.

u vezi, on kaže sledeće: „Čak i kada se koriste verbalno formulisana opšta pravila u pojedinim slučajevima može se javiti neodređenost u pogledu forme ponašanja koje ta pravila nalažu” (Hart 1994, 126). Upravo zbog ove neodređenosti jezika, ne možemo da pronađemo, čak i kao ideal, pojam norme, koji bi u toj meri bio precizan da se pitanje da li se ona može primeniti ili ne na određeni slučaj uvek mogao rešiti unapred. „Mi smo ljudi, a ne bogovi, a u prirodi ljudskog predviđanja je da se mučimo sa teretom dve međusobno povezane nepovoljne okolnosti, kad god želimo da regulišemo, nedvosmisleno i unapred neko područje posredstvom opštih standarda koje ćemo primenjivati bez daljih zvaničnih instrukcija u određenim okolnostima. Prva okolnost je naše relativno nepoznavanje činjenica, a druga naš relativno neodređen cilj” (Hart 1994, 163–164).

Kada bi svet u kome živimo karakterisao samo konačan broj svojstava i kada bi nam sva ona bila poznata, onda bi unapred mogla da se odredi svaka mogućnost. Tada bismo mogli da stvorimo norme u pogledu čije primene se ne bi zahtevao dalji izbor. Sve bi bilo poznato i ovo bi bio svet stvoren za „mehaničku” jurisprudenciju koji zagovaraju formalisti (Hart 1994, 164).

Međutim, Hart (1994, 164) ističe da ovakav svet nije naš svet. Jezik je po svojoj prirodi neodređen, opšt, višeznačan i nejasan i zato se uloga sudije ne može svesti na prostu primenu postojeće norme jer je ona neodređena.

Ovde je zapravo reč o racionalnoj neodređenosti prava, a to znači da skup pravnih pravila nije dovoljan da opravda jedan jedini ishod spora, a osnovni razlog zbog kojeg se skup pravnih razloga datih u opravdanju ne poklapa sa skupom razloga koji objašnjavaju odluku o značenju jeste taj što je jezik izvora prava neodređen (Leiter 1995, 481). Dakle, tvrdnja formalista da su pravo i jezik određeni nije prihvatljiva (Spaić 2024, 101).

2.3.2.1. *Uzroci jezičke neodređenosti*

2.3.2.1.1. Nejasnost

Nejasnost reči nije nikakav defekt jezika, već njegova bitna karakteristika koja proizilazi iz okolnosti upotrebe jezika, opažajnih i kognitivnih sposobnosti ljudi i principa komunikacije uopšte (Jonsson 2009, 211). Kada kažemo da je neki izraz nejasan to znači da postoje entiteti za koje se redovno i uobičajeno upotrebljava i instance u kojima su oni koji izraz upotrebljavaju neodlučni u tome da li se može primeniti (jezgro i periferija pojma) (Spaić 2024, 107). Takvi izrazi ne dele sve pojave koje označavaju na dva dela – na one koje su obuhvaćene njegovim značenjem i na one koje nisu. Kod njih postoje i granični slučajevi za koje se ne zna da li se pojam na njih odnosi ili ne. Stoga takvi pojmovi imaju „jezgro” jasnog značenja pojma i „periferiju” pojma (Dajović 2024, 100). „Jezgro” pojma prostire se na sve

objekte koji se posmatraju kao slučajevi na koje se primenjuje pojam. „Periferiji” pojma pripadaju objekti na koje se u jezičkoj zajednici nekada odnosi, a nekada ne odnosi određeni pojam (Bidlinski 2011, 27).

Predstavu o nejasnosti kao o razlici između jezgra i periferije ne treba uzeti zdravo za gotovo. Čest problem u pravu jeste način na koji se periferija razgraničava od jezgra pojma (Waldron 1994, 520). Po pravilu lako je saglasiti se o tome da li je nešto plavo, ali se nedoumica javlja u svim situacijama u kojima plava boja prelazi u zelenu. Slično je i sa pridevima bogat, star, mlad, visok, nizak... Neke osobe su nesumnjivo visoke, neke su nesumnjivo niske, ali između visokih i niskih entiteta imamo mnogo entiteta koji predstavljaju granične slučajeve (Spaić 2024, 108).

