

Vol. 8 No. 2 • 2024

# eu daimonia\*

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

RADOVI / ESSAYS

Anja Bezbradica **SOCIJALNA ONTOLOGIJA DŽONA SERLA KAO PARADIGMA ZA EMPIRIJSKA  
ISTRAŽIVANJA PRAVA**

Jorge L. Rodríguez **LEGAL ADJUDICATION, MATERIAL CORRECTNESS, AND MORAL OBJECTIVITY**

Miodrag Jovanović **THE WAR IN UKRAINE – PATHOLOGY OF THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM?**

Đorđe Timotijević **POJAM UPRAVE – SHVATANJA U TEORIJI I OSVRT NA OSNOVNA NAČELA**

SIMPOZIJUM O KNJIZI / BOOK SYMPOSIUM

(Bojan Spaić, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*)

Aleš Novak **LEGAL REALISM BOUND**

Miodrag Jovanović **SUDIJSKO ODLUČIVANJE – IZMEĐU SKEPTICIZMA I FORMALIZMA**

Goran Dajović **O JEDNOJ VERZIJI „ANTIFORMALISTIČKOG FORMALIZMA“ U SUDIJSKOM  
TUMAČENJU PRAVA**

Bojan Spaić **SUDIJE, JEZIK I TUMAČENJE PRAVA: ODGOVOR NA KRITIKE**

\* Eudaimonia (Greek: εὐδαιμονία [eudaimonía]) is a Greek word commonly translated as happiness or welfare; however, "human flourishing" has been proposed as a more accurate translation. Etymologically, it consists of the words "eu" ("good") and "daimón" ("spirit"). It is a central concept in Aristotelian ethics and political philosophy, along with the terms "areté", most often translated as "virtue" or "excellence", and "phronesis", often translated as "practical or ethical wisdom". In Aristotle's works, eudaimonia was (based on older Greek tradition) used as the term for the highest human good, and so it is the aim of practical philosophy, including ethics and political philosophy, to consider (and also experience) what it really is, and how it can be achieved.



# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju  
Journal for Legal, Political and  
Social Theory and Philosophy

Vol. 8 No. 2 • 2024

**Izdavač**

**IVR**SRBIJA

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

**Izdavač / Publisher:**

Centar za temeljna pravna znanja / Center for Legal Fundamentals,  
Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu filozofiju (IVR Srbija) / Serbian Association for Legal and  
Social Philosophy (IVR Serbia),  
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu / Faculty of Law University of Belgrade

**Glavni i odgovorni urednik / Editor in Chief:**

Dr Julieta A. Rabanos (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

**Izvršni urednici / Executive Editors:**

Ana Zdravković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)  
Mila Đorđević (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

**Uređivački odbor / Editorial Board:**

Aleksandar Cvetković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Mina Kuzminac (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Marija Vljaković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Sava Vojnović (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Petar Mitrović (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Fani Spalević (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Mina Čeperković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Isidora Fürst (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

**Naučni odbor / Scientific Committee:**

Damir Banović (University of Sarajevo), Jorge Baquerizo Minuche (Càtedra de Cultura Jurídica – Girona), Brian Bix (University of Minnesota), Luka Burazin (University of Zagreb), Damiano Canale (Bocconi University), Alejandro Calzetta (University Alberto Hurtado), Pierluigi Chiassoni (University of Genova), Goran Dajović (University of Belgrade), David Duarte (University of Lisbon), Adam Dyrda (Jagiellonian University), Biljana Đorđević (University of Belgrade Faculty of Political Science), Milena Đorđević (University of Belgrade), Victor Garcia Yzaguirre (University of Girona), Kenneth Einar Himma (University of Washington), Miodrag Jovanović (University of Belgrade), Marija Karanikić Mirić (University of Belgrade), Andrej Kristan (University of Girona), Eric Millard Albacete (University Paris Nanterre), Mauricio Maldonado Muñoz (University San Francisco de Quito), Tanasije Marinković (University of Belgrade), Marko Milanović (University of Nottingham), Pedro Moniz Lopes (University of Lisbon), Đorđe Pavićević (University of Belgrade Faculty of Political Science), Maria Cristina Redondo (University of Genoa), Sebastián Reyes Molina (Maastricht University), Jorge L. Rodríguez (University of Mar del Playa), Paolo Sandro (University of Leeds), Bojan Spaić (University of Belgrade), Danilo Vuković (University of Belgrade), Miloš Zdravković (University of Belgrade)

**Urednik osnivač / Founding Editor:**

Bojan Spaić (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

**Prethodni članovi / Previous Members:**

Milica Ristić (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Andrej Confalonieri (University of Leiden), Teodora Miljoković (Centralnoevropski univerzitet / Central European University), Stefan Rakić (Univerzitet u Strazburu / Strasbourg University), Nikolija Nedeljković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

**Lektura i korektura radova na srpskom jeziku / Proofreading (Serbian)**

Irena Popović

**Priprema teksta / Typesetting and Layout**

Dosije studio, Beograd (Belgrade)

ISSN 2560-3663 (Online)

# SADRŽAJ / CONTENT

## RADOVI / ESSAYS

*Anja Bezbradica*

Socijalna ontologija Džona Serla kao paradigma za empirijska istraživanja prava . . . . . 7  
(John Searle's Social Ontology as a Paradigm for Empirical Research of Law)

*Jorge L. Rodríguez*

Legal Adjudication, Material Corecctness, and Moral Objectivity . . . . . 31  
(Rešavanje pravnih sporova, materijalna ispravnost i moralni objektivizam)

*Miodrag Jovanović*

The War In Ukraine – Pathology of the International Legal System? . . . . . 53  
(Rat u Ukrajini – patologija međunarodnog sistema?)

*Dorđe Timotijević*

Pojam uprave – shvatanja u teoriji i osvrt na osnovna načela . . . . . 71  
(The Concept of Administration – Comprehension of Theory and Review of the Basic Principles)

## SIMPOZIJUM O KNJIZI / BOOK SYMPOSIUM

Bojan Spaić, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava.*

*Aleš Novak*

Legal Realism Bound . . . . . 91  
(Ograničenje pravnog realizma)

*Miodrag Jovanović*

Sudijsko odlučivanje – između skepticizma i formalizma . . . . . 115  
(Judicial Decision-Making – Between Skepticism and Formalism)

*Goran Dajović*

O jednoj verziji „antiformalističkog formalizma“ u sudijskom tumačenju prava . . . . . 127  
(On a Version of “Antiformalist Formalism” in Judicial Interpretation of Law)

*Bojan Spaić*

Sudije, jezik i tumačenje prava: odgovor na kritike . . . . . 143  
(Judges, Language, and Legal Interpretation: A Reply to Critics)



# RADOVI / ESSAYS

## John Searle's Social Ontology as a Paradigm for Empirical Research of Law

Anja Bezbradica

The Institute of Comparative Law, Belgrade

UDK: 316:34



0000-0002-5049-3099

### Cite this article

Bezbradica, Anja. 2/2024. Socijalna ontologija Džona Serla kao paradigma za empirijska istraživanja prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 6–29

DOI: 10.51204/IVRS\_24201A

### Keywords

- institutional facts
- sociology of law
- John Searle
- collective recognition
- social norm

### Author for correspondence

Anja Bezbradica,  
[anja.bezbradica@gmail.com](mailto:anja.bezbradica@gmail.com)

*Neo-institutionalists like Neil McCormick and Ota Weinberger brought a significant shift to jurisprudence by viewing law as a specific social fact – the institutional one. This perspective moved away from the voluntarism of traditional legal science, pointing instead on social practices as a locus of law's normativity. While this approach emphasized the factual aspects of law, neo-institutionalism primarily maintained an analytical and normative stance. Our analysis aims to highlight its potential for exploring alternative paths, such as engaging in sociological and other empirical research of law. We believe that John Searle's social ontology, from which neo-institutionalists borrowed the concept of institution, provides substantial motivation for such direction. In this paper, we tried to detect those aspects of Searle's theory of institutions from which themes/hypotheses for sociological and other scientific research of law can be derived, as well as to point out the possible directions of their development.*



## Socijalna ontologija Džona Serla kao paradigma za empirijska istraživanja prava

Anja Bezbradica

Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK: 316:34



0000-0002-5049-3099

### Referenca

Bezbradica, Anja. 2/2024. Socijalna ontologija Džona Serla kao paradigma za empirijska istraživanja prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 6–29

DOI: 10.51204/IVRS\_24201A

### Ključne reči

- institucionalne činjenice
- sociologija prava
- Džon Serl
- kolektivno priznanje
- društvena norma

### Autor za korespondenciju

Anja Bezbradica,  
[anja.bezbradica@gmail.com](mailto:anja.bezbradica@gmail.com)

*Razumevanje prava kao specifične društvene činjenice – institucionalne – kod neoinstitucionalista poput Nila Mekormika i Ote Vajnbergera, predstavljalo je značajan zaokret u jurisprudenciji. Makar u delu pravne teorije napušten je voluntarizam, a lokus normativnosti prava premešten je u društvene (interakcijske) prakse. Iako je ovakvo shvatanje prava, čini se, prirodno vodilo akcentovanju njegovog faktičkog sastojka, neoinstitucionalizam je ostao pretežno analitički i normativistički. Ovaj rad je pokušaj da se skrene pažnja na to da se on mogao kretati i u drugačijem pravcu, pravcu socioloških i drugih empirijskih istraživanja prava, kao i da mu je socijalna ontologija Džona Serla od koje pozajmljuje pojam institucije, davala dovoljno inspiracije za tako nešto. U radu smo pokušali da detektujemo one delove Serlove socijalne ontologije iz kojih se mogu derivirati teme/hipoteze za sociološka i druga naučna istraživanja prava, te da ukažemo na moguće pravce njihove razrade.*

## 1. FAKTIČKO I NORMATIVNO U PRAVU

Odnos važenja i efikasnosti prava uobičajeno se smatra jednom od tri osnovne teme jurisprudencije.<sup>1</sup> Reč je o odnosu faktičkog i normativnog u pravu, odnosno o pitanju: kako iz činjenice da nešto jeste, može slediti da (to) treba? Ovo pitanje, koje je u opštoj filozofiji postavio još Dejvid Hjum (David Hume), u jurisprudenciji je prvi put ozbiljnije razmatrao Hans Kelzen (Hans Kelsen) u svojoj „čistoj teoriji prava“ (Reine Rechtslehre). Njegov pokušaj da reši problem odnosa normativnog i faktičkog u pravu obeležila je napetost između dve težnje: ostati dosledan formalnom pozitivizmu prema kojem je za važenje pravne norme jedino bitno da se može izvesti iz neposredno više pravne norme, a istovremeno ne negirati očigledno – da se teško može nazvati važećim ono pravo koje se u praksi uopšte ne primenjuje (Kelzen 2010). Na kraju je Kelzen morao kapitulirati pred stvarnošću i napustiti tvrdnju da su pravo i fakt odvojeni (tzv. teza o normativnosti). Štaviše, njegov krajnji formalni pozitivizam završio se svođenjem važenja na efikasnost: on zaključuje da pravna norma važi ako ju je moguće izvesti iz hijerarhijski neposredno više norme, ali pod uslovom da pripada sistemu normi koji je u celini uzev efikasan (Kelzen 210, 206).

I dok je za Kelzena objašnjenje odnosa faktičkog i normativnog bilo spasavanje logičke konstrukcije njegove teorije, za Herberta Harta (Herbert Hart) je ono bilo centralna tema interesovanja. Uvođenjem pojmova „interno stanovište“ (*internal point of view*) i „pravilo priznanja“ (*rule of recognition*) Hart je dao analitički okvir za produbljeno izučavanje ovog problema. Njegov stav da norma obavezuje ukoliko ispunjava uslove za važenje koje u praksi (u svom ponašanju) prihvataju zvaničnici sistema (Hart 2013), otvorio je put, ne samo ka daljem istraživanju odnosa faktičkog i normativnog u analitičkoj jurisprudenciji, već i prodoru sociološke perspektive u jurisprudenciju. Ili se bar tako činilo.

Nastavak hartijanske tradicije koju karakteriše pokušaj da nađe srednji put između materijalističkih shvatanja koje bi da normu svedu na fakt i idealističkih koji bi, obratno, da je u potpunosti odvoje od realnosti (Werner 1995, 207), nalazimo kod neoinstitucionalista Nila Mekormika (Nail MacCormick) i Ote Vajnbergera (Ota Weinberger). Kao i za ostale pozitiviste, i za ove teoretičare pravo je društvena činjenica. Oni joj, međutim, dodaju epitet *institucionalna*, do tada neobičajan u pravnom pozitivizmu (MacCormick, Weinberger 1986). Pravo je institucionalna činjenica, smatraju oni, jer nastaje „odozdo“, kao posledica interakcije među ljudima, a ne „odozgo“ kao nekakva „volja države“. Naime, svakodnevne interakcijske prakse ljudi rutinizuju se i vremenom postaju zajednička pravila pona-

1 Druge dve su: odnos prava i prinude, i odnos prava i morala.

šanja (MacCormick 2014, 33–42). Nakon što zvaničnici sistema institucionalizuju ovaj u društvu već postojeći neformalni poredak, nastaje ono što uobičajeno nazivamo pravom (MacCormick 2014, 43–64). Pravo su, dakle, *institucije*, i to u značenju apstraktnih koncepata kojima se ljudskom ponašanju dodeljuju značenja (MacCormick 2014, 29–32).

Važno je istaći da je pomenuti pojam institucije koji koriste neoinstitucionalisti, filozofski i semiotički, a ne sociološki pojam (Pintore 1998). Kao takav, preuzet je iz teorije Džona Serla (John Searle), jednog od najvećih savremenih filozofa društva. Centralna teza Serlove socijalne ontologije jeste da „ima stvari koje postoje, i činjenica koje važe, ako i samo ako relevantni pojedinci veruju da one postoje, ili deluju u skladu sa ovim verovanjima. Ono što nazivamo institucijama i institucionalnim činjenicama potpada pod ovaj opis (Searle 2010a, Chapter 1, The Metaphysical Burden of Social Reality section, para. 1).“ Definišući pravo preko ovako shvaćenog pojma institucije, neoinstitucionalizam je bez sumnje produbio naše znanje o odnosu normativnog i faktičkog u pravu. Nažalost, on je uprkos tome ostao pretežno analitički i normativistički (Pintore 1998), u kom smislu se nije mnogo odmakao od Harta i Kelzena. Cilj ovog rada je da pokaže da se neoinstitucionalizam mogao kretati i u drugačijem pravcu – pravcu socioloških, pa čak i psiholoških istraživanja pravnog fenomena, kao i da mu je teorija institucija Džona Serla bila sasvim podešna paradigma za tako nešto.

U radu neće biti mesta da se napravi pregled širokog filozofskog opusa Džona Serla, koji se kreće od filozofije jezika (Searle 1969, 1983), preko filozofije uma (Searle 1984, 1992), do socijalne ontologije. Smatramo da za tim nema ni potrebe. Sa stanovišta pitanja koje nas ovde interesuje, od značaja će nam biti samo treća i za sada poslednja velika faza Serlovog stvaralaštva, ona u kojoj se bavio pitanjem načina konstruisanja društvene realnosti. Serlova socijalna ontologija je na sistematski način predstavljena u dva njegova dela: *The Construction of Social Reality* (1995) i *Making the Social World* (2010a). Iako se u njima Serl pravom kao takvim nije bavio, smatramo da njegova socijalna ontologija može poslužiti kao paradigma za sociološka, pa čak i socio-psihološka istraživanja pravnog fenomena. Istina, mnoge od tema na koje Serlova filozofija inspiriše već su obrađivane u sociologiji prava, u manjem ili većem obimu, ali bez dovođenja u vezu sa njegovom filozofijom. Nezavisno od toga, ovaj rad je pokušaj da se u Serlovoj teoriji detektuju one tačke koje mogu predstavljati mesto susreta socijalne ontologije i empirijskih pravnih nauka.

Nakon kraćeg pregleda Serlove socijalne ontologije, te par reči o tome kako je ona poslužila neoinstitucionalistima za objašnjenje pravnog fenomena, u centralnom delu ovog rada izdvojićemo pojedine tvrdnje njegove filozofije iz kojih se mogu derivirati teme/hipoteze za sociološka i druga naučna istraživanja prava, te ukazati na moguće pravce njihove razrade.

## 2. SOCIJALNA ONTOLOGIJA DŽONA SERLA

Čitava Serlova kompleksna filozofija društva zapravo je odgovor na jednostavno pitanje: Kako u svetu koji se sastoji od fizičkih čestica, može postojati objektivni svet novca, imovine, braka, koktel-zabava, fudbalskih utakmica i vlada? (Searle 2010a, Introduction section, para. 1) Naime, dok se čini nespornim da činjenice materijalne prirode postoje na objektivni način (u smislu da postoje nezavisno od toga da li su sadržina našeg uma), kada je reč o činjenicama tipa novca, braka i imovine, način njihovog postojanja je teže razumeti. Razlog za to je taj što pomenu te činjenice postoje kao pojmovi u našim umovima, ali pojmovi koji nemaju ekvivalent u materijalnoj stvarnosti. Međutim, iako je njihovo postojanje zavisno od subjektivne svesti, mi i ove činjenice intuitivno osećamo kao objektivno postojeće. Mi osećamo njihovu realnost zato što ih je, baš kao i činjenice materijalne prirode, moguće spoznati objektivno. Da bi ovo preciznije objasnio, Serl uvodi kategorije *ontološki subjektivnog* i *epistemološki objektivnog* (Searle 2010a, Chapter 1, Objectivity and Our Contemporary World View section). Iako na prvi pogled mogu delovati kao oksimoron, ove kovanice zaista su pogodne za razumevanje specifičnog postojanja institucionalnih činjenica i u tom smislu mogu se smatrati Serlovim doprinosom pojmovnom aparatu filozofije. Naime, ontološki objektivno postoje one činjenice koje postoje nezavisno od usmerenosti naše svesti na njih. Serl ih naziva *golim činjenicama (brute facts)* (Searle 2010a, Chapter 1, The Metaphysical Burden of Social Reality section). U njih, u prvom redu, spadaju činjenice materijalne prirode. Ontološki subjektivno postoje tzv. *institucionalne činjenice (institutional facts)*, koje ljudi stvaraju tako što kolektivno proglašavaju da one postoje, iako u materijalnoj realnosti ne postoji ništa što bi odgovaralo njihovom pojmu (Searle 2010a, Chapter 1, Constitutive Rules and the Distinction Between Brute and Institutional Facts section).<sup>2</sup>

Nastanak institucionalnih činjenica posledica je specifično ljudske sposobnosti dodeljivanja objektima (predmetima, licima i pojavama) onoga što Serl naziva *statusnim funkcijama (status-functions)* (Searle 2010a, Chapter 2, From Collective Intentionality to Institutional Facts: The Example of Money section). Naime, dodeljivanje funkcija objektima nešto je što mogu činiti i pojedine životinje (razne životinje se služe predmetima iz prirode kao oruđima). Međutim, jedino čovek ima sposobnost da objektu dodeli funkciju koja ne proističe iz njegovih fizičkih osobina. Tako, recimo, nož vrši funkciju sečenja hrane jer je za to pogodan s obzirom na to da je napravljen od oštrog parčeta čelika, ali novčanica od 50 evra zasigurno nije

2 Preciznije, institucionalne činjenice – ili uopšte nemaju ekvivalent u materijalnoj stvarnosti (npr. brak) – ili objekat koji ih reprezentuje ima taj status samo zbog toga što su ljudi tako kolektivno odlučili, a ne zbog njegovih osobina (npr. novac).

platežno sredstvo iz razloga materijala od kog je napravljena ili neke njene druge intrinzične osobine. Zbilja nema ničeg u parčetu papira što bi ga činilo sredstvom plaćanja. To parče papira vrši funkciju platežnog sredstva jer su mu je ljudi dodelili. Funkcije koje ljudi dodeljuju objektima, a koje ne proističu iz njihovih unutrašnjih osobina, Serl naziva *statusnim funkcijama*, a činjenice koje nastaju dodeljivanjem ovakvih funkcija – *institucionalnim činjenicama* (Searle 2010a, Chapter 2, From Collective Intentionality to Institutional Facts: The Example of Money section).

Da bi nečemu bila dodeljena statusna funkcija u goreopisanom smislu, to dodeljivanje mora biti kolektivno. Otuda je sledeći važan pojam u Serlovoj ontologiji *kolektivna intencionalnost* (*collective intentionality*). Reč je o kolektivnoj usmerenost pojedinačnih mentalnih stanja prema objektima u svetu (Searle 2010a, Chapter 1, Collective Intentionality section). Da bismo pojednostavili ovu definiciju (uz rizik da se nešto od smisla izgubi), reći ćemo da je u pitanju sposobnost ljudi za kooperaciju. Serl smatra da je ova sposobnost biološki fenomen koji stvara društvenu realnost (Searle 2010a, Chapter 2, From Collective Intentionality to Institutional Facts: The Example of Money section, para. 1). Drugim rečima, sva društvena realnost nastaje zahvaljujući kolektivnoj usmerenosti ljudskog duha ka objektima iz spoljašnje realnosti. Ovom stavu bi se dalo prigovoriti to da društvenost nije specifično ljudski fenomen. I životinje su sposobne da kooperativno deluju (recimo: da love u čoporu), iz čega sledi da je kolektivna intencionalnost nužan, ali ne i dovoljan uslov za nastanak institucionalne realnosti.

Serl na ovaj prigovor odgovara ističući da ljudi imaju nešto što životinje nemaju, a što im omogućava specifično ljudske oblike socijalizacije. To nešto je jezik. Da bismo dodeljivali statusne funkcije neophodno je da posedujemo jezik. Serlova teorija govornih činova je kompleksna i ovde je nećemo detaljno izlagati. Za potrebe ovog rada dovoljno je reći da je ljudski jezik specifičan jer omogućava da se izrazi ne samo ono što je trenutno u percepciji subjekta, već i različita intencionalna stanja koja se tiču objekata koji nisu u njegovoj trenutnoj percepciji, ili možda uopšte ne postoje (Searle 2010b, 11–15). Posebnu vrstu govornih činova kojima se izražavaju intencionalna stanja uma koja za cilj imaju da naprave neku promenu u svetu, i koja, samim formulisanjem, to i uspevaju da učine, Serl naziva *deklaracijama* (*declarations*) (Searle 2010b, 69). Ovaj tip govornog čina naročito je važan jer se njime konstituišu institucionalne činjenice. Deklaracije imaju logičku strukturu (konstitutivnog) pravila: „X se ima smatrati Y u kontekstu C“ (Searle 2010b, 93–100). Sva institucionalna stvarnost nastaje reprezentacijama koje imaju ovu logičku strukturu. Tako, recimo, novac postoji samo zato što smo kolektivno prihvatili da se parče papira (X) ima smatrati novcem (Y) pod uslovom, (recimo) da ga je izdala centralna banka (C).

Zašto nam je potreban jezik da bismo nečemu pripisali statusnu funkciju? Zašto nije dovoljno da to možemo misliti? Serl kaže da je to zato što postoje jezički-zavisne misli (Searle 2010a, Chapter 3, Language-Dependent Thoughts and Language-Dependent Facts section). Drugim rečima, postoje misli koje ne možemo misliti a da nemamo jezik. Ne možemo misliti misao „X se ima smatrati Y u kontekstu C“, ako nemamo jezik da to izrazimo. „Pošto nivo pomeranja sa X na Y u kreiranju institucionalnih činjenica, nema svoje postojanje mimo reprezentacije, potreban nam je neki način da ga predstavimo. Ali ne postoji prirodan prelingvistički način da se to predstavi, jer Y element nema prirodne prelingvističke karakteristike izuzev elementa X, koje bi obezbedile sredstva za predstavljanje. Dakle, moramo imati reči ili druga simbolička sredstva da izvršimo prelaz sa X na Y status.“ (Searle 2010a, Chapter 3, Games and Institutional Reality section, para. 9). Dakle, jezik je neophodan u konstituisanju institucionalne realnosti jer institucionalna činjenica može postojati samo ukoliko je predstavljena kao postojeća. Ne postoji ništa u golim činjenicama što bi ih činilo novcem, parlamentom ili fudbalom.

Sada kada smo objasnili kako nastaju institucionalne činjenice, postavlja se pitanje zbog čega je ovo bitno. Serlov odgovor na to pitanje jeste da mi dodeljivanjem statusa određenim objektima zapravo tim objektima dodeljujemo ono što on naziva *deontičkim moćima* (*deontic powers*) (Searle 2010b, 8–9). U pitanju su različita ovlašćenja (pozitivne deontičke moći) i obaveze (negativne deontičke moći). Tako, na primer, institucija braka znači da svaki od supružnika ima određena prava u pogledu nasleđivanja onog drugog, ali i obavezu da ga izdržava kada ovaj nije u mogućnosti da privređuje (navodimo ovde, sasvim nenamerno, pravne obaveze i ovlašćenja, ne zaboravljajući da brak uređuju i običajne i moralne norme). Deontičke moći su važne jer predstavljaju razloge za delovanje nezavisne od naših želja (Searle 2010b, 9). Univerzitetski profesor možda baš i nije ranoranilac, ali predavanja na fakultetu počinju u 8 ujutru, a njegov status nosi određene negativne deontičke moći kao što je i obaveza da poštuje radno vreme. Pravno pravilo da na fakultetu mora biti u 8 ujutru, postaje nezavisni i isključujući razlog za delanje profesora, odnosno razlog da on u sebi suspenduje sve druge razloge koji mu govore da postupi suprotno od pravila. Ovi nezavisni i isključujući razlozi, odnosno deontičke moći, predstavljaju „lepak za društvo“. Društvo ne bi bilo moguće ukoliko bi jedina motivacija za delanje bila želja. Kada bi se ljudi ponašali kako žele a ne kako treba, nikakva koordinacija i kooperacija ne bi bila moguća jer ljudi ne bi mogli da stupaju u interakcije jedni sa drugima.

Za kraj ovog izlaganja o Serlovoj ontologiji vredi reći nešto i o Serlovom pojmu moći, jer će nam on biti značajan kada budemo govorili o pravu kao sredstvu za alokaciju moći u društvu. Serl moć definiše kao verovatnoću da će jedna strana u društvenom odnosu biti u poziciji da sprovede svoju volju uprkos eventualnom otporu.

Iz ovoga sledi da moć postoji i kada se ne praktikuje. Nije, dakle, reč o sociološkom pojmu moći. Serlova moć je uvek deontička moć, što znači da se sastoji iz razloga za akciju. Zbog toga je ona samo kapacitet, mogućnost (Searle 2010b, 145–146). Recimo, status vlasnika podrazumeva, pored ostalog, i obavezu drugih da se suzdrže od ometanja državnine na stvari koja je predmet vlasništva, ali i pravo vlasnika da tu stvar koristi. Međutim, vlasnik može biti i onaj ko nikada nije stanovao u kući koja je u njegovoj svojini. On ne prestaje biti vlasnikom zbog toga, niti gubi pravo korišćenja stana, jer deontička moć postoji i kada se ne upotrebljava. Da bi deontička moć postojala neophodno je da budu ispunjena dva uslova: 1. da je moguće identifikovati nameru da se moć praktikuje, 2. da je moguće identifikovati subjekta i objekta moći (Searle 2010b, 151–152).

Osim ovog opšteg pojma moći, Serl pominje i njen poseban vid, koji naziva *pozadinska moć* (*background*). To je moć koja nije kodifikovana, retko je eksplicitna i akteri su je najčešće nesvesni. On je definiše kao „set kapaciteta, dispozicija, tendencija, praksi itd. koji omogućavaju intencionalnosti da funkcioniše“ (Searle 2010b, 155). Mogli bismo reći da se radi o bazičnim ideološkim i vrednosnim uverenjima koja postoje u društvu i koja vrše pritisak na pojedinca, onako kako je još Dirkem opisao da to čine društvene činjenice. Problem sa ovim tipom moći jeste što on na prvi pogled ne ispunjava pomenuta dva uslova: postojanje namere i identifikaciju aktera u tom relacionom odnosu. Da bi rešio ovaj problem, Serl kaže da pozadinsku moć praktikuje svako nad svakim u društvu, odnosno da se u svakom pojedincu stiču i subjekat i objekat pozadinske moći (Searle 2010b, 160). „Tako da, ako delite pozadinske pretpostavke vašeg društva, onda ste u mogućnosti da praktikujete moć koja ide sa tim zajedničkim pretpostavkama. Vaš tretman ljudi koji imaju zabranjena mišljenja ili se upuštaju u nedopustiva ponašanja, je oblik praktikovanja moći (...) Ne govorim ovde o zakonskim sankcijama, nego o društvenom pritisku.“ (Searle 2010b, 157)

### 3. PRAVO KAO INSTITUCIONALNA ČINJENICA

U kakvoj je vezi rečeno sa pravom? Rekli bismo u dvostruko. Najpre, većina pomenutih institucija u savremenom društvu jesu pravne. Ako je nekad i bilo stvar običajnog regulisanja, danas je vlasništvo pravna kategorija. Pravne institucije su i novac, brak, akcionarsko društvo, predsednik države itd. Drugo, pravni sistem kao celina takođe je institucija. Ovo znači da vlasništvo, brak i druge pojedinačne pravne institucije, a naposljetku i sam pravni sistem, zavise od kolektivnog priznanja (kolektivne intencionalnosti). Tako vlasništvo nastaje kada ljudi kolektivno priznaju da pojedinci imaju pravo da neometano uživaju, koriste i raspolazu pokretnim i nepokretnim stvarima pod uslovom da su ih stekli na određeni način (Tamanaha

2017, 52). Pojedinačne institucije ovog tipa Mekormik naziva *institucije-uređenja* (MacCormick 2014, 63). Pojedinačne pravne institucije su i sudovi, tužilaštava, parlament i sl. U pitanju su *institucije-tela* koje nastaju kada ljudi kolektivno priznaju da određene organizacije imaju autoritet da stvaraju i primenjuju pravo (Tamanaha 2017, 52). Na kraju, „mreža organizacija sačinjena od položaja koji praktikuju kolektivno priznate statuse sa pravnim moćima konstituiše pravni sistem“ (Tamanaha 2017, 52), što znači da je i pravni sistem kao celina institucija u navedenom smislu.

Iako i pojedinačne institucije zahtevaju kolektivno priznanje da bi postojale, da bi bile postojale *kao pravne*, dovoljno je da su ljudi prethodno kolektivno prihvatili širi sistem stvaranja i primene prava, odnosno ono što nazivamo *pravnim sistemom* (Tamanaha 2017, 53). Ovo znači da se proces nastanka institucije prava dešava kroz tri faze kolektivnog priznanja: 1. najpre ljudi kolektivno priznaju pojedinačne institucije tipa braka, vlasništva, parlamenta itd., 2. zatim priznaju zvaničnicima sistema moć da proglašavaju šta se ima smatrati pravom u toj zajednici, 3. na kraju sami zvaničnici sistema na osnovu dodeljenog im statusa uspostavljaju kriterijume za identifikaciju prava (Burazin 2022, 9). O ovom poslednjem je još Hart govorio. Naime, praksa zvaničnika sistema u pogledu toga šta se ima smatrati pravom u datom društvu konstituiše tzv. pravilo priznanja. Pravilo priznanja je set kriterijuma koji služi za identifikaciju pravnog pravila u jednom društvu (Hart 2013, 159–169). Ti kriterijumi mogu biti formalne prirode u kom slučaju govore o tome od strane kog organa i u kom postupku se stvaraju pravna pravila, i/ili sadržinske kada govore o supstantivnom kvalitetu koja pravila moraju imati da bi se kvalifikovala ko pravna (Hart 2013, 323–324). Uspostavljanjem pravila priznanja uspostavlja se pravni sistem. Iz rečenog sledi da nije dovoljno da relevantna većina u nekoj političkoj zajednici prihvati pojedinačne pravne institucije da bi postojao pravni sistem. Prihvatanje pojedinačnih pravnih institucija moglo bi dovesti do nastanka običajnog sistema, a ne pravnog (drugačije: Tamanaha 2017). Da bi ove pojedinačne institucije bile pravne, one moraju biti deo sistema koji nazivamo pravnim, što znači da je kolektivno priznanje institucije pravnog sistema nužan uslov postojanja ovih pojedinačnih institucija pravnim.

Da zaključimo: pravni sistem postoji samo onda kada je kolektivno priznat kao postojeći. Ovo ne znači, naravno, da samo kolektivno priznanje nije determinisano različitim spoljašnjim faktorima, od kojih su najvažniji oni društveni. Takođe, kolektivno priznanje institucije prava ne treba izjednačavati sa podrškom pravu u smislu vrednosne identifikacije sa njegovom sadržinom. Kako Serl kaže, kolektivno prihvatanje institucija može ići od entuzijastičnog odobravanja, pa sve do nevoljnog prihvatanja (Searle 2010b, 8).

Značaj teorija koje posmatraju pravo kao instituciju u navedenom smislu jeste taj što su pokazale svu zablude imperativnih i vountarističkih shvatanja prava. Naime, pravo ne nastaje „odozgo“, kao volja zakonodavca koja se, potom, nameće gra-



danima. Ne samo da pravo ne nastaje kao nekakva pojedinačna zakonodavna volja, ono ne nastaje ni kao produkt kolektivne volje (što je često objašnjenje nastanka prava u savremenim demokratijama). Kako pravilno primećuje Mekormik, pre nego što se bilo kakva volja pripiše državi, njeni zvaničnici se već moraju ponašati u skladu sa tom voljom, odnosno: „volja koju pripisujemo državi posledica je a ne uzrok postojanja prava u pravnoj državi“ (MacCormick 2014, 331). Pravo prema institucionalnoj teoriji organski izrasta iz društva, priznanjem od strane većine u društvu. Istina, to priznanje se u pravnim sistemima dešava posredovano zvaničnicima sistema, odnosno prati nešto složeniju šemu od one koja je postojala u rudimentalnim (običajnim) normativnim sistemima. Dok su u običajnim normativnim sistemima postojala samo primarna pravila (pravila o ponašanju konačnih adresata), a ne i tzv. sekundarna pravila (pravila o identifikaciji, načinu promene i rešavanju sporova o primarnim pravilima), u savremenim političkim zajednicama zvaničnici sistema su ti koji formalno stvaraju i primenjuju pravo. Međutim, ne treba zaboraviti, da građani zvaničnicima sistema dodeljuju taj status, odnosno dodeljuju im deontičke moći za stvaranje i primenu prava. Iako se neka grupa u društvu može samostalno nametnuti kao vlast, ne možemo reći da ima institucionalni status, ukoliko nije kolektivno priznata od strane šire društvene zajednice.