U teoriji i filozofiji prava, nejasnost se razmatra prvenstveno kao pitanje razgraničenja teških i lakih slučajeva. Teški su oni slučajevi koji se navode kao granični u odnosu na reči koje se po pretpostavci na njih odnose. Osobinu pojma da imaju jezgro u smislu entiteta ili situacija na koje se nedvosmisleno odnose i periferiju u smislu entiteta ili situacija na koje se ne odnose nedvosmisleno Hart naziva „otvorenom teksturom pojmova” (Hart 1994, 124). Ta osobina svakog prirodnog jezika, pa i jezika prava, onemogućava nedvosmislenu primenu autoritativnih tekstova na sve slučajeve na koje se ti tekstovi po pretpostavci odnose (Spaić 2024, 109).

Prisetimo se ranije navedenog primera o postojanju norme koja zabranjuje ulazak vozilima u park. Naime, videli smo da i pojam „vozilo” u određenim slučajevima može biti nejasan. Iako je reč „vozilo” prilično precizna, ipak i kod nje, osim jasnih, tipičnih, lakih slučajeva (automobil, autobus, kombi) u praksi mogu da se pojave i nejasni slučajevi (dečki električni automobil, električni trotinet). Dakle, prvi slučajevi spadaju u jezgro pojma, dok drugi spadaju u polusenku pojma „vozilo”.

Postavlja se pitanje na koji način sudija treba da postupi u ovakvom slučaju. Treba napomenuti da i kada sudija odlučuje o pravnoj kvalifikaciji nejasnog slučaja, neodređenost ne znači da zakon ništa ne kaže o načinu njenog razrešenja. Sistemski kontekst propisa, njegova svrha i slični pragmatični faktori mogu pružiti odgovor u konkretnim slučajevima (Dajović 2024, 111). Pretpostavimo, na primer, da je u našem primeru zabrane ulaska vozilima u park, gradska odluka usvojena kao odgovor na proteste stanovnika zbog buke i zagađenja u parku. Takav kontekst, koji otkriva nameru tvorca akta jasno pokazuje da odluka nije imala za cilj da zabrani upotrebu vozila koja ne proizvode buku i zagađenje, pa stoga nije imala za cilj da zabrani, recimo, ulaz električnih trotineta (Dajović 2024, 112). Na taj način, izbegava se šire tumačenje reči „vozilo” koje bi se u konkretnom slučaju odnosilo i na električne trotinete, kao i na granične slučajeve pojma „vozilo”.

Nejasnost se, dakle, pojavljuje kao ključan problem pravne teorije i pravne prakse s obzirom na to da pravni jezik obiluje tom vrstom semantičke neodređenosti. Nejasnost je, uostalom, uslov fleksibilnosti prirodnog jezika kojim se pravo nužno koristi (Spaić 2024, 109).

2.3.2.1.2. Višeznačnost (polisemija)

Sledeći uzrok neodređenosti jezika podrazumeva njegovu višeznačnost. Jedan izraz je višeznačan (polisemičan) ako ima dva ili više značenja koja su u međusobnom sematičkom (ili retoričkom) odnosu. Polisemija je, dakle, vrsta jezičke neodređenosti kod koje jedna reč ima niz različitih, ali međusobno povezanih značenja (Dajović 2024, 107). Jedan od primera polisemije je reč *gore*. Naime, u zavisnosti od konteksta, ova reč može da se odnosi kako na pridev (slabije, ne tako intenzivno), tako i na predlog (suprotno od dole), ali i na glagol (goreti). (Spaić 2024, 106).