#### 4. MESTO SUSRETA SERLOVE SOCIJALNE ONTOLOGIJE I EMPIRIJSKIH PRAVNIH NAUKA<sup>3</sup>

Shvatanje prava kao institucije, u smislu u kojem Serl definiše ovaj pojam, otvara čitavo polje istraživanja za empirijske pravne nauke. Druge teorije prava, zbog prevelikog akcentovanja normativnog sastojka prava, nisu nudile ovoliko inspiracije za sociološko-pravna i druga empirijska istraživanja pravnog fenomena. U nastavku rada pokušaćemo da mapiramo neke od sociološko-pravnih tema za koje Serlova teorija može poslužiti kao paradigmatički okvir.

##### 4.1. Pod kojim društvenim uslovima nastaje institucija prava?

Serlova teorija institucija je ontološka jer se bavi pitanjem na koji način postoji društvena realnost (preciznije, jedan njen deo – društvene institucije), kada konstatuje da ona postoji jer ljudi kolektivno dodeljuju statusne funkcije objektima.

---

3 Zbog višeznačne upotrebe termina „nauka“ koji se katkad koristi da označi sistem znanja o empirijski opazivim pojavama, a katkad kao pojam koji obuhvata i racionalne ali neempirijske (filozofske) discipline, odlučili smo da koristimo sintagmu „empirijske pravne nauke“, svesni da je za najveći broj naučnika ona pleonazam.

Ovo je analitički pristup koji kao takav ne može ništa reći o tome zašto nastaje konkretna društvena institucija. Uzmimo jedan od Serlovih omiljenih primera – novac. Papir određenog izgleda na kojem je ispisano „50 evra“, a koji zovemo novčanicom, vrši funkciju platežnog sredstva, ne zbog svojih fizičkih osobina, već zbog kolektivnog pripisivanja statusa platežnog sredstva tom parčetu papira. Kada je i zašto došlo do nastanka institucije novca, filozofske teorije poput Serlove nam ne mogu reći. To je prostor za društvenu nauku. Njen bi odgovor na pomenuto pitanje mogao biti: kada usled tehničko-tehnološkog napretka dođe do porasta proizvodnje, trampa postaje komplikovana (zbog poteškoće da se u konkretnoj razmeni ponuda i potražnja poklope), što dovodi do potrebe za univerzalnim sredstvom razmene (Menger 1892).

Kada govorimo o društvenim uslovima potrebnim za nastanak institucije prava, iskrsavaju dva pitanja: 1. pitanje nastanka pojedinačnih pravnih institucija, i 2. pitanje nastanka institucije pravnog sistema. Što se prvog tiče, ako prihvatimo da pojam prava poistovetimo sa pojmom pravnog sistema u smislu u kojem ga Hart definiše<sup>4</sup>, onda je uslov za postojanje pojedinačne institucije prava postojanje pravnog sistema: tek kada institucija vlasništva bude priznata kao deo šireg sistema pravnih institucija, možemo joj dodeliti epitet pravna. U odsustvu pravnog sistema, ovakve pojedinačne institucije mogu postojati (a najčešće i postoje), ali kao običajne. Naime, u običajnim sistemima mogu postojati institucije tipa vlasništva, braka ili nasleđa, ali u takvim društvima nedostaje kolektivno priznanje zvaničnika sa deontičkim moćima za stvaranje i primenu normi koje te institucije regulišu, pa ne možemo reći da je reč o pravnim institucijama.

U vezi sa navedenim, pitanjem uslova pod kojima nastaju pojedinačne pravne institucije bavile bi se odgovarajuće sociološke discipline, poput sociologije porodice, braka, rada, ekonomije itd. Od interesa za sociologiju prava bio bi, pre svega, nastanak pravnog sistema kao takvog, jer je on, kao što je rečeno, preduslov za pripisivanje statusa *pravna* pojedinačnoj društvenoj instituciji.

Na nivou paradigme, dva su moguća pristupa problemu društvenih uslova potrebnih za nastanak institucije pravnog sistema. Prvi, funkcionalistički, nastanak prava vezuje za činjenicu povećanja dinamičke gustine društva koja dovodi do toga da običajni i moralni normativni sistemi postaju nedovoljni da obezbede koordinaciju i kooperaciju u društvu. Naime, sa rastom populacije i povećanjem broja interakcija između ljudi dolazi do sve veće specijalizacije rada. Istovremeno, kolektivna svest koja je bila kohezivna sila u malim, nerazvijenim društvima, rastače se, a nauštrb nje počinje da jača individualna. Oba ova procesa podrivaju solidarnost i koheziju društva (Durkheim 2013, 201–220). Međutim, paradoksalno, složena po-

4 Pravo je sistem primarnih i sekundarnih normi.

dela rada koja vodi sve većoj atomizaciji i individuaciji pojedinca i time rastakanju postojaće (mehaničke) solidarnosti (Durkheim 2013, 57–84), istovremeno postaje novi faktor integracije. Naime, u društvima sa visoko specijalizovanom podelom rada, pojedinci u procesu proizvodnje zavise jedni od drugih. To znači da je u složenim društvima upravo podela rada postaje osnov nove solidarnosti, koju Dirkem naziva *organskom* (Durkheim 2013, 88–103).

Suprotan pogled na nastanak institucije pravnog sistema dobija se iz konfliktne perspektive. Tako, prema klasičnom marksističkom učenju pravo nastaje u onom istorijskom trenutku u kojem, kao posledica nastanka privatne svojine, dolazi do raslojavanja društva. Naime, u primitivnim društvima u kojima postoji rudimentarna podela rada (na osnovu pola i starosti), ne postoji privatna svojina. Ovo iz razloga što u takvim društvima, zbog nedovoljno razvijene proizvodnje, dobara ima tek toliko da se namire osnovne potrebe članova društva. Sa tehničko-tehnološkim napretkom proizvodnja postaje veća i pojavljuju se prvi viškovi, koje jedna grupa u društvu počinje da prisvaja. Tako nastaje zametak onoga što će kasnije postati klase. Da bi održala svoj hegemoni položaj i nastavila da drži u pokornosti nižu klasu, ekonomski dominantna klasa koristi se svim sredstvima (politikom, ideologijom, umetnošću, religijom). Ipak, najvažnije sredstvo za održanje poretka kojim vladajuća klasa konzervira svoj hegemoni položaj jeste upravo pravo, koje zahvaljujući monopolu fizičke prinude sprovodi država (Trevino 2017, Part 4).

Marksistička teorija prava, koja je ispravno kritikovala funkcionalističko objašnjenje kao utopijsko, jednostrano i ideološko (zbog njegovog fokusa na stabilnost, harmoniju i konsenzus), zapada u drugačiji problem: kako objasniti stabilnost klasnih društava uprkos njihovom unutrašnjem antagonizmu? Odnosno, rečima pravne nauke: kako objasniti opšte dobrovoljno pokoravanje pravu uprkos tome što ono štiti klasni, a ne opšti interes? Ovom pitanju ćemo se vratiti kasnije. Za sad ćemo samo podsetiti na to da je konfliktna teorija u varijanti Georga Zimela (Georg Simmel) napustila marksističku tezu o klasnoj opresiji, i zamenila je tezom o sukobu interesa. U ovoj verziji konfliktne teorije konflikt se smatra normalnim i neizbežnim aspektom svakog društva, i on je uvek relacioni. Za Zimela nema reči o nametanju prava silom: pravo je moguće samo onda kada podređena klasa u društvu prećutno prihvata njegova pravila (Trevino 2017, Part 8, Conflict Theory chapter, Simmel, Conflict, and the Law section). I zaista, ovo se zdravorazumski čini bližim istini, jer bi u slučaju neprihvatanja prava od strane većine u društvu, represivni mehanizam države morao stalno biti u funkciji, što znamo da nikada nije bio slučaj i što, verovatno, osim u teoriji, nije ni moguće. Dakle, neki nivo dobrovoljnog prihvatanja prava je nužan. Ovo nas vraća na početak, na Serlovu tvrdnju o tome da institucija postoji utoliko što ljudi kolektivno priznaju da postoji. Izgleda da, naposljetku, i funkcionalistička i konfliktna objašnjenja nastanka prava podrazumevaju

neki nivo prihvatanja prava od strane većine u društvu, i da u tom smislu nisu u suprotnosti sa Serlovom teorijom. U vezi sa tim, sledeće pitanje koje se nameće je: Ko je ta „većina“ u društvu čijim se priznanjem konstituše institucija prava?

#### 4.2. Čije priznanje konstituše instituciju prava?

Kao što je već rečeno, da bi institucija prava nastala, kolektivno priznanje, odnosno kolektivno dodeljivanje statusnih funkcija, treba da se desi na tri nivoa. Najpre većina u društvu treba da prizna pojedinačne pravne institucije. Zatim je potrebno da većina dodeli status zvaničnika sistema određenim licima. Na kraju, zvaničnici sistema na osnovu dodeljenog im statusa, odnosno deontičkih moći koje iz njega proizilaze, proglašavaju šta se ima smatrati pravom u datoj političkoj zajednici. Kod većine teoretičara, pak, ova šema procesa kolektivnog priznanja institucije prava je uprošćena – uobičajeno se smatra da se pomenuta tri nivoa preklapaju. Međutim, sociologija prava potvrdila je da ovo nije slučaj. Naime, istraživanja pokazuju da se norme tzv. zvaničnog prava često razlikuju od normi prema kojima se ljudi u svakodnevnom životu ponašaju, što znači da se prvi i treći nivo nastanka institucije pravnog sistema ne preklapaju nužno.

Još je 1912. godine Eugen Erlich (Eugen Ehrlich) skovao termin „živo pravo“ (*das lebende Recht*) kako bi označio nezvanične (običajne) sisteme pravila koji oblikuju svakodnevni život ljudi, i koje se mogu razlikovati od normi koje primenjuje država (Ehrlich, 1986). Danas je ovaj pojam centralni u savremenim studijama pravne svesti, koje za cilj imaju da razumeju subjektivne predstave ljudi o pravu, i način na koji iskustva ljudi iz svakodnevnog života oblikuju te predstave (Cowan 2004, 929). Za razliku od prve generacije studija o pravnoj svesti (tzv. KOL /Knowledge and Opinion about Law/ studije), koje su nastojale da izmere nivoe znanja o pravu i nivoe podrške pravu (Campbell et al. 1973), ove savremene studije pravne svesti koriste kvalitativne metode poput dubinskog intervjua sa ciljem, ne da saznaju šta ljudi misle o zvaničnom pravu, već da otkriju njihov subjektivni pojam prava (Bezbradica 2023, 4–8). Ovakav interpretativni pristup temelji se na stavu da pravo nije (samo) spoljašnja struktura (društvena činjenica) koja oblikuje ponašanje pojedinca, već da je reč o pojavi čije se značenje formuliše u interakciji (Ewick, Silbey 2014).

Istraživanja subjektivnih predstava o pravu omogućila su mnogo precizniji uvid u nivoe otuđenosti građana od zvaničnog prava, nego što su to bile u mogućnosti da učine KOL studije. Rezultati ukazuju na to da je jaz između normi po kojima se ljudi ponašaju i zvaničnog prava naročito velik u postkolonijalnim društvima. U ruralnim delovima Afrike, Azije, Bliskog istoka i Pacifika 80 procenata stanovništva sporove ne rešava pred državnim sudovima, već pred lokalnim (običajnim) tribunalima (Tamanaha 2017, 56). Tako nešto ne čudi, s obzirom na

to da u tim društvima pravni sistem nije iznikao organski iz postojećih društvenih normi. Ono što, pak, iznenađuje, jesu rezultati novih istraživanja koji pokazuju da se značajni nivoi otuđenosti od prava mogu detektovati i u onim pravnim kulturama u kojima je tradicionalno meren visok stepen poverenja u pravo i visok stepen poslušnosti zakonu. Tako je Mark Hertog (Marc Hertogh) utvrdio da u Holandiji, koja važi za zemlju sa visokim legitimitetom prava (Blankenburg, Bruinsma 1994, 76), pre postoji „nevoljna tolerancija“, nego podrška pravu (Hertogh 2018). Nivoi otuđenosti od prava u zemljama poput Holandije svakako nisu na nivou koji bi mogao uticati na stabilnost društva, ali Hertog ukazuje na to da je bitno iznaći odgovarajuću metodologiju za merenje ove pojave, jer iako spor i postupan, proces otuđivanja od prava značajan je, jer u krajnjoj instanci vodi gubitku legitimiteta prava. Naime, što se ljudi manje identifikuju sa pravom, to se manje osećaju obaveznim da se u skladu sa njim ponašaju (Hertogh 2018, Part 3, Chapter 8, Revisiting the Cases section).

Pomenuti nalazi studija pravne svesti vode opštem zaključku da, ne samo da je postojanje pravnog sistema važno za postojanje pojedinačnih institucija prava, nego važi i obratno: kolektivno priznanje pojedinačnih pravnih institucija od značaja je za postojanje institucije pravnog sistema. Naime, možda je konceptualno moguć pravni poredak u kojem su pravne institucije koje zvaničnici sistema prihvataju različite od onog što građani doživljavaju kao pravo, ali je malo verovatno da bi takav pravni poredak bio efikasan i da bi mogao opstati. Moguće je da bi se takav poredak mogao održati neki kraći period sa osloncem na prinudu, ali za trajanje prava potreban je određeni nivo preklapanja između institucija „zvaničnog prava“ (onih kojima su zvaničnici sistema dodelili taj status) i onih koje građani u prihvataju. Drugačije rečeno, neki nivo legitimiteta prava mora postojati. Ovome u prilog govore i empirijske studije koje istražuju usklađenost ponašanja sa pravom. Počev od čuvene studije Toma Tajlera (Tom Tyler) iz 1990. godine (Tyler 2021), serije istraživanja su pokazale da najjači efekat na poštovanje prava ima legitimitet prava i njegovih institucija. Suprotno tradicionalnom uverenju da pravo motiviše strahom od sankcije, u ovim studijama nije nađen značajniji efekat straha od sankcije na poštovanje prava (Tyler 2009, 309). Ovi nalazi su značajni za praksu jer pokazuju da postoji efikasniji i za društvo jeftiniji način regulacije ponašanja, od pretnje prinudom. Naime, države koje se oslanjaju na strategiju društvene regulacije odvrćanjem sankcijom, ulažu ogromne resurse ne samo u uspostavljanje i održavanje sistema za kažnjavanje, već i u sredstva i strategije za proizvodnju i održavanje straha od sankcije kod ljudi. Ukoliko se, pak, ljudi u skladu sa pravom ponašaju jer veruju da pravne institucije „zaslužuju“ da stvaraju i primenjuju pravo, to dovodi do samoregulacije ponašanja i posledično smanjuje potrebu za spoljašnjim usmeravanjem ponašanja putem prinude.

Empirijske studije koje pokazuju značaj legitimiteta za efikasno funkcionisanje prava, zapravo su dokaz da nije dovoljno samo da zvaničnici sistema prihvataju pravo, kako je još Hart tvrdio (2013), već da je važno da to čine i krajnji adresati pravnih normi. Od nivoa legitimiteta prava zavisiće njegova efikasnost, a efikasnost je uslov važenja prava čak i prema mišljenju najtvrdih normativista poput Kelzena. Ovo otvara dodatna pitanja od interesa za empirijske društvene nauke. Jedno od njih je pitanje osnova legitimiteta prava, odnosno pitanje zbog čega ljudi doživljavaju pravo legitimnim, čemu smatramo, nije ukazana dovoljna pažnja.

### 4.3. Kakav je socio-psihološki mehanizam kolektivnog priznanja prava?

Kada smo se u odeljku 4.1. pokušali da odgovorimo na pitanje nastanka institucije prava, to smo činili iz makro-sociološke perspektive. Pravo smo tada posmatrali kao strukturu koja se u odnosu na pojedinca pojavljuje kao spoljašnja činjenica koja oblikuje njegovo ponašanje. Moguće je zauzeti i drugačiju perspektivu, te pravo posmatrati kao konstrukt, odnosno kao proizvod interakcije pojedinaca. Pri tome ne treba zaboraviti da se ove dve perspektive ne isključuju, jer su struktura i delanje međuzavisni (Giddens, 2013). Pravo oblikuje ponašanje pojedinaca u društvu, bivajući istovremeno i proizvodom njihove interakcije. U ovom odeljku problematizovaćemo isto pitanje kao u odeljku 4.1, ali na mikro društvenom nivou.

Iako se nije bavio empirijskom pravnom naukom, Mekormik u svom delu iz opšte jurisprudencije daje model koji može poslužiti kao objašnjenje kako na mikro društvenom (interakcijskom) nivou izgleda proces kolektivnog priznanja pravne institucije, a koji bi mogao poslužiti za deriviranje hipoteza za empirijska istraživanja. Naime, Mekormik na primeru prakse čekanja u redu pokazuje da u osnovi svih normativnih praksi stoji dobrovoljno prihvatanje pravila od strane grupe, te da u objašnjenju normativnosti nema mesta za voluntarizam. Čekanje u redu, praksa koju poznaje skoro svako društvo, fascinantna je fenomen jer je reč o situaciji u kojoj ljudi bez ikakvog prethodnog dogovora odlučuju da ne preteču jedni druge dok čekaju ispred blagajne, na autobuskoj stanici ili pred ulazom u poštu. Ako pored toga zamislimo da u opisanim situacijama nema ni redara koji kontroliše pravila o poštovanju reda, pojava postaje još intrigantnija. Naime, pred našim očima, svakog dana, dešava se jedna uspešna kolektivna praksa (uvek je moguće da neko preskoči red, ali to je uobičajeno izuzetak, i to izuzetak koji prati osuda) koja, niti je sporazumna (u uobičajenom smislu te reči), niti je iznuđena prinudom (MacCormick 2014, 33–42). Kako objasniti ovako nešto? Mekormik kaže da ovakvi neformalni poreci nastaju zato što ljudi imaju uzajamna očekivanja o tome šta treba činiti u određenoj situaciji (2014, 38). Drugim rečima, ljudi ne preteču jedni druge dok čekaju u redu

zato što veruju da i drugi koji čekaju u redu imaju isto mišljenje i ista očekivanja o tome kako se treba ponašati u toj situaciji. Upravo ova uzajamna očekivanja formiraju neformalno pravilo o zabrani preskakanja reda. Tako normativni poredak postoji svuda gde se „prećutne norme zaista uglavnom slede i poštuju bez ijednog drugog elementa nadzora, usmeravanja ili izvršenja, osim onoga koji čini poredak (ne nužno opšteg i izraženog) normativnog mišljenja koji dele oni koju interaguju“ (MacCormick 2014, 39). Istina, ova uzajamna očekivanja temelje se uvek na nekoj dubljoj ideji koja postoji u društvu (MacCormick 2014, 37). U navedenom primeru prakse čekanja u redu, u pitanju bi bila ideja egalitarizma (svi ljudi su jednaki, zato nema povlašćenih kojima je dozvoljeno da pretiču).

Rečeno nam pomaže da razumemo nastanak pojedinačnih pravnih institucija. No, ove bi institucije, kao što je već rečeno, ostale neformalne ukoliko ne bi bile deo nečega što zovemo pravnim poretkom. Može li se na sličan način, iz interakcionističkog ugla, objasniti i nastanak pravnog poretka?

U odeljku 4.1 ovog rada pomenuli smo da je jedno moguće objašnjenje nastanka institucije prava ono koje ga dovodi u vezu sa povećanjem dinamičke gustine društva i slabljenjem kolektivne svesti, u kojim uslovima običajni i moralni normativni poreci postaju nedovoljni da regulišu ponašanje članova društva. Kompleksna društva sa velikim brojem članova i enormno velikim brojem interakcija, povezana interesom a ne zajedničkim vrednostima, zahtevaju regulaciju uz pomoć formalnih pravila (prava). Ipak, jasno je da povećanje dinamičke gustine ne može direktno da utiče na nastanak prava. Direktni uzrok za nastanak prava u ovim promenjenim društvenim okolnostima treba tražiti na mikro planu, odnosno na nivou interakcije među pojedincima u društvu. U tom smislu, mislimo da Lumanova (Niklas Luhmann) teorija može ponuditi objašnjenje načina na koji interakcijske prakse stvaraju pravne norme, koje onda povratno koordiniraju te prakse.

Prema Lumanu direktni uzrok nastanka prava je nesigurnost očekivanja koja postoji u kompleksnim društvima koje karakteriše mnogo interakcija. Kompleksnost sveta iziskuje da se bira između velikog broja mogućnosti, a gde je veliki broj mogućnosti tu postoji i veliki rizik od pogrešnog izbora. Pojedinaac se sa ovom vrstom neizvesnosti nosi tako što koristi psihološki mehanizam očekivanja (Luhmann 2014, 25). Čovek, recimo, očekuje da jutro dolazi nakon noći. Spram tog očekivanja on donosi određene odluke, odnosno pravi određene izbore. Šansa da u pomenutom slučaju njegovo očekivanje bude iznevereno je mala, jer se očekivanje tiče činjenice koja je proizvod prirodnih zakona koji su nepromenjivi. Luman ovo naziva *prostom kontigentošću* (Luhmann 2014, 26). Kada je reč o interakciji, ne možemo tako lako i sa velikom verovatnoćom predvideti ponašanje Drugog. Razlog je dvostruk. Najpre, Drugi je svesno biće čija ponašanja nisu puka reakcija na spoljne podražaje. Osim toga, ponašanje Drugog zavisi i od njegovih očekivanja našeg

ponašanja. Naime, kada odabiramo kako ćemo se ponašati u nekoj interakciji, mi uvek uzimamo u obzir i očekivanja koja drugi ljudi imaju od nas. Dakle, međuljudsku interakciju uvek karakteriše tzv. *dupla kontigentnost*, odnosno *očekivanje očekivanja*. U jednostavnim društvima male dinamičke gustine sa jakom kolektivnom svešću, očekivanja koja drugi imaju od nas nije teško proceniti jer ljudi imaju slične stavove, uverenja, običaje, vrednosti. U kompleksnim društvima koja se temelje na organskoj solidarnosti, oslanjanje na psihološke strategije i zajednički moral u proceni očekivanja je nedovoljno. Zato se u toj tački razvoja društva javlja potreba za spoljašnjom strukturom koja će pojedincu reći šta su očekivanja drugih od njega. Ta spoljašnja struktura je pravo. Naime, pravila čine suvišnim očekivanja (Luhmann 2014, 30). U tom smislu treba shvatiti Lumanovu tvrdnju da pravo predstavlja „generalizovana normativna ponašajna očekivanja“. Ono nudi putokaz u vezi sa tim šta su očekivanja drugih od nas. Pravo ovo čini tako što koristi iskustvo okončanih nerazumevanja proisteklih iz interakcije, kao standarde za pomoć ljudima da odrede šta su tuđa očekivanja od njih kako bi u budućnosti izbegli razočaranja (Trevino 2017, Part 7, Luhmann's Neofunctionalist Sociology of Law section). Na taj način obezbeđujući sigurnost, ne ishoda, već očekivanja, čime zapravo čini mogućom interakciju u kompleksnim društvima.

Možemo zaključiti da Mekormikova teorija nudi hipotezu o socio-psihološkom mehanizmu nastanka pojedinačnih institucija, kada kaže da one nastaju usled postojanja uzajamnih uverenja o tome šta treba činiti u određenoj situaciji. Sa druge strane, Lumanova teorija o pravu kao generalizovanim ponašajnim očekivanjima, iz iste mikro perspektive objašnjava nastanak institucije pravnog sistema: pravni sistem nastaje onda kada pomenuta uzajamna uverenja, zbog nedovoljno jake zajedničke ideološke podloge (kolektivne svesti), nisu dovoljna da obezbede koordinaciju.

#### 4.4. Kako se kolektivno priznanje održava?

Kada Serl kaže da je dodeljivanje statusnih funkcija objektima iz spoljašnje realnosti rezultat kolektivne intencionalnosti, to se može razumeti na način da je za nastanak institucionalnih činjenica potreban svesni odnos pojedinaca prema konstitutivnim i regulativnim pravilima koja čine instituciju. Ipak, on kaže da ovo nije slučaj, i da većina ljudi većinu institucija prihvata bez svesti o njihovoj ontologiji (Searle 2010a, Constitutive Rules: X counts as Y in C section). Na prvi pogled deluje da je teško pomiriti ovakav odnos individualne svesti prema pravilima i shvatanje da intencionalnost karakteriše kolektivnu svesti. Drugim rečima, pošto institucija postoji sve dok kolektiv drži da ona postoji, i pošto se pojedinačni čovek ne mora prema tome odnositi svesno, postavlja se pitanje načina na koji se kolektivno priznanje održava tokom vremena.



Serlova tvrdnja da većina ljudi ne razmišlja svesno o pravilima koja tvore instituciju, najbolje se vidi na primeru prava. Kako Mekormik kaže: iako su pravila ta koja kreditnim karticama daju egzistenciju, činjenica je da ih ljudi koriste ne razmišljajući svesno o pravilima koja čine instituciju bankarskog kredita. Oni znaju kako da koriste svoju karticu, znaju njen PIN, znaju koliki im je dug prema banci i u kojim rokovima treba da ga otplate. „Sistem deluje zato što ljudi o pravilima ne razmišljaju, a stekli su rutine koje im omogućavaju da tu finansijsko-pravnu pogodnost bez preteranog razmišljanja koriste (MacCormick 2014, 103).“

Izgleda da je navika važnija za postojanje prava nego što se ranije mislilo. Hart je, recimo, smatrao da je specifičnost društvenih pravila, u koja spadaju i pravna, u tome što pojedinci prema pravilu imaju tzv. kritički misaoni stav, odnosno psihološki odnos prihvatanja, te da je upravo to ono što društveno pravilo razlikuje od puke navike (Hart 2013, 116). Ovo je, inače, bila centralna tačka Hartove kritike Ostinove imperativne teorije. Ostin je pravo definisao kao zapovest suverena kojoj se većina ljudi većinu vremena pokorava po navici. Hart je smatrao da se pravo ne može do kraja objasniti ukoliko se definiše samo uz pomoć spolja opazivih karakteristika, kao što je jednoobrazno ponašanje po navici. Puka usaglašenost ponašanja članova zajednice govori nam o postojanju pravilnosti, ali ne i o postojanju pravila. Da bi pravilo postojalo potrebno je da se ljudi prema ponašanju koje opisuje pravilo odnose kao prema opštem standardu čije se poštovanje zahteva od članova grupe, i gde se svako ponašanje suprotno pravilu smatra greškom (Hart 2013, 115).

Mekormikove opservacije svakodnevnih pravnih praksi dovode u sumnju Hartovu tvrdnju. Ne samo da izgleda da pravo postoji uprkos nepostojanju svesti o pravilima, već bi neki rekli da postoji upravo zbog nedostatka te svesti. Ostin, recimo, tvrdi da, ukoliko želimo stabilnost pravnog poretka, ne treba da tražimo stanovništvo koje razmišlja kritički, već ono koje se pravu pokorava iz navike (MacCormick 2014, 103). Iako je ovakav stav verovatno posledica Ostinovih reakcionarnih ideoloških pogleda, izgleda da u njemu ima i nešto od istine. Naime, premda deluje da je poželjno da se ljudi ponašaju u skladu sa pravom upravo iz svesti o postojanju pravila, teško je zamisliti da bi jedan pravni poredak mogao biti efikasan ukoliko bi postavio ovakav zahtev pred svoje građane. Osim toga, kognitivna psihologija potvrđuje Mekormikovu tvrdnju da je navika bitnija za postojanje prava od samih pravila. Naime, učenje novih veština zaista započinje učenjem pravila. Ta su pravila u početku u domenu svesnog. Međutim, kako čovek vremenom ovladava veštinom, tako se pravilo potiskuje u nesvesno, a ostaje eksplicitan jedino njegov ponašajni aspekt. Razlog je taj što način na koji mozak funkcioniše zahteva potiskivanje pravila, jer se tako svesni um se oslobađa za manje rutinske stvari, kao što je planiranje (MacCormick 2014, 102).

Dakle, bez pravila svakodnevni život je nemoguć, ali to ne znači da se ljudi prema njima odnose svesno. Većina ponašanja u skladu sa pravilima rutinizovana je i nesvesna. To je ono što olakšava život. Ljudi pravila najčešće postaju svesni tek onda kada ih neko dovede u pitanje (MacCormick 2014, 104). Ponašanje u skladu sa navikom je ono što održava institucije, a prisustvo navike upravo je dokaz postojanja pravila. Tako posmatrano, Hartova kritika Ostina izgleda preterana.

#### 4.5. Kakva je priroda moći koje prenose statusne funkcije?

Kao što je rečeno u delu rada u kojem su prikazane osnovne postavke Serlove teorije, statusne funkcije su prenosioci moći u društvu. Vršiti određenu funkciju na osnovu kolektivno priznatog statusa znači raspolagati određenim ovlašćenjima, odnosno obavezama, koje proističu iz tog statusa. Ova ovlašćenja i obaveze Serl naziva deontičkim moćima. Imati status predsednika republike znači imati pravo veta na zakone koje izglasa parlament, ali i dužnost raspuštanja parlamenta koji nije sposoban da konstituiše vladu. Važno je podsetiti na to da je deontička moć uvek moć u potenciji – nije neophodno da se praktikuje da bi postojala. Predsednik republike ne mora nikada iskoristiti veto, ali zbog te činjenice on ne gubi to pravo, niti gubi status predsednika. Pomenuta pozitivna i negativna deontologija koja se vezuje za status predsednika republike je eksplicitna (najčešće zapisana u ustavu), većini u društvu poznata i ljudi se prema njoj odnose svesno. Ne treba, pak, zaboraviti Serlov stav da su ove eksplicitne deontičke moći zavisne su od tzv. pozadinske moći, koja je skup vrednosti i uverenja koje ljudi socijalizacijom usvajaju. Tako ljudi u političkim uređenjima u kojima postoji opisana institucija predsednika republike u osnovi imaju internalizovane vrednosti liberalne demokratije. Bez ove ideološke pozadine, ne bi bilo moguće postojanje institucije predsednika republike sa pomenutim ovlašćenjima i obavezama.

Kao što vidimo, pojam moći koji Serla interesuje nije sociološki. Za njega je sva moć u društvu deontička. Interesantno je da ovo vredi i za političku moć, pod kojom Serl podrazumeva moć države, koju naziva „ultimativnom institucionalnom strukturom“, jer zahvaljujući monopolu fizičke prinude kontroliše prirodu svih institucija u društvu (Searle 2010b, 161). Upravo u ovoj tački Serlova teorija zapada u kontradikciju. Naime, čini se nemogućim da istovremeno bude istinita tvrdnja da društvene institucije nastaju „odozdo“ (kolektivnim priznanjem statusnih funkcija), i tvrdnja da država prinudom kontroliše institucije. I sam Serl priznaje da ovde postoji napetost: „Paradoks političkog je ovakav: za funkcioniranje političkog sistema mora postojati priznavanje ili prihvatanje skupa statusnih funkcija dovoljnog broja članova grupe koji dele kolektivnu intencionalnost. Ali, uopšteno, politički sistem koji utvrđuje statusne funkcije može delovati samo ako je podržan pretnjom oružanim nasiljem. Ova odlika razlikuje vlade od crkve, univerziteta, ski-klubova i orke-

stara. Razlog zašto državna vlast može ustrajati kao krajnji sistem statusnih funkcija je zato što održava konstantnu pretnju fizičkom silom.“ (Searle 2010b, 163) Kako je moguće da institucije, uključujući i pravne, nastaju kolektivnim priznanjem, a da istovremeno država prinudom mora da obezbedi njihovu egzistenciju? Prevedeno na pojmovnik jurisprudencije: da li ovo znači vraćanje na voluntarizam i imperativnu teoriju prava?

Ako ostavimo po strani pitanje da li je prinuda nužni element pojma prava, ostaje nesporno da pravo u većini slučajeva jeste praćeno državnim sankcijom. Takođe, očigledno je da nijedan pravni poredak ne može opstati dugo samo zahvaljujući prinudi, već da mora obezbediti određeni nivo legitimiteta ukoliko hoće da traje. Međutim, čak i kada postoji visok nivo dobrovoljnog povinovanja pravnim normama, prinuda ostaje sredstvo za usmeravanje ponašanja neposlušne manjine. Bez obzira na to što je prinuda krajnje i tek povremeno korišćeno sredstvo za regulisanje ponašanja, u kontekstu pomenute Serlove tvrdnje da sve institucije nastaju kolektivnim priznanjem, potrebno je objasniti odakle prinudnost crpi legitimitet. Za objašnjenje ovoga neophodno je izmestiti se iz socijalne ontologije u polje sociologije, te zapitati čije interese pravo štiti.

Ukoliko bi pravo štitilo opštedruštvene interese prinuda bi bila izlišna jer nema potrebe silom nametati nekome nešto što je u njegovom interesu. Ne samo logika, nego i empirijska sociološka istraživanja potvrđuju da pravo, makar u delu, štiti interese dominantne grupe u društvu. Grupa može dominirati na osnovu svog ekonomskog položaja, ali i roda, rase, vere itd. U tom kontekstu država i pravo pojavljuju se kao sredstvo za kontrolu sukoba interesa dominantne i potčinjene grupe u društvu. Ta kontrola je uvek u interesu dominantne grupe. Ona je način da dominantna grupa zadrži svoj hegemoni položaj u društvu. Ukoliko prihvatimo ovu konfliktnu poziciju koja društvo vidi kao antagonističko a pravo kao sredstvo za zaštitu parcijalnih interesa, onda je jedini način da se reši tenzija između Serlove teze o kolektivnom priznanju institucija i prinudnosti prava, da se kaže da većina u društvu prihvata da država u slučaju nepoštovanja pravnih normi može primeniti prinudu nad svojim građanima. No, i dalje nije jasno zašto bi deo društva prihvatio prinudno sprovođenje normi koje nisu u njegovom interesu.

Objašnjenje legitimnosti prava kao prinudnog poretka, uz očuvanje konfliktne perspektive, moguće je uvođenjem Gramšijevog (Antonio Gramsci) koncepta kulturne hegemonije (Gramsci, 2011). Ovaj izvorno marksistički koncept jedno vreme bio je centralna tema *kritičkih pravnih studija* (*critical legal studies*). Danas je popularan među *law and society* autorima, ali shvaćen uže nego kod Gramšija. Naime, dok je Gramšijev koncept hegemonije bio sveobuhvatan i jedinstven, danas se uglavnom govori o hegemoniji unutar posebnih, recimo rasnih ili rodnih odnosa (Litowitz 2000, 515–516). Prema izvornom (Gramšijevom) shvatanju, kulturna hegemonija odnosi se

na nametanje uverenja, percepcije, vrednosti i praksi vladajuće klase čitavom društvu, odnosno lažno predstavljanje ideologije vladajuće klase kao univerzalne. Nametanje se ne dešava samo prinudnim aktima, već pre svega kontrolom privatne sfere života. Ova kontrola je suptilna jer, za razliku od fizičke prinude kojom je moguće kontrolisati spoljašnje radnje, podrazumeva kolonizaciju unutrašnjeg sveta čoveka kroz primarnu i sekundarnu socijalizaciju (Litowitz 2000, 524). Na ovaj način potčinjena grupa internalizuje vrednosti dominantne grupe i počinje da se ponaša u skladu sa njima, nesvesna njihove nepravednosti i svog opresivnog položaja (Litowitz 2000, 515).