Osnovna razlika između nejasnosti i višeznačnosti sastoji se u tome što višeznačan termin ima više od jednog značenja, dok nejasan termin ima samo jedno značenje, ali je njegova referenca sporna (Spaić 2024, 108). Međutim, neke reči mogu imati obe karakteristike. Primera radi, reč *dete* je višeznačna, jer znači „potomstvo uopšte”, ali i „mlado potomstvo”. Ovo drugo značenje je i nejasno, jer se ne može sa preciznošću utvrditi referenca pojma – granica kada neko dete postaje adolescent je nejasna, tako da postoje i granični slučajevi (Dajović 2024, 109).

Sintaksa često smanjuje probleme leksičke višeznačnosti, ali se isto tako dešava da, u vezi sa njom, napravi nove probleme. Iako je izvesno da ćemo u pravnom jeziku retko naići na primere višeznačnosti, to ne znači da pravo ne sadrži višeznačne reči i izraze (Spaić 2024, 107).

U pravnoj teoriji se višeznačnost tretira prvenstveno kao trivijalan semantički problem, koji ne zadaje značajnije muke pravnicima. Ipak, situacija se usložnjava kada uzmemo za primer pojedine termine koji su specifični za pravo (Endicott 2000, 54). Takav je slučaj sa odgovornošću. Pravnik odgovarajućeg obrazovanja neće imati previše problema da razlikuje pravnu od moralne odgovornosti, ali će, zavisno od konteksta, biti problematično da li je u pitanju objektivna ili subjektivna odgovornost za štetu (Spaić 2024, 107).

Višeznačnost kao razlog neodređenosti jezika možemo ilustrovati primerom iz sudske prakse. Naime, radi se o slučaju *Muscarello v. United States*⁸ koji se odnosio na tumačenje istovetne odredbe američkog federalnog zakona. Pravno pitanje je bilo da li se „nošenje vatrenog oružja” u vezi sa trgovinom narkoticima odnosi i na nošenje oružja u pretincu za rukavice u automobilu. Odbrana optuženog se zasnivala na argumentu da je značenje termina „nošenje” u zakonu „nositi nešto lično, sa sobom ili uz sebe” i da je to značenje imao na umu i zakonodavac, te da u tom smislu on nije učinio inkriminisano radnju. Manjina sudija Vrhovnog suda je, na tom tragu, smatrala da se zakonsko značenje reči „nositi” razlikuje od glavnog značenja koje je sudijska većina pronašla u rečnicima. Sa druge strane, mišljenje većine zasnivalo se na tome da je fizičko „nošenje” pištolja samo sekundarno značenje i

8 Vrhovni sud SAD, Rev. 524/1998, 8.6.1998.

da uopotreba glavnog značenja reči „nositi” ide u prilog svrsi zakona da obeshrabri „kombinaciju droge i oružja”, te da zakonodavac u tom kontekstu nije imao samo sekundarno značenje na umu.

2.3.2.1.3. Poroznost

Nužno svojstvo jezika je da ima takozvanu „poroznu” strukturu. Koliko god se tvorac pravnog akta trudio da bude precizan i jasan, ovome se ne može umaći. Naime, svaki pojam, pa čak i onaj koji je na prvi pogled najjasniji, potencijalno je neodređen, tj. uvek postoji mogućnost da u budućnosti postane takav. To znači da se uvek može pojaviti slučaj za koji nećemo pouzdano znati da li ga postojeći pojam „pokriva”, ali nećemo pouzdano znati ni da ga ne „pokriva” (Dajović 2024, 109).

Poroznost se odnosi na neotklonjivu mogućnost da neka promena u svetu koji nas okružuje ili u našem znanju o tom svetu može i najprecizniji pojam da učini nejasnim u odnosu na tu nepredviđenu promenu. Stoga se i poroznost posmatra kao zaseban razlog za neodređenost jezika (Dajović 2024, 110).

Poroznost jezika postoji zato što je budućnost načelno nepredvidljiva, te je prema tome sadašnji, aktuelni jezik nikada ne može obuhvatiti. Nepredvidljivi događaji i nove pojave se pre ili kasnije dogode, a onda postojeći termini postanu neodređeni, jer ne mogu da se primene na takve događaje i pojave nedvosmisleno i pouzdano, te ih ne opisuje jasno i precizno (Vasić, Jovanović, Dajović 2018, 331).