Pojam kulturne hegemonije u izvesnom smislu odgovara onome što Serl naziva pozadinskom moći. Oba pojma odnose se na ono što u govornom jeziku nazivamo „društvenim pritiskom“, a koji se manifestuje kroz internalizovane vrednosti šireg društva. Razlika je što Gramši smatra da toj mreži pozadinskih uverenja treba da pristupimo sa kritikom odnosno da u njoj prepoznamo ideologiju.

Prihvatanje ideologije dominantne grupe stvara neophodni preduslov za prihvatanje pojedinačnih institucija. Vratimo se na prethodno pomenuti primer sa predsednikom republike. Institucionalna činjenica predsednika republike nastaje dodeljivanjem statusne funkcije određenom licu kroz konstitutivno pravilo koje glasi: „Onaj ko dobije većinu glasova birača na slobodnim i neposrednim izborima smatraće se predsednikom republike“. Međutim, preduslov za nastanak ove institucionalne činjenice je prihvatanje pozadinske ideologije liberalne demokratije. Bez prihvatanja načela i vrednosti na kojima se temelji ova politička ideologija, a to su jednakost i participacija u političkom odlučivanju, ne bi bilo ni prihvatanja pravila da samo onaj koji dobije većinu glasova građana postaje predsednik. Ukoliko bi u društvu vladale autokratske vrednosti, konstitutivno pravilo dodelilo bi status predsednika nasledniku prethodnog.

Možemo zaključiti da je Serlov pojam pozadinske moći koristan za razumevanje dobrovoljnog pokoravanja pravu ukoliko ga dovedemo u vezu sa pojmom kulturne hegemonije. Hegemone grupe u društvu nameću svoju pozadinsku ideologiju koja im omogućava da konkretne zakone i odluke koji nisu u interesu većine, primenjuju sa minimalnim osloncem na prinudu. Vredi više puta istaći da se ovaj proces nametanja vladajuće ideologije (koja kao takva predstavlja, ako ne lažnu, onda makar parcijalnu svest), završava dubokom internalizacijom njenih normi i vrednosti od strane onih koji su u potčinjenom položaju. Ovo znači ne samo da se najveći broj ljudi u društvu ponaša u skladu sa tim normama i vrednostima, nego i da se vrednosno identifikuje sa njima. U tom smislu tačna je Altiserova (Louis Althusser) tvrdnja da vladajuća ideologija postaje deo identiteta svakog pojedinca u društvu i pre nego što se on rodi, i da je „pojedinač formiran kao (slobodni) subjekat da bi se slobodno potčinio zapovestima Subjekta, odnosno da bi (slobodno) prihvatio svoju potčinjenost, tj. da bi gestove i radnje potčinjavanja činio sam.“ (Althusser 2001, 123). Ipak, ostaje u društvu manjina za koju se pra-

vo pojavljuje kao tuđe, neprijateljsko i opresivno, iz razloga slabe internalizacije vrednosti „pozadinske“ ideologije.

Iz rečenog je jasno da dodeljivanju deontičkih moći prethode realni odnosi moći u društvu. Ovi realni odnosi moći koji ontološki predstavljaju „gole (društvene) činjenice“, oblikuju institucionalnu realnost. Dakle, sociološki posmatrano, društvena moć ne proističe iz institucija, već obrnuto. Realni odnosi moći u društvu dobijaju svoj izraz u institucijama, čime se konzervira postojeće stanje. Upravo je ovaj odnos između realne moći i deontologije koju nosi pravo predmet izučavanja sociološko-pravne škole pod nazivom *kritičke pravne studije* (*critical legal studies*). Osim pitanja interesa koje pravo štiti a koje su centralna tema ove škole misli, rečeno otvara još neke teme kojima je, mislimo, posvećeno nedovoljno pažnje: pitanje načina na koji se vrednosti koje pravo štiti (uključujući i samu vrednost prava) internalizuju, pitanje u kojoj meri se različite grupe u društvu identifikuju sa vrednostima koje pravo štiti, pitanje u kojoj meri pravo doprinosi ukupnoj socijalizaciji, itd.

## 5. ZAKLJUČAK

Pravo je društvena činjenica, ali specifična – institucionalna. Institucionalne činjenice razlikuju se od društvenih činjenica koje nastaju kao nenameravani produkt ljudske interakcije i za koje kažemo da postoje ontološki objektivno. Nastaju kao posledica kolektivne intencionalnosti, odnosno usmerenosti ljudskog duha ka objektima iz spoljašnje stvarnosti, kada se tim objektima dodeljuju funkcije koje nisu u vezi sa njihovim intrinzičnim karakteristikama. U tom smislu, institucionalne činjenice postoje na ontološki subjektivan način, odnosno kao intersubjektivna značenja.

Shvatanje prava kao institucionalne činjenice, kod teoretičara poput Nila McKormika i Ote Vajnbergera, za teoriju prava imalo je značajne posledice. Makar u delu pravne nauke napušten je voluntarizam, odnosno razumevanje prava kao čina političke volje. Neoinstitucionalizam je osnov normativnosti prava našao u realnosti, tačnije u svakodnevnom interakcijskim praksama koje se rutinizuju i vremenom postaju zajednička pravila ponašanja. Nakon što zvaničnici sistema institucionalizuju ovaj neformalni poredak normi, on stiče status *pravnog*. Pravo, dakle, ne nastaje voljom suverena. Zakonodavna volja važna je za objašnjenje pozitivnosti prava, ali ne i njegove normativnosti (MacCormick 2014, 331).

Iako je ovakvo shvatanje prava, neoinstitucionalizam prirodno vodio akcentovanju faktičkog sastojka prava, on je ipak ostao pretežno analitički i normativistički. Ovaj rad bio je pokušaj da se skrene pažnja na to da se on mogao kretati i u drugačijem pravcu – pravcu socioloških i drugih naučnih istraživanja prava. Društvena ontologija Džona Serla, koja predstavlja njegovu filozofsku bazu, davala mu je dovoljno inspiracije za tako nešto. Naime, posmatranje prava iz rakursa

Serlove teorije institucija, otvara brojne teme od interesa za sociologiju prava i druge empirijske discipline. Neke od tih tema, poput društvenih uslova za nastanak prava, interesa koje pravo štiti, pravne svesti i sl., sociologija uspešno izučava već decenijama. Sa druge strane, pravna socijalizacija, pravno ponašanje i psihološke funkcije prava, neke su od tema za koje izgleda da još uvek ne postoji dovoljno interesovanja. Deo razloga za ovu nezainteresovanost verovatno je u nedovoljnoj profilisanosti discipline socijalne psihologije prava (za koju se trenutno jedino može vezati ime Toma Tajlera) u čiji domen većinom spadaju ove teme, ali i u manjku komunikacije između empirijskih nauka i onoga što uobičajeno nazivamo jurisprudencijom. Naime, čini se da su mnoga pitanja od značaja za jurisprudenciju istraživana u sociologiji ili psihologiji, ali da su zbog nepostojanja interdisciplinarnosti pojmovni aparati ovih disciplina ostali različiti u meri da otežavaju protok informacija između njih.

## LITERATURA

1. Althusser, Louis. 2001. *Lenin and Philosophy and Other Essays*. New York: Monthly Review Press.
2. Bezbradica, Anja. 2–3/2023. Bureaucratic Legal Consciousness: Perception of the Right to Access to Information of Public Importance in Public Authorities in Serbia. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 42: 1–24.
3. Blankenburg, Erhard, Freek Bruinsma. 1994. *Dutch Legal Culture*. Deventer and Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
4. Burazin, Luka. 2022. Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts, in *Law as an Artifact* (Ed. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma, Corrado Rovarsi). Oxford University Press.
5. Campbell, Colin, Wesley Carson, Paul Wiles. 1973. *Knowledge and Opinion about Law*. London: Martin Robertson and Company Ltd.
6. Cowan, Dave. 2004. Legal Consciousness: Some Observations. *Modern Law Review*, Vol. 67, No. 6: 928–958.
7. Durkheim, Emile. 2013. *The Division of Labour in Society*. Bloomsbury Publishing. <https://www.perlego.com/book/2996454/durkheim-the-division-of-labour-in-society-pdf>, poslednji pristup 24. februara 2024.
8. Ehrlich, Eugen. 1986. *Gesetz und lebendes recht: vermischte kleinere schriften*. Berlin: Duncker und Humblot.
9. Ewick, Patricia, Susan S. Silbey. 2014. *The Common Place of Law*. The University of Chicago Press. <https://www.perlego.com/book/1874576/the-common-place-of-law-pdf>, poslednji pristup 1. marta 2024.
10. Fridman, Lorens M. 2014. *Pravni sistem*. Podgorica: CID.

11. Giddens, Anthony. 2013. *The Constitution of Society*. Polity Press. <https://www.perlego.com/book/1535565/the-constitution-of-society-outline-of-the-theory-of-structuration-pdf>, poslednji pristup 7. marta 2024.
12. Gramsci, Antonio. 2011. *Prison Notebooks*. Columbia University Press.
13. Hertogh, Marc. 2018. *Nobody's Law*. Palgrave Macmillan UK. <https://www.perlego.com/book/3493117/nobodys-law-legal-consciousness-and-legal-alienation-in-everyday-life-pdf>, poslednji pristup 7. marta 2024.
14. Litowitz, Douglas. 2/2000. Gramsci, Hegemony, and the Law. *BYU Law Rev* 2000: 515–551.
15. Luhmann, Niklas. 2014. *A Sociological Theory of Law*. New York: Routledge.
16. MacCormick, Neil, Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Holland-Boston: D. Reidel Publishing Co.
17. MacCormick, Neil. 2014. *Institucije prava*. Zagreb: Naklada breza.
18. Menger, Karl. 6/1892. On the Origin of Money. *The Economic Journal* 2: 239–255.
19. Pintore, Anna. 1998. Institutionalism in Law, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (Ed. Edward Craig). London, New York: Routledge.
20. Searle, John. 1969. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press.
21. Searle, John. 1983. *Intentionality*. Cambridge: Cambridge University Press.
22. Searle, John. 1984. *Minds, Brains, and Science*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
23. Searle, John. 1992. *The Rediscovery of the Mind*. Cambridge Massachusetts: The MIT Press.
24. Searle, John. 2010a. *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press. <https://www.perlego.com/book/779804/the-construction-of-social-reality-pdf>, poslednji pristup 7. marta 2024.
25. Searle, John. 2010b. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
26. Tamanaha, Brian Z. 2017. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge University Press.
27. Treviño, Javier. 2017. *The Sociology of Law*. Taylor and Francis. <https://www.perlego.com/book/1578781/the-sociology-of-law-classical-and-contemporary-perspectives-pdf>, poslednji pristup 24. februara 2024.
28. Tyler, Tom. 1/2009. Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation. *Ohio State Journal of Criminal Law* 7: 307–360.
29. Tyler, Tom. 2021. *Why People Obey the Law*. Princeton University Press. <https://www.perlego.com/book/2377736/why-people-obey-the-law-pdf>, poslednji pristup 7. marta 2024.
30. Werner, Wouter. 23/1995. Legal signs and legal science: The relevance of pragmatism for the institutional theory of law. *International journal for the semiotics of law* 8: 207–218.
31. Kelzen, Hans. 2010. *Opšta teorija države i prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
32. Hart, Herbert. 2013. *Pojam prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

## Rešavanje pravnih sporova, materijalna ispravnost i moralni objektivizam

Jorge L. Rodríguez

National University of Mar del Plata, Argentina

UDK 340.12



0000-0002-1992-0101

### Referenca

Rodríguez, Jorge L. 2/2024. Legal Adjudication, Material Corecctness, and Moral Objectivity, *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 30–51

DOI: 10.51204/IVRS\_24208A

### Ključne reči

- Formalna i materijalna ispravnost
- Rešavanje pravnih sporova
- Metaetika
- Moralni objektivizam

### Autor za korespodenciju

Jorge L. Rodríguez,

[jorge.rodriguez@pjba.gov.ar](mailto:jorge.rodriguez@pjba.gov.ar)

*Rad istražuje vrolebskijevsku klasičnu razliku između unutrašnjeg i spoljašnjeg opravdanja, naglašavajući dva tumačenja. Prema prvom, odluka je interno opravdana ako proizilazi iz izabranih premisa i eksterno opravdana ako su i te premise opravdane. Iz ove perspektive, neki teoretičari tvrde da je unutrašnje opravdanje dovoljno za lake slučajeve, dok teški slučajevi zahtevaju spoljno opravdanje. Međutim, pokazaće se da je reč o grešci koja proizilazi iz dvosmislenosti termina „opravdanje“, a razjašnjavanje ove dvosmislenosti otkriva da i laki i teški slučajevi zahtevaju istu vrstu opravdanja. Prema drugom tumačenju, odluka je iznutra opravdana ako je izvedena iz postojećeg zakona i eksterno opravdana ako je njen sadržaj moralno prihvatljiv. Ovo dovodi do ispitivanja odnosa između pravnog i moralnog opravdanja. S tim u vezi, tvrdnja Karlosa Nina da je pravno rasuđivanje oblik moralnog rasuđivanja biće kritički ocenjena tako što će se pokazati da ono na kraju spaja prirodu normi sa prirodom razloga za njihovo prihvatanje. Konačno, biće argumentovano da je moralni objektivizam irelevantan za snažno opravdanje sudskih odluka (što zahteva valjano rasuđivanje sa ispravnim premisama). Metaetički skepticizam ne podriva suštinske moralne sudove niti slabi moralnu debatu, kao što ih metaetički objektivizam ne jača.*



## Legal Adjudication, Material Corecctness, and Moral Objectivity

Jorge L. Rodríguez

National University of Mar del Plata, Argentina

UDK 340.12

 0000-0002-1992-0101

### Cite this article

Rodríguez, Jorge L. 2/2024. Legal Adjudication, Material Corecctness, and Moral Objectivity, *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 30–51

DOI: 10.51204/IVRS\_24208A

### Key words:

- Formal and Material Correctness
- Legal Adjudication
- Methaethics
- Moral Objectivism

### Author for correspondence

Jorge L. Rodríguez,  
[jorge.rodriguez@pjba.gov.ar](mailto:jorge.rodriguez@pjba.gov.ar)

*The paper explores Wróblewski's classical distinction between internal and external justification, highlighting two interpretations. According to the first, a decision is internally justified if it follows from the chosen premises and externally justified if those premises are also justified. From this perspective, some theorists have claimed that internal justification suffices for easy cases, while hard cases require external justification. However, it will be shown that this is a mistake arising from an ambiguity in the term "justification", and clarifying this ambiguity reveals that both easy and hard cases require the same kind of justification. In the second interpretation, a decision is internally justified if it is derived from existing law and externally justified if its content is morally acceptable. This leads to an examination of the relationship between legal and moral justification. In this regard, Carlos Nino's claim that legal reasoning is a form of moral reasoning will be critically assessed by showing that it ultimately conflates the nature of norms with the nature of the reasons for their acceptance. Finally, it will be argued that moral objectivism is irrelevant for strong justification of judicial decisions (which requires valid reasoning with correct premises). Metaethical scepticism does not undermine substantive moral judgments or weaken moral debate, just as metaethical objectivism does not strengthen them.*

## 1. INTRODUCTION\*

Since Jerzy Wróblewski's contributions (see 1971, 1974), it has become traditional to distinguish between what is called *internal* and *external justification* of a judicial decision. However, the way in which this distinction is interpreted by different authors is not uniform. Sometimes the expression "internal justification" is used to refer to the justification of the conclusion of the judicial reasoning on the basis of the premises that the judge takes into account, while the expression "external justification" refers to the justification of the very same premises used to derive such a decision. In this sense, Wróblewski argues that internal justification is linked to the validity of the inference from the premises to the conclusion, so that this type of justification would be purely formal. External justification, on the other hand, would verify "*not only the validity of the inferences*", but also the correctness of the premises, so that external justification would be linked to the choices of directives and evaluations for the establishment of the premises (interpretation of the norms at stake, evaluation of the evidence for the facts, and determination of the legal consequences of such facts), so that it "*could hardly be reduced to formal techniques*" (see 1971).

According to this reading, it is generally understood that the judge internally justifies her decision when she constructs a formally correct reasoning on the basis of the applicable rules of the legal system and the facts of the case. This basic idea could be called the *classical deductivist theory of judicial decisions*. The problem is that frequently legal systems do not provide a clear and unambiguous answer for every given case, and there might also be difficulties in establishing the factual premises of legal cases. Faced with these "hard cases" judges will not be able to derive a simple conclusion from the applicable rules and the facts of the case. In such situations – it is argued – they have to justify the premises they use as a basis for their decisions.

The idea would be, then, that in hard cases the premises would in turn require justification. According to some of the supporters of the so-called *theory of legal argumentation* – Aarnio, Alexy, Atienza, among others – the justification of judicial decisions would be different in easy or routine cases and in hard cases, the former being called "internal justification" and the latter "external justification" (see Atienza 1991, 26). According to this criterion, the difference between internal and external justification lies in the concept of justification and in the type of argumentation used in both cases (see Redondo 1996, 220). From this point of view, deductive logic would be insufficient to account for judicial reasoning because, although

---

\* The translations to English of all the direct quotes that were originally in other languages have been made by the author.

it would allow a more or less adequate reconstruction of easy cases, in hard cases it would not be enough to justify the content of the judge's decision on the basis of the premises chosen. In these cases, it would be necessary to justify the normative or factual premises in turn, a justification that might not be deductive.<sup>1</sup>

This criticism is based on a misunderstanding, since it confuses two senses in which the expression “justification” can be understood. In a theoretical reasoning it is essential to differentiate between its *validity* and the *truth* of its conclusion. A reasoning is deductively valid if the truth of the premises guarantees the truth of the conclusion. In other words, the connection between the validity of the reasoning and the truth of the conclusion is only conditional: a valid reasoning is such that its structure guarantees the truth of its conclusion only *if the premises are true*. Thus, a valid reasoning can have true premises and true conclusion, false premises and true conclusion, or false premises and false conclusion. The only combination that cannot be verified if a reasoning is valid is that the conclusion is false when the premises are true.

Accordingly, two senses of “justification” should be distinguished: a *weak* sense, according to which a certain conclusion will be justified if it follows logically from certain premises, and a *strong* sense, according to which a conclusion will be justified if it follows logically from *true* premises. In logic it is common to refer to the *validity* of a reasoning to refer to the first sense of justification and to the *soundness* of a reasoning to refer to the second (see Navarro, Rodríguez 2014, 3–8).

Anyone who considers it reasonable to speak of the truth or falsity of norms will have no difficulty in projecting these two concepts of justification onto the field of legal argumentation. If, on the other hand, one rejects the idea that norms can be ascribed truth values, one could at best speak of justification of the conclusion of a judicial argumentation in a weak sense, provided one recognizes the existence of logical relationships between norms. But regardless of this, if the justification of the conclusion of a judicial argument is to be understood in a weak sense, it will be relative to the premises chosen and independent of the problem of whether or not the premises themselves are justified in the same sense. In this respect, no distinction should be made between easy and hard cases. In an easy case, the conclusion will be weakly justified if it follows logically from the applicable general rules of the system and the facts of the case. In a hard case, on the other hand, the judge will have to solve problems prior to the derivation of the solution, such as problems of interpretation, evidence or systemic problems (gaps or contradictions). It is clear that

---

1 On the alleged limitations of deductive logic because it *would not “produce new knowledge”* and because it would not reflect “*how we actually argue in law and in everyday life*”, see Atienza 2013, 174. I would just like to point out here that it is not one of the tasks of logic to generate new knowledge or to describe how we actually reason, so such objections are misplaced.

in cases such as these the judge will have to do more than simply logically derive a solution from the clear core meaning of a pre-existing rule in the system. However, once she has solved problems such as those outlined above, the conclusion of the reasoning will be weakly justified if it is logically derived from the premises chosen. And although the judge may have a wide margin of discretion in the choice of premises, if in hard cases the “hardness” does not lie in the step from the premises to the conclusion, and if the weak justification refers only to this step, then in both easy and hard cases the conclusion is justified in this sense if it simply follows from the chosen premises.

Now, it seems intuitively obvious that if one can speak in any sense of the “justification” of judicial decisions in hard cases, it is not enough to present the content of the decision as logically derived from the premises that the judge chooses, regardless of how and from where she chooses them. Some justification of the premises is also required. But, if what has been said so far is correct, underlying this intuition is a use of the strong sense of the notion of “justification”: that according to which the conclusion of a judicial reasoning will be considered justified if it is derived from “true” or “correct” premises. If this is the sense in which the term “justification” is used in the objection under consideration here, then it should be noted that according to this version, “justification” of the premises should be required in hard cases as well as in easy cases. It cannot be said that in easy cases it is sufficient to deductively derive the content of the decision from a clear norm of the reference system in order to speak of a justified decision, since such a norm could be questioned from the point of view of its moral correctness, unless, of course, it is assumed that all positive legal norms are morally correct. Deductive logic would always be insufficient to analyse the justification of judicial decisions in this strong sense, since even in easy cases – for the very identification of a case as “easy” – a criterion of correctness of the premises would be required.

To sum up, if one qualifies as “easy cases” those in which it is possible to reach a clear decision on the basis of a clear rule that is part of the legal system and, by opposition, as “hard cases” those that do not possess such characteristics, bearing in mind the weak sense of “justification”, the contingent circumstance that judges sometimes provide reasons in support of the premises they use to derive their conclusions will be irrelevant because even in a hard case the decision will be justified if its content is logically derived from the premises chosen by the judge. If, on the other hand, one has in mind a strong sense of “justification”, which incorporates the requirement that the premises be “true” or “correct”, it will be irrelevant whether a clear rule can be found in the system which allows deriving an unambiguous solution for the case, because even in an easy case it will be necessary to justify the “truth” or “correctness” of the premises. According to this criterion for differentiat-

ing between easy and hard cases, there would be no independent objection against the deductivist reconstruction of judicial decisions based on such a distinction.

On other occasions, it has been interpreted that the individual rule dictated by the judge must be both internally and externally justified, so that it would be subject to both types of justification (see Redondo 1996, 218). From this point of view, it would be the origin of the reasons that would make it possible to draw the distinction, the internal or external character of the domain of the relationship of justification. If we take into account the judicial decision itself, internal justification would then be that which is based on the premises recognised by the judge, and external justification would be that which is based on external reasons in relation to the decision. If, on the other hand, one takes the totality of the rules of a particular legal system as a parameter, then “external justification” would, according to this version, be an extra-legal justification, so that this criterion of distinction would coincide with the distinction between legal and moral justification: a judicial decision is internally justified if it can be derived from the general rules that make up the legal system of reference, if it is legally justified, and it is externally justified if its content corresponds to a particular moral system, if it is morally justified. It is this latter distinction that I wish to explore in this paper.

## 2. ON THE JUSTIFICATORY CONNECTION BETWEEN LAW AND MORALITY

As a preliminary step to considering the incidence of moral evaluations in the justification of judicial decisions, it is necessary to dwell on an argument developed by Carlos Nino, who argues not simply that legal justification must conform to certain guidelines of moral correctness. More strongly, he claims that legal reasoning *is* a kind of moral reasoning.<sup>2</sup> As he himself puts it:

“In other writings I have tried to explain exhaustively what I consider to be a proposition so crucial for understanding the legal phenomenon that I have called it as ‘the fundamental theorem of the philosophy of law’. The proposition states that legal rules do not themselves constitute operative reasons for justifying actions and decisions, such as those of judges, unless they are conceived as deriving from moral judgments [...]” (Nino 2007, 144).

According to Nino, the structure of judicial reasoning under a rudimentary legal system could be schematized as follows:

---

2 An interesting critique of Nino’s idea can be found in Moreso, Navarro, Redondo, 1992.

- “1) Those who have been democratically elected to legislate must be obeyed.
- 2) Legislator L has been democratically elected.
- 3) L has issued a legal rule stipulating ‘Whoever kills another person must be punished.’
- 4) Those who kill another person should be punished.
- 5) John killed someone.
- 6) John should be punished” (Nino 1985, 139).

On the basis of this reconstruction, Nino attempts to support his thesis that all legal justification is ultimately a moral justification in the following way. Premise (1) would not be a legal norm, but a value or moral judgement in a broad sense, and would therefore have its distinctive features, which according to Nino would include autonomy, generality, universality and integration. The last feature would mean that this moral judgement – as well as those derived from it, such as the conclusion – would only have a *prima facie* character, as there could be other moral judgements based on principles of higher hierarchy that may prevail over it.

Premise (3) mentions a legal norm, which would constitute for Nino an auxiliary reason that could be identified with a linguistic act or with a set of symbols, and that in other cases could consist of a social practice (a custom). The conclusion of the reasoning – judgement (6) – would be of the same nature as the judgement that constitutes the operative reason: a moral judgement in the broad sense, which would derive from a general moral judgement – premise (1) – and from the description of the existence of a legal norm – premise (3). Nino calls this type of statements “judgments of normative acceptance”, since they would express moral acceptance to a legal norm. Given that such statements would be the justificatory legal judgements *par excellence*, the conclusion that practical legal propositions would be a kind of moral judgements would be confirmed. They would be distinguishable from other moral judgements simply because a certain factual source would be relevant for their derivation, and because they would have only a *prima facie* character.

Premise (4) would be an intermediate conclusion, a judgement of normative acceptance like (6), since it would be a moral judgement derived from such a principle and a normative proposition. If such a judgement were to appear as a major premise, i.e. as an operative reason, the judge’s subsequent conduct would not involve observing what a legislator has stipulated by virtue of the fact that she has established it. There would simply be a coincidence between the judge’s conduct and the content of that stipulation, perhaps because she shares its underlying reasons. According to Nino, if the judge were to take as the ultimate reason for her decision that those who kill another person should be punished, she would not be observing a legal norm because that reason would have the characteristics of autonomy, gener-

ality, universality and integration necessary to be an operative reason and, because of its final character, it would be a moral reason. The judge's reasoning would not be practical legal reasoning but ordinary moral reasoning. Moreover, if the judge were to assume that those who kill another person must be punished because the legislator has so established, this would imply that she conceives this judgement as an intermediate conclusion based on a factual judgement and a moral principle, that is to say, as a judgement of normative acceptance. From this it follows that for a norm to be accepted as a legal norm, the judge's reasons for taking it into account in her decision should be different from the reasons that the legislator had for issuing it. The judge would develop a legal reasoning insofar as she does not reason as the legislator did (see Nino 1985, 139 ff).

Then, according to Nino's position, in order to consider a judicial decision justified, it would be logically necessary to go back to moral norms, since only moral norms would constitute genuine norms. The fact that a legislator formulates a statement such as: "Whoever kills another person should be punished" cannot be used as a premise to justify the conclusion of a judicial argument, since it is a fact. And from facts, according to Hume's principle, normative conclusions cannot be derived. The normative premise of judicial reasoning would be given by a moral norm that would establish the *prima facie* duty to obey the legislator, and "legal norms" would only be auxiliary reasons in judicial reasoning.

This idea deserves several remarks. First, it should be noted that Nino reserves the expression "norm" exclusively for moral norms. Legal norms could not constitute the ultimate justification for a judge's decision simply because they would not be norms: they would not generate genuine duties. Of course, although assigning this meaning to the expression "norm" presupposed in Nino's reasoning seems extremely restrictive, nothing prevents anyone from formulating the conceptual stipulations that she pleases. What is not admissible is to attempt to challenge a simple and elegant reconstruction such as the one offered by what I have called the classical deductivist theory of judicial decisions, and to settle the controversy on whether there is a necessary connection between law and morality, on the basis of a simple conceptual stipulation.

Second, there is a more serious problem with Nino's idea, because on this basis he accuses the classical deductivist theory to be incurring in Hume's fallacy, that is, to derive a normative conclusion from purely descriptive premises:

"A legal norm or a law can be conceived as a social practice (Hart), as a linguistic act (Austin), or as a text – in the way that jurists assume that the same norms can have different interpretations [...] under these concepts, legal norms or laws are events or factual entities, and neither facts nor their descriptions

can justify an act or a decision, since no normative judgment can be derived from them that is the content of the decision or volition that determines the action” (Nino 2007, 145).

But here the only one who is incurring in a fallacy (of equivocation) is Nino himself, because on the one hand he refuses to qualify as norms the prescriptions dictated by a legislator, but at the same time he considers that the content of a judicial decision, which like the legislator’s directive is a prescription emanating from someone who is recognised as having the authority to do so, does express a norm. Pablo Navarro has made this clear:

“The simplest answer to the question of the *normative* nature of legal norms is constructed in two steps. On the one hand, the criteria used to determine that the operative part of a judicial decision is a norm has to be the same as that used to establish the normative nature of the justificatory premise. At the very least, if a fallacious conclusion is to be avoided, it is necessary that the meaning of one of the key terms of the reasoning is not altered [...] Once the prescriptive nature of legal norms is admitted, it must also be admitted that there is no violation of Hume’s principle when justifying legal reasoning is exemplified by the scheme defended by the simple conception. If a judge formulates a rule in the operative part of his judgement, it is sufficient to avoid the fallacy denounced by the complex conception that the justification of that individual rule is another general rule. If legal rules formulated by legislators are rules as we as individual rules of judges, then there is no ‘logical leap’ in legal justification” (Navarro 2017, 229).

Moreover, it is correct that the *fact* that the legislature has formulated a rule cannot be taken as a normative premise for judicial reasoning because it is not possible to derive normative consequences from a fact alone. But what is to be concluded from this? For Nino, that the identification of the normative premise of judicial reasoning requires going back to the norm that imposes the duty to obey the legislator. This norm could in turn be a norm formulated by another authority, but in that case, it would also be necessary to go back to the norm that confers competence on that authority. This regression would necessarily refer ultimately to some norm whose acceptance does not depend on its formulation by an authority<sup>3</sup>. Such a norm, which is accepted by virtue of its content, would be a moral norm.

“That is to say that the moment comes when it is necessary to accept the proposition that a certain authority or social practice must be obeyed, not because of the origin of the formulation of the proposition but because of its

---

3 Bayón uses a similar argument (see 1991a, 268–270).



intrinsic merits. But a normative judgement that is accepted not for reasons of authority but for reasons relating to its merits or the validity of its content, is precisely a moral judgement [...]” (Nino 2007, 147).

It is undoubtedly true that the judge cannot justify her decision simply on the basis of the fact that the legislator has issued a norm. The judge must *use* that rule to decide the case and not merely mention it on the grounds that it was issued by the legislator. But then, if, as said, accepting that judges create genuine individual norms requires accepting that legislators also issue genuine general rules, judicial reasoning does not require going back further than premise 4) in Nino’s reconstruction (“Those who kill another must be punished”), which expresses the content of a general legal norm, the remaining premises being completely unnecessary. One could, of course, ask the judge for what reasons she accepts the norm she has used as the basis for her decision, and her answer may ultimately refer to moral reasons. One could also ask the judge for what reasons she believes, if at all, that an area of 120,000 m<sup>2</sup> is larger than 10 hectares, a statement that might be necessary to justify a decision on the application of a norm imposing a duty to pay a tax on areas larger than 10 hectares, and the answer will refer to mathematical reasons. But this does not lead to the conclusion that such a decision is, for that reason, a kind of mathematical justification.

Furthermore, as has been said, according to Nino, if the judge directly uses the norm expressed in premise 4) (“Those who kill another person must be punished”) by virtue of what it provides, if she accepts it by virtue of its content, then “*she would not be observing a legal norm*” but a moral norm. This, however, implies a confusion that has been well pointed out by Cristina Redondo: attributing moral character to the normative premise of judicial reasoning involves not noticing the asymmetry that exists between the character of the accepted normative content and the reasons why it is accepted (see Redondo 1996, 196).

To claim that judges always accept legal norms on moral grounds is in itself controversial. If this thesis is interpreted as a descriptive proposition, it is empirically false: judges can accept legal norms for the most diverse reasons. The only way to interpret it in any meaningful way is to attribute a normative character to it: it is not that judges in fact always accept legal norms because they believe that what they require is morally justified, but that it is considered that this *should be the case* (see Redondo 1996, 208). But even if it were true that judges accept legal norms by virtue of a belief in their moral rightness, this has no magical aptitude to turn legal norms into moral norms.<sup>4</sup>

---

4 Nino does not seem to realise that if the judge takes as the ultimate reason for her decision, for example, that those who kill another person should be punished, she is observing a legal norm, not a moral norm: that which obliges her to base her decisions on the primary system. The rea-

Moreover, if the judge uses the norm “as a legal norm”, that is, uses it as a basis for her reasoning because the legislator so provided, according to Nino she would be presupposing a *prima facie* moral duty to obey the legislator. In order to be able to use a norm, it would be necessary to first identify it, and to identify a norm, Nino seems to believe, necessarily requires the prior acceptance of another norm.

This point is also controversial. Nino argues that the binding force of legal norms cannot ultimately be established by legal norms themselves, since this would not allow to predicate binding force on the highest legal norms in the system. In turn, if such legal norms lacked binding force, they would not be able to transmit it to other norms (see Nino 1994, 78). From this Nino concludes that there are no legal reasons that can justify actions and decisions independently of their derivation from moral reasons. Since there would be no reason to accept that a constitution is binding by definition, its binding nature would have to be based on non-legal norms. Moral norms would constitute the basis for the binding nature of legal norms, possessing themselves absolute and self-evident normative validity (binding nature).

However, if from the point of view of their binding nature it is not accepted that there are ultimate legal norms, i.e. legal norms whose binding nature does not depend on other norms, why should one accept the existence of ultimate moral norms instead of continuing the chain of justification ad infinitum? And if one is prepared to accept that there are ultimate, absolute and self-evident norms – for Nino the moral norms – then why not break the chain of justification at the sovereign legal norms and interpret them as the last link in the legal justification of the other norms of the system? This is, of course, irrespective of the fact that one reserves the possibility of critically evaluating legal solutions from a moral point of view.

But even if this is not accepted, Nino is here confusing validity as binding force with validity as membership to a legal system.<sup>5</sup> The judge’s use of a norm “as a legal norm” does not presuppose the acceptance of the duty to obey the authority that dictated it, but in any case, the acceptance or use of a *conceptual criterion* that makes it possible to identify that norm as a legal norm. Legal systems impose on judges the duty to justify their decisions in general legal norms. Thus, in a weak sense of justification according to which a conclusion is considered justified if it follows logically from certain premises, the decision the judge adopts in a case will be justified if it is derived from the general norms of the legal system of reference,

---

sons that the judge has for taking into account the rules of the primary system are in fact different from those that the legislator has for issuing them, since among them is also the secondary rule that obliges her to base her decisions on law.

5 On this point, see Bulygin 1990 and 1999, among others.

identified using certain conceptual criteria and, in this sense, the reconstruction developed out by Nino becomes unnecessary.