Ovaj problem je u pravu još izraženiji jer se u životu jezik relativno brzo prilagođava stvarnosti, za nove stvari brzo nastaju nove reči ili stare menjaju svoja značenja. Međutim, u pravu se pravne norme ne menjaju sa svakom promenom stvarnosti, a katkada se ne menjaju veoma dugo, tako da jezik pravnih propisa, koji u trenutku nastanka i nije bio nejasan, protekom vremena postane takav (Vasić, Jovanović, Dajović 2018, 332).

2.3.2.1.4. Ostali uzroci neodređenosti jezika

Prigovor neodređenosti jezika podrazumeva da je u najvećem broju slučajeva jezik kojim je pravo izraženo neodređen. Kao najčešće oblike neodređenosti naveli smo nejasnost, višeznačnost i poroznost. S obzirom na činjenicu da jezik prava nikada ne može postati tehnički jezik koji bi otklonio sve uobičajene probleme prirodnog jezika u praktičnom smislu elitičnost jezika podrazumeva mogućnost sudije da odluči o jednom značenju pravnog teksta. Drugim rečima, u svim slučajevima u kojima je jezik prava neodređen sudija će imati izbor te se na sve slučajeve neće odnositi formalistički opis sudijskog tumačenja (Spaić 2024, 111).

Treba istaći da jezik nije jedini izvor neodređenosti prava. Drugi izvor neodređenosti tiče se mogućnosti da skup pravnih razloga za donošenje sudijske odluke

bude ili previše bogat ili previše siromašan. Kao posledica toga pojavljuje se i tvrdnja da će povećanjem broja pravnih izvora, uvođenjem novih kanona tumačenja pravo postati manje neodređeno, s obzirom na to da se od kanona tumačenja očekuje da učine pripisivanje značenja pravnim tekstovima izvesnijim (Spaić 2024, 111–112). Sa druge strane, obogaćivanjem skupa pravnih razloga pravilima kojima se reguliše tumačenje i novim pravnim pravilima svakako će se smanjiti broj pravnih praznina, ali će se proizvesti i određene neželjene posledice. U bogatijem sistemu izvora sudije će se po pravilu suočavati sa većim brojem standarda kojima se reguliše slučaj, pa će biti više konflikata među izvorima prava (Spaić 2024, 112).

3. ZAKLJUČAK

Razumevanje prava kao nečeg čvrsto utemeljenog i unapred postavljenog, apstraktnog i statičnog, ne možemo prihvatiti kao ispravno. Kreativno prilagođavanje prava konkretnim životnim situacijama je nužno. Sloboda sudija u odlučivanju mora postojati u onoj meri u kojoj i hirurrg prilikom operacije, iako vođen propisanim pravilima postupanja, ima slobodu da odstrani one delove organa koji su zahvaćeni malignitetom, koji možda i nisu bili primarni fokus i razlog započinjanja operacije (Avramović 2012, 324). Jasno je da sudije danas nisu samo „usta zakona”. Sudije predstavljaju prave tvorce istine, od relativne, pretvaraju je u apsolutnu kategoriju.

Oba prigovora o kojima se raspravljalo mogu jednim imenom da se nazovu prigovorima neodređenosti prava (Spaić 2024, 122). Naime, u prigovoru sudijske odluke analizom lakih i teških slučajeva dokazali smo da sudije ipak odlučuju i time oborili tezu formalista da pravna pravila određuju jedan i samo jedan mogući ishod pravnog spora. Istaknuto je da sudije odlučuju i onda kada svoju odluku o značenju predstavljaju kao jedini mogući ishod tumačenja pravnog teksta. Neodređenost se odnosi na činjenicu da razlozi koje daju izvori prava ne vode nužno samo jednom ishodu odluke o normativnoj situaciji. Ako pravo ne određuje jedan mogući ishod spora, primena prava ne odgovara formalističkom opisu sudije koji prosto utvrđuje prethodno postojeću normativnu situaciju (Spaić 2024, 122).