One could certainly ask about the basis of this duty of judges to justify their decisions in the norms of the system. The answer to that question will ultimately refer to a non-legal norm; to simplify, to a moral norm. Of course, a moral norm imposing an absolute duty to apply the norms of a certain legal system would not make sense, since such norms might conflict with the provisions of other moral norms. Remember that Nino attributes a *prima facie* character to the duty imposed by the moral norm that would constitute the normative premise of the judge. This is an attempt to account for the problem of unjust law. Now, if the moral obligation to resolve a case in accordance with legal norms is a *prima facie* obligation, and it is this obligation that justifies the conclusion of judicial reasoning, this conclusion would also have a *prima facie* character, as Nino himself expressly acknowledges. But this seems inadmissible: the judge cannot uphold or reject *prima facie* a given claim, nor can she condemn or acquit *prima facie*. She must do so conclusively.

The conclusion of judicial reasoning cannot be a *prima facie* duty, but a normative judgement all things considered, at least all things that can be considered within the limitations imposed by the secondary rules regulating the judicial decision-making process. But then the reconstruction offered by Nino is not even an adequate presentation of the requirement of strong justification according to which a conclusion is justified if it follows logically from correct premises, since his argument does not suffice to consider the conclusion of the judicial reasoning as justified in this sense. At most, it could be regarded as a reconstruction of the judge's *prima facie* duty to apply to the case the solution that follows from legal norms. That solution will be the one that she must assign to the case as long as there is no stronger moral duty that imposes a different solution. The justified or unjustified nature of a decision in this strong sense will then depend on the "correctness" of the normative premise, and this is the question that will now have to be assessed.

### 3. MATERIAL CORRECTNESS OF LEGAL ADJUDICATION AND META-ETHICAL STANCES

As has been pointed out, the term "justified judicial decision" sometimes seems to refer to something more than a simple deductive derivation from certain premises. For a decision to be considered justified in the strong sense, it would also be necessary for its content to be derived from premises that meet certain parameters of "correctness". As far as the normative premise of judicial reasoning is concerned, this correctness could be examined both from an exclusively legal point of view and

from a perspective external to the law itself, i.e. from a moral point of view. This being so, the examination of the problem of the correctness of the normative premise of judicial reasoning makes it necessary to address, at least very briefly, the analysis of moral discourse.

As is well known, when discussing moral issues, such as whether euthanasia is justified, or whether it is a moral duty to abstain from meat, there are at least three different kinds of questions that can be pondered: descriptive questions about what each of the parties to the dispute holds; normative questions about which of the parties to the dispute is right and why; and second-order questions about what the parties are doing when they argue about moral issues. The first are the subject of *descriptive ethics*, the second are the subject of *normative ethics*, while the third are the domain of *metaethics*.<sup>6</sup> Simplifying discussions in the domain of metaethics as much as possible, a distinction could be made between *non-cognitivist* or *sceptical* positions and *cognitivist* or *objectivist* positions. As far as our problem of the possibility of judging the correctness or incorrectness of the normative premise of judicial reasoning is concerned, the *non-cognitivist* or *sceptical* positions would argue that this question could not be settled rationally, i.e. it would not be possible to justify that the content of the normative premise of judicial reasoning and, consequently, of its conclusion, is better, more correct or fairer than another alternative in an objective way. The *cognitivist* or *objectivist* positions, on the other hand, would consider that an objective answer to that question would be possible, which would be independent of the question of whether the users of law are able to verify it.<sup>7</sup>

Theories of legal argumentation have argued that only those premises that can be considered “substantively correct” justify. Such theories admit that legal formulations express norms in a practical sense (as reasons for action) and can formally justify decisions. But since the justification they are interested in is the one that guarantees the adequacy of the justified content, legal reasoning should be complemented or corrected by the consideration of moral norms (see Redondo 1996, 170–171). Thus, argumentation theorists would agree in trying to justify the existence of a necessary connection between legal justification and moral justification on the basis of the so-called “principle of unity of practical reasoning”. According to Cristina Redondo (see 1996, 240–247), this requirement of unity of practical reasoning could be interpreted in several different senses:

- a) As a descriptive ethical thesis with respect to a certain social group, it is a contingent feature with respect to that group that would not allow any objection to be directed against anyone who postulates the existence of different justificatory frameworks.

---

6 See Smith 1994, 2; similarly, see Miller 2003, 21.

7 See Comanducci 1999. See also Moreso 1997: chapters II and V.

b) As a thesis of descriptive ethics with respect to the subjective reasoning of a certain agent, it would be limited to sustaining that the same person could not split her own hierarchy of preferences. In this sense, morality would only be a unifying parameter of the agent's reasoning if it is empty of content, attributing such a character to every principle that occupies the highest rank in the scale of preferences accepted by the agent.

c) As a metaethical proposal in a weak sense it would claim that the condition any conception of normative ethics has to satisfy is the requirement of systematic unity. At this level it would postulate that within a given ethical theory the correctness of a reasoning could be settled unambiguously. However, this position would not exclude the possibility of there being more than one normative conception, which would also open the door to the fragmentation of practical discourse.

d) As a metaethical proposal in the strong sense it would claim the existence of a single set of ultimate principles within which there would be no incompatible guidelines with the same rank or incomparable. This would be the view of radical objectivism. However, even assuming the existence of a single correct set of criteria for the validity of practical arguments, epistemic limitations in identifying that set would lead to fragmentation.

From all this, Redondo concludes that none of these versions allows us to conclude that in order to give a strong justification the judge must go back to an ideal, true or correct morality. Indeed, if the notion of unity is interpreted in the weak sense, i.e., that legal justification presupposes certain ultimate premises that are called "moral" because of this characteristic alone, the claim would be empty. If it is interpreted in a strong sense, even admitting a single critical or ideal morality, the various attempts to identify it would lead to the rejection of the principle of the unity of practical reasoning.

Despite this, Redondo argues that the rejection of the principle of unity does not close off all possibility of "objectively" assessing a justification in the strong sense. This would be possible if there is agreement on a certain normative theory:

"The rejection of essentialism, and with it the rejection of the principle of unity, does not close off the possibility of devising normative theories, i.e. theories of substantive reasons for action, to resolve practical conflicts. Only agreement on a given theory would make it possible to provide or criticise 'objectively' a substantive justification and, if necessary, to demand its fulfilment" (Redondo 1996, 251–252).

However, this does not seem to be a very satisfactory way out. Objectivity within a given normative theory would be subject to two important limits: on the

one hand, one could only speak of objectivity within a certain moral system, which would not mean much given that innumerable alternative moral systems can be conceived. But, moreover, objectivity within the system would be limited to the values or norms derivable from its basic principles, not to the system as a whole (see Comanducci 1999). And even with these caveats, it should be noted that when reference is made to the possibility of agreement on very general moral principles, this is often associated with the assumption of certain problematic presuppositions.

Joseph Raz has argued that in the reasoning behind their decisions, when judges appeal to moral norms or values, they seem to want to persuade us that the values they adhere to do not merely express their personal views but represent the general consensus. This rhetoric would be harmless to Raz if taken as such, but a literal interpretation would only be possible if one were willing to accept that judges subscribe to two myths that he considers truly dangerous:

“One is the myth that there is a considerable body of specific moral values shared by the population of a large and modern country. The myth of the common morality has made much of the oppression of minorities possible. It also allows judges to support a partisan point of view while masquerading as the servant of a general consensus. The second myth is that the most general values provide sufficient ground for practical conclusions. This myth holds that, since we all have a general desire for prosperity, progress, culture, justice, and so on, we all want precisely the same things and support exactly the same ideals; and that all the differences between us result from disagreements of fact about the most efficient policies to secure the common goals. In fact, much disagreement about more specific goals and about less general values is genuine moral disagreement, which cannot be resolved by appeal to the most general value-formulations which we all endorse, for these bear different interpretations for different people” (Raz 1972, 850).

This seems to pose a serious obstacle to the proposal of a moderate objectivism as considered by Redondo. Moderate objectivism only allows us to speak of a strong justification if it presupposes an agreement on the moral principles of reference. Unfortunately, the possibility of a moral agreement and the effectiveness of its results are two aspirations that are in tension with each other: the more precise the content of the principles, the more difficult it will be to reach a general agreement, and the more general and indeterminate the principles are, the less effective they will be in guaranteeing the resolution of concrete controversies (see Rodríguez 2002, 327–331). Thus, an agreement on very elementary moral principles would generally be ineffective in practice, and thus would not serve as a basis for a strong justification of judicial decisions. It seems that this objection can only be overcome

by appealing to a form of radical objectivism, i.e., the idea that moral “rightness” or “truth” is identifiable independently of the moral convictions of individuals.

#### 4. MORAL IRRELEVANCE OF OBJECTIVISM IN METAETHICS

However, contrary to what has been argued so far, in order to consider a judicial decision to be justified in a strong sense, i.e. to assess the correctness of the normative premise of judicial reasoning, it is not necessary to assume any form of objectivism in metaethics, neither strong nor weak. In fact, assuming an objectivist stance in metaethics is entirely irrelevant as far as the justification of judicial decisions is concerned.

In a review of his main theses on judicial reasoning and legal argumentation, Manuel Atienza argues among other things that:

“The notion of good motivation (or simply motivation) implies that there are objective criteria for evaluating judicial arguments of a justificatory nature. But are they purely formal criteria or do they also have a substantive scope? Do they presuppose any reference to morality and, in particular, the assumption of a minimum moral objectivism? Are they sufficient to support the thesis of the only correct answer in any of its versions? A positive answer to these questions is a necessary condition for taking judicial motivation seriously and presupposes a non-positivist conception of law” (Atienza 2017, 34).

The central argument he uses to support this idea is that if there were no objective criteria for evaluating the normative premise of the justification of judicial decisions, then judicial practice would have no meaning, or else it should be concluded that judges can never make mistakes, so at least the decisions of the highest courts would not only be final but also infallible. From this, Atienza concludes that a judge cannot properly motivate her decisions if she thinks that morality lacks objectivity.

To put it more generally, this question has sometimes been described as the *schizoid attitude problem*: how is it possible to take morality seriously if moral judgements are mere projections of our own feelings and attitudes? Blackburn presents it as follows:

“Can the projectivist take such things as obligations, duties, the ‘stern daughter of the voice of God’, seriously? How can he if he denies that these represent external, independent, authoritative demands? Mustn’t he in some sense have a schizoid attitude to his own moral commitments – holding them, but also holding that they are ungrounded?” (Blackburn 1984, 197).

In other words, the rejection of moral objectivism would imply that all moral systems are equally valid, i.e. that every moral system is as good as any other (see Rescher 2008), which would prevent a sceptic from being able to offer serious moral arguments.

That conclusion is, however, incorrect. Moral objectivism is a metaethical stance, not a normative ethics claim. Whoever rejects objectivism then rejects a thesis *about* moral discourse, in this case, that there are objective guidelines for settling moral disputes. But the acceptance or rejection of such a metaethical thesis is of no consequence in the field of normative ethics. To defend her moral convictions, to argue in favour of a certain thesis of normative ethics, what the sceptic needs, to put it in Hartian terms, is to *assume the internal point of view of a certain moral system*, not to abandon her scepticism. The arguments that may be adduced, for example, against the death penalty, will not be more convincing, sound or admissible depending on whether they are defended by a moral objectivist or a sceptic: they will be more or less convincing, sound or admissible according to the substantive reasons that support them. The sceptic does not undermine with her scepticism the basis for defending moral arguments, because her metaethical stance only commits her to the claim that there may be several competing moral systems and that we have no objective criteria for singling one out as the right one. But that does not inhibit her from adopting one of those systems as her own and formulating and defending moral judgements on that basis. Her scepticism prevents her from qualifying that system as objectively correct or true, but it does not prevent her from offering substantive reasons for defending it and for privileging it over others. In other words, the sceptical thesis that there can be several competing moral systems in no way implies that all such systems are ‘equally valid’, that each is ‘as good’ as any other, because ‘valid’ and ‘as good’ are clearly normative expressions, and the sceptic’s claims are limited to the conceptual level.

Put the other way round, moral objectivism usually assumes that its position is necessary or at least useful at the level of normative ethics. However, this assumption is mistaken. This has been called the *paradox of the inanity of objectivism*. In the words of Pierluigi Chiassoni (2012):

“For the paradox of the inanity of objectivism, even if, hypothetically, the existence of the one true morality were proven, this would have no decisive effect on moral controversies. Objectivist: ‘Here are the precepts of the one true morality. They say: “You shall not admit the interruption of vital therapeutic treatments, not even if requested by the patient capable of understanding and willing to do it”’. Non-objectivist: ‘Of course, but why should I do that? And by the way, you will agree with me that the presence (the “existence”) of mountain ranges does not morally oblige one to become an expert mountaineer, that the presence of



oceanic abysses does not morally oblige one to become an expert diver, and that, to come to us, the presence of a digestive apparatus does not morally oblige one to become a *maitre à manger*. Genuine objectivism – might add a neophyte voice – is the paradigmatic fruit of a mental collapse, favoured by a poor command of language, generated and reinforced by well-known psychological approaches: *horror vacui, metus libertatis, cupiditas servitutis* [...]” (243, fn 6).

The point is intimately connected with what Michael Smith (1994) has called *the moral problem*: our talk of moral objectivity seems to suggest that there are moral facts that are completely determined by circumstances, and that our moral judgements express *beliefs* about what those facts are. However, the idea that moral judgments express beliefs leaves completely unexplained how or why the possession of certain moral convictions can have a special link to our motivations to act, because mere beliefs do not motivate behaviour (see 1994, 11).

Jeremy Waldron has pointed out, with concurring judgement, that objectivists seem to panic about the consequences of adopting a sceptical position in metaethics and accuse sceptics of not taking morality seriously (see 1998<sup>8</sup>). However, he rightly warns that “taking seriously” our moral judgements can mean two different things. First, it can mean being willing to *act in* accordance with them, to be motivated by them, to assign them an important role in our lives and actions, and to actually do what one believes to be right, even when tempted to do otherwise. Secondly, it can mean being unwilling in debate and argument to abandon our moral claims, to hold on to one’s moral judgements, to refuse to accept the possibility of modifying one’s views.

Waldron argues that what objectivists seem to have in mind is this second sense of “taking moral judgements seriously”. If moral judgements describe or report on an objective reality, then one who considers oneself a reliable observer should stick to one’s description and refuse to adopt a different position since it is likely to be less faithful to reality. However, this is incompatible with a defence of objectivism on non-realist grounds, since it is not reconcilable with the argumentative character of moral discourse, and the consequent commitment to revise one’s moral convictions based on better arguments. Moreover, it might be compatible with a defence of objectivism on realist grounds, but in the latter case it is still necessary to stress that the existence of facts that make moral judgements objectively true or false is not yet a valid basis for not being willing to modify *one’s beliefs* about them based on better arguments.

In any case, Waldron observes that what is really attractive is not “taking moral judgements seriously” in this sense of discursive rigidity and dogmatism, but in

---

8 In fact, Waldron speaks of realists and emotivists.

the first sense indicated above: we admire those who are willing to *act in accordance with* their moral convictions. A characteristic of moral judgements that many authors have emphasised is precisely that their sincere adoption entails a commitment to action. But it is now paradoxically the case that those who are best placed to account for this feature of moral judgements, for this way of “taking them seriously”, are not the objectivists but, on the contrary, the sceptics. If one considers that moral judgements do not inform or describe anything, but express emotions, feelings, preferences, prescriptions or other propositional attitudes in the direction of fit of reality to language and not the other way around, then one has a simple and clear explanation of why they motivate us to act. For objectivism, trying to explain this disposition to action present in moral judgements is a very difficult challenge, which has been used by authors such as Mackie to outline an argument against it (see 1973, 40).

Mackie himself offers another significant argument against objectivism, centred on factual disagreements between people on ethical issues, which is difficult to reconcile with the idea that moral judgements capture objective truths (see 1973, 36). Of course, it does not follow from the fact that there are disagreements on moral matters that scepticism is true, nor does it serve to show that there are no facts that determine the truth of our moral judgements. But as Waldron rightly points out, the existence of disagreements remains a pressing difficulty for objectivism as long as it fails to establish a connection between the idea of objective moral truths and the existence of procedures for resolving disagreements. This is not to point out that there is no generally agreed method in ethics, since there is no such methodology in science either. The relevant difference is that at least in each dominant scientific paradigm there is a methodology that is broadly recognised by most scientists, who regard this recognition as independent of the disagreements that remain among them (see Waldron 1998). In ethics there is nothing comparable, for the different positions in normative ethics disagree not only about what is morally good or right but also about what counts as an adequate justification for it.

## 5. CONCLUSIONS

Michael Moore, speaking of scepticism in general, argues that when a sceptic wants to engage in a moral debate honestly, she is forced to qualify his value judgements with expressions such as “I believe” or “Of course, that’s just my opinion”. And referring to judges in particular, he argues that they must believe in moral objectivity in order to dispel the suspicion of arbitrariness in their moral judgements:

“Judges are subject to these debilitating psychological consequences of skepticism no less than the rest of us. The institutional role may even intensify these effects, for judges must not only make value judgements, but also must impose them upon other people. If one’s daily task is to impose values on others, to think that these are only one’s own personal values doubtlessly makes the job hard to perform at all” (Moore 1982, 1064).