Prigovor neodređenosti jezika stavlja u senku tezu formalista da je pravo racionalno određeno. Kao što smo već i istakli, jezik je po svojoj prirodi nepotpun, krut i dvosmislen, postoji veliki broj pravnih praznina, pravna pravila uključuju i isključuju veliki broj pravnih situacija te ne možemo tvrditi da on uvek vodi ka jednom jedinom rešenju.

Kroz primer presude Vrhovnog suda predstavili smo postupak sudijskog odlučivanja te pokazali da sudije stvaraju pravo. Sudovi najpre pristupaju popunjavanju

nju pravnih praznina i tumačenju pravne norme u skladu sa zakonom, zatim da, u nastojanju da se prilagode promenjenim društvenim okolnostima, oblikuju pravna pravila koja su u suprotnosti sa postojećim pravnim normama. Dakle, uloga sudije je mnogo veća od proste primene prava. Ukoliko se najviše sudske instance, poput VS, prilagođavaju ovakvim promenama stvarajući pravila koja nisu u skladu sa očekivanjima adresata, to može predstavljati ozbiljnu pretnju za pravnu sigurnost, kao temeljno pravno načelo.

LITERATURA

1. Avramović, Dragutin. 2/2012. Odluka ili norma – slobodno sudijsko uverenje kao pretnja vladavine prava. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 46: 313–319.
2. Bidlinski, Franc. 2011. *Pravna metodologija*. Podgorica. CID.
3. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2018. Uvod u pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
4. Vukadinović, Gordana, Radivoj Stepanov. 2001. Teorija prava. Novi Sad: Petrovaradin Futura.
5. Grossman, William J. 1935. The Legal Philosophy of Roscoe Pound. The Yale Law Journal.
6. Guastini, Riccardo. 2018. Sintaksa prava. Zagreb: Breza.
7. Dajović, Goran. 2024. Osnovi pravnog rasuđivanja. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Endicott, Timothy Andrew Orville. 2000. Vagueness in Law. Oxford. Oxford University Press.
9. Jonsson, Olafur Pall. 2009. Vagueness, Interpretation, and the Law. *Legal Theory* 15: 193–214
10. Košutić, Budimir. 1973. Sudska praksa kao izvor prava – doktorska disertacija. Beograd: Savremena administracija.
11. Kocourek, Albert. 1930. *An Introduction to the Science of Law*. Boston: Little, Brown & Co.
12. Leiter, Brian. 1995. Legal Indeterminacy. *Legal Theory* 1 (4): 481–492.
13. Leiter, Brian. 2010. Legal formalism and legal realism: What is the issue? *Legal Theory* 16 (02): 111–133.
14. Monteskje, Šarl. 2011. *O duhu zakona*. Beograd: Zavod za udžbenike.
15. Simić, Miroljub. 1973. Uloga sudije u tumačenju prava. 85–96. *Tumačenje prava i sudska praksa*, ed. Miodrag Jovičić. Beograd: Institut za uporedno pravo.
16. Spaić, Bojan. 2022. Formalism. 987–994. *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ed. Mortimer Sellers and Stephan Kirste. Dordrecht: Springer.
17. Spaić, Bojan. 2024. Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

18. Staničić, Frane. 67/2017. Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabavke. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu 67: 533–535.
19. Hart, Herbert Lionel Addolphus. 11/1977. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review 11 (5): 972–983.
20. Hart, Herbert Lionel Addolphus. 1994. Pojam prava. Beograd: Službeni glasnik–Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
21. Holmes, Oliver Wendell Jr. 2018. The common law. New York: Wilder Publications.
22. Waldron, Jeremy. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. California Law Review 82 (3): 509–540.
23. Cvjetićanin&Partners 2024. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava, <https://cvjeticaninlegal.com/hartova-kritika-formalizma-i-sudijsko-tumacenje-prava/>, poslednji pristup 25.2.2025.