What Moore fails to notice is that even if the objectivist is strongly convinced of the truth of his metaethical thesis, that is, that there are objectively true moral judgements, when defending *her* moral judgements in a discussion of normative ethics, that is, when trying to justify not simply that there are objectively true moral judgements but that the ones she defends are true, if she is to be honest she cannot but qualify them equally with expressions similar to the ones Moore indicates. For from the truth of the thesis “There are objectively true moral judgements” it does not follow at all that “moral judgement *j*, which curiously and coincidentally is the one I defend, is objectively true”. In other words, irrespective of whether one is an objectivist or a sceptic, in formulating and attempting to defend moral judgements at the level of normative ethics one cannot but give one’s own opinion about what one believes to be morally right. As Waldron (1998) points out:

“Since, on any account, there is moral disagreement, and since we do not agree even in principle on any way of settling such disagreements, a judge who is assigned the task of making moral judgements ought to be saying, ‘I think, and;Of course, it’s only my opinion, *even if realism is true*. If she pays any attention to the fact that she is not the only person in society with an opinion on the issue she is addressing, she will certainly be conscious of some arbitrariness in her opinion’s prevailing, whether she is a realist or not” (178).

Here it can be seen how Dworkin is partly right in arguing that the objectivist, in asserting such things as “Slavery is *objectively* unjust”, would be doing nothing more than making an internal moral claim by which the proposition “Slavery is unjust” would be emphasised, that is, the language of objectivity would not be used to give moral judgements a metaphysical basis, but simply to give them greater emphasis (see 1986, 78–85; 1996; 2004, 141–143; 2011: 40–68). Dworkin’s critique of scepticism (which he describes as *external*) and, in general terms, of the distinction between the domain of metaethics and that of normative ethics, on such grounds, is untenable since it gives the sceptic everything she needs (that the objectivist cannot seriously defend the thesis that there are moral facts or qualities to determine the truth or falsity of our moral judgements), and is also self-refuting (it denies the possibility of speaking from outside morality by speaking from outside morality).

Nevertheless, the starting point of Dworkin’s argument is partially correct. Contrary to what Dworkin thinks, it makes perfect sense to defend objectivism as a metaethical thesis according to which there would be objective standards of rightness in our moral discourse. But *in the context of a discussion of normative ethics*, if an objectivist says, “Slavery is *objectively* unjust”, her qualification can only be understood as a mere indication of emphasis. Similarly, in the context of a discussion of normative ethics, it is not possible to stand outside of morality to try to support substantive moral theses. The only way to support our moral judgements is with substantive moral reasons, not with metaethical considerations.

For the same reason, it is incorrect to argue that for a judge to be able to justify her decision, and for a theorist to be able to evaluate a judicial decision as justified, in the strong sense that the normative premise as well as the conclusion can be regarded as morally acceptable or well-grounded, they must necessarily assume an objectivist position in metaethics. What is really required of anyone who seeks in this sense to justify or evaluate a judicial decision as justified is to assume a certain position in normative ethics, defends it with substantive moral arguments, and take them seriously enough to be willing to *act in accordance with* them.

## REFERENCES

1. Atienza, Manuel. 1991. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (cited by the Mexican edition of 2003, Mexico D.F.: UNAM).
2. Atienza, Manuel. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
3. Atienza, Manuel. 2017. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. 11–42 in *Sobre el razonamiento judicial. A discussion with Manuel Atienza*, edited by Josep Aguiló Regla and Pedro Grández Castro. Lima: Palestra.
4. Bayón, Juan Carlos. 1991. *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
5. Blackburn, Simon. 1984. *Spreading the Word*. New York: Oxford University Press.
6. Bulygin, Eugenio. 1/1990. An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law. *Ratio Juris* 3: 29–45.
7. Bulygin, Eugenio. 1999b. True or False Statements in Normative Discourse. 183–191 in *Search of a New Humanism: The Philosophy of G.H. von Wright*, edited by Rosaria Egidi. Dordrecht: Springer.
8. Chiassoni, Pierluigi. 2012. Conceptos tóxicos en la filosofía moral: Desacuerdo ético *objectivism-style*. 241–258 in *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, edited by Pau Luque Sánchez and Giovanni Battista Ratti. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.

9. Comanducci, Paolo. 1999. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*. Mexico City: Fontamara.
10. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
11. Dworkin, Ronald. 2/1996. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs* 25 (2): 87–139.
12. Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.) London: Harvard University Press.
13. Mackie, John Leslie. 1973. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. New York: Penguin.
14. Miller, Alexander. 2003. *An Introduction to Contemporary Metaethics*. Oxford: Polity Press.
15. Moreso, José Juan. 1997. *La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
16. Moore, Michael. 8/1982. Moral Reality. *Wisconsin Law Review* 6: 1061–1107.
17. Moreso, José Juan, Pablo Navarro, María Cristina Redondo. 1992. Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa* 11: 247–262.
18. Navarro, Pablo. 2017. Razones morales y razonamiento jurídico. 221–244 in *Sobre el razonamiento judicial. A discussion with Manuel Atienza*, edited by Josep Aguiló Regla and Pedro Grández Castro. Lima: Palestra.
19. Navarro, Pablo & Rodríguez, Jorge. 2014. *Deontic Logic and Legal Systems*. New York: Cambridge University Press.
20. Nino, Carlos Santiago. 1985. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
21. Nino, Carlos Santiago. 1994. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
22. Nino, Carlos Santiago. 2007. *Derecho, moral y política I: Metaética, ética normativa y teoría jurídica*. Barcelona: Gedisa.
23. Raz, Joseph. 823, 1972. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Review* 81: 823–854.
24. Redondo, María Cristina. 1996. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
25. Rescher, Nicholas. 2008. Moral Objectivity. *Social Philosophy and Policy* 25 (1): 393–409.
26. Rodríguez, Jorge. 2002. *Lógica de los sistemas normativos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
27. Smith, Michael. 1994. *The Moral Problem*. Oxford: Blackwell.
28. Waldron, Jeremy. 1998. The Irrelevance of Moral Objectivity. 158–187 in *Natural Law Theory*, edited by Robert George. Oxford: Clarendon Press.
29. Wróblewski, Jerzy. 53, 54/1971. Legal Decisions and its Justification. *Logique et Analyse* 14: 409–419.
30. Wróblewski, Jerzy. 1974. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie* 5: 33–46.

## Rat u Ukrajini – patologija međunarodnog sistema?

Miodrag Jovanović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 327:911.3(477)



0000-0002-8036-1994

### Referenca

Jovanović, Miodrag. 2/2024. The War in Ukraine – Pathology of the International Legal System?, *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 52–68

DOI: 10.51204/IVRS\_24207A

### Ključne reči

- rat u Ukrajini
- međunarodno pravo
- legalnost
- patologija pravnog sistema
- autoritativnost prava

### Autor za korespondenciju

Miodrag Jovanović

[miodrag@ius.bg.ac.rs](mailto:miodrag@ius.bg.ac.rs)

*Polazeći od uobičajene tvrdnje da rat u Ukrajini dokazuje da međunarodno pravo (MP) „više ne funkcioniše“, članak pokušava da napravi razliku između tri moguća tumačenja ove tvrdnje. Prvo, izjava može značiti da je centralnom delu IL, odnosno režimu upotrebe sile, oduzeta „legalnost“. Drugo, može biti reči o tome da imamo posla sa situacijom koju je Hart okarakterisao kao „patologiju pravnog sistema“. Treće moguće tumačenje bi bilo da MP o upotrebi sile nije autoritativan, što znači da nema kapacitet da stvori osećaj obaveznosti kod adresata normi. Članak se zalaže za drugo tumačenje.*

## The War in Ukraine – Pathology of the International Legal System?

Miodrag Jovanović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 327:911.3(477)



0000-0002-8036-1994

### Cite this article

Jovanović, Miodrag. 2/2024. The War in Ukraine – Pathology of the International Legal System?, *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 52–68

DOI: 10.51204/IVRS\_24207A

### Keywords

- war in Ukraine
- international law
- legality
- pathology of the legal system
- authoritativeness of law

### Author for correspondence

Miodrag Jovanović

[miodrag@ius.bg.ac.rs](mailto:miodrag@ius.bg.ac.rs)

*Proceeding from the common assertion that the war in Ukraine proves that international law “doesn’t work” anymore, the article tries to differentiate among the three possible readings of this claim. First, the statement may mean that a central part of international law, namely the regime on the use of force, has been stripped of its ‘legality’. Second, the allegation may be that we are dealing with a situation which Hart characterized as “the pathology of a legal system”. The third possible reading would be that international law on the use of force is not authoritative, meaning it does not have the capacity to generate the sense of bindingness among its addressees. The article argues in favor of the second reading.*

## 1. INTRODUCTION\*

A Ukrainian international legal scholar recounted a bitter joke that law students started to circulate on social media at the beginning of the war in Ukraine. Namely, a response to the otherwise frequent student question – “Will we have a public international law class tomorrow?” – was all of a sudden a depressing one: “It doesn’t work, stop studying it.” (Vishchyk 2022) Ukrainian law students were by no means the only ones to express this utterly pessimistic sentiment regarding the current state of affairs of international law (IL).

In this brief contribution, I want to differentiate between the three distinctive readings of the claim that IL “does not work”.<sup>1</sup> *First*, this phrase may mean that the protracted armed conflict in Ukraine has stripped a central part of IL, namely the regime on the use of force, of its ‘legality’. Put differently, the war in Ukraine would be an indication that Article 2(4) is no longer valid, i.e. existent rule of international law. *Second*, and somewhat less detrimental interpretation would be that we are dealing with a situation which Hart characterized as “the pathology of a legal system”. The *third* reading would indicate IL’s lack of authority in the given domain. That is, it would amount to the claim that IL does not have the capacity to generate a sense of bindingness among its addressees. In the remainder of the paper I want to demonstrate why the second reading is the most plausible one.

## 2. THE WAR IN UKRAINE AS A VINDICATION THAT IL ON THE USE OF FORCE NO LONGER EXISTS

Grotius’s 1625 treatise *De Iure Belli ac Pacis* is widely considered one of the cornerstones of the field of international legal studies. It problematized the subject-

---

\* This paper resulted from the work on the EU funded Horizon Twinning project – Advancing Cooperation on the Foundation of Law (ALF) (project no. 101079177). Earlier versions were presented at the 30<sup>th</sup> World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy, Bucharest 3–8 July 2022; at the international conference ‘War in Ukraine, European Union and Western Balkans’, 17–18 November 2022, Faculty of Law, University of Belgrade; and at the visiting lecture at the Faculty of Law, University of Ljubljana, 1 March 2023. I would like to thank all the participants at those events for their invaluable comments and criticisms. I would also like to credit the anonymous reviewers for their highly useful remarks and suggestions. The usual disclaimer applies. Finally, I would like to thank Stefan McClean of Bocconi University for his *toiletage* of the written English.

1 To be sure, there are some other plausible interpretations of this claim. For instance, it is possible to argue that this statement means that IL serves primarily as a tool of power, instead of being a means of tempering it. Or, it is possible to say that IL’s not working amounts to its failure to advance substantive justice. The problem with both of these readings is that they tend to broaden the concept of international law, equating it with international rule of law and just international law, respectively.



matter of the right to wage war, which is always “undertaken for the Sake of Peace” (Grotius 2005, Book I, 133), at least a peace on favorable terms for the winning side. Hence, one might say that the legal regulation on the use of force in international relations is at the very core of what we commonly conceive under the label ‘international law’ (for a more elaborate argument that this is the fundamental international legal principle of the modern era, *see*, Hathaway, Shapiro 2017).<sup>2</sup> Such a view is confirmed by Art. 2(4) of the UN Charter, which prohibits “the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State”. Thus, if the war in Ukraine, *inter alia*, testifies to the fact that this founding rule of international relations is no longer valid rule of international law, then it would not be an exaggeration to claim that international law on the use of force, that is, the very core of international law, has simply ceased to exist.<sup>3</sup>

In fact, some international scholars have been fostering this claim for quite some time. For instance, as early as 1970, in the face of more than one hundred separate outbreaks of hostilities between states, Franck asked what and who killed Article 2(4). His answer was: “What killed Article 2(4) was the wide disparity between the norms it sought to establish and the practical goals that nations are pursuing in defense of their national interest.” (Franck 1970, 837) He repeatedly referred to this stance, only to provide a final 2003 verdict in reaction to the U.S. invasion of Iraq. At that point, he vehemently concluded that Article 2(4) “has died again, and, this time, perhaps for good.” (Franck 2003, 610)

A seemingly more theoretically elaborate claim of this sort was developed by Michael Glennon. He argues that, generally speaking, “[i]f a rule is breached by a significant number of states a significant number of times over a significant period of time, I would not call it international law.” He says that such rule “may still exert ‘compliance pull’ as a social norm ... But it is not international *law*.” (Glennon 2005, 960) Put differently, “social norms that fall short of the minimum-compliance tipping point ... do not qualify as law.” (Glennon 2005, 961)

In pursuing this radical conclusion, Glennon appears to equate the concepts of norm “validity”, “existence” and “bindingness”. At first, he notes: “If a given norm is a rule of international law, it is by definition obligatory.” (Glennon 2005, 952)

---

2 In highlighting the significance of Kellogg-Briand’s 1928 Pact, they say: “The Pact outlawed war. But it did more than that. By prohibiting states from using war to resolve disputes, it began a cascade of events that would give birth to the modern global order. As its effects reverberated across the globe, it reshaped the world map, catalyzed the human rights revolution, enabled the use of economic sanctions as a tool of law enforcement, and ignited the explosion in the number of international organizations that regulate so many aspects of our daily lives.” (Hathaway, Shapiro 2017, xv)

3 I take “validity” to be a specific form of “existence” of a (legal) rule/norm. Hence, there is no difference between saying that a (legal) rule/norm “is no longer valid” or that it is “non-existent”. (Cf. Kelsen 1991, 2. Bulygin 2015, 175)

In the next step, he says: “If the community of nations behaves as though rules do not exist, then they do not exist; and if they do not exist, they are not binding.” (Glennon 2005, 960) The ultimate ground of validity/existence/bindingness of an international legal rule is its primary efficacy – whether it is sufficiently followed by its addressees. He admits that this may raise serious dilemmas regarding identification of “the precise moment at which the balance tips.” Nevertheless, “at some point state practice that is inconsistent with a norm is simply too thick to justify the conclusion that states really accept the norm as obligatory.” (Glennon 2005, 960) Such is, in Glennon’s opinion, exactly the state practice with respect to Article 2(4).

Putting aside Glennon’s confusion with respect to different conceptions of “validity”,<sup>4</sup> the main problem with his reasoning is that it implies that the ‘legality’ of a rule cannot be established before it reaches an undefinable tipping point of minimum-compliance by norm-subjects. For, under this view, it is logically conceivable that something which has been agreed upon as a treaty rule was from the very inception largely violated by the norm-addressees. In such a situation, in order for that something to count as a valid international ‘legal’ norm one would need to wait for the reaction of norm-subjects and their subsequent adherence through the requisite complying practice. However, this then raises the question of the status of the agreed upon “something”, enshrined in the treaty text, whose validity is dependent on the sufficient level of efficacy.<sup>5</sup>

Glennon’s employment of the concept of *desuetudo* is also theoretically problematic, because it focuses solely on non-compliance by the norm addressees. He argues that “[n]ot all violation results in desuetude”, because “if it did, virtually no rule would be binding.” Therefore, “[d]esuetude occurs only when a sufficient number of states join in breaching a rule, causing a new custom to emerge.” (Glennon 2005, 942) How-

4 Bulygin speaks of the three conceptions of “validity”. Two of them are descriptive – “membership” and “applicability” – while the third is normative – “bindingness”. According to the “membership” conception, “[a] norm can be said to be valid in the sense that it belongs to (or is a member of) a legal system.” (Bulygin 2015, 171) According to the “applicability” conception, “to say that a norm is valid ... is not to issue a prescription but to state the existence of a prescription according to which the norm in question must be applied to a case.” Finally, according to the “bindingness” conception, “to say that a norm is valid is to prescribe that it ought to be obeyed and applied.” (Bulygin 2015, 172)

5 Glennon may want to explore the route taken by Stephen Munzer, who argues that a norm may be valid, yet non-existent, and *vice versa*. This argument rests on Munzer’s conception of norm “existence”, which is tied, but not identical to norm “efficacy”. What he implies under the first claim is the situation in which a norm is “enacted by a legally competent authority”, and yet there is “a complete failure by officials to apply sanctions or to criticize.” In a reverse situation, “a rule might in fact be supported by sanctions and/or criticism without having been created by a proper authority.” (Munzer 1972, 42–43) For one, this claim can hardly be vindicated by any known legal practice, which normally treats norms that are applied by the courts and implemented by law enforcing institutions as “valid legal norms”, even if they were not as such enshrined in some other source of law (e.g. statute). There are other problems with Munzer’s proposal. (see, Jovanović 2019, 80–82)

ever, according to Hans Kelsen, this would not suffice. He says that a general legal norm loses its validity “if [it] cease[s] to be observed by and large, and when not observed, to be applied.” (Kelsen 1991, 139) There are, thus, two cumulative requirements of a norm’s inefficacy in order for it to cease to be valid. Therefore, “[a] norm would not be considered to have lost its efficacy if only the individuals whose behaviour is the condition for the coercive act decreed in the general sanction-decreeing norm were by and large not observing the implicit norm of behaviour, while the competent organs were at the same time by and large applying the general sanction-decreeing norm.” (Burazin 2021, 100) Glennon disregards the second condition altogether. But even if he had wanted to employ it, he would have been forced to acknowledge that it is not met in the case of Article 2(4). Namely, the International Court of Justice (ICJ) has played a pivotal role in the development of the law on the use of force, either by giving judgments on the merits, or indirectly involving the use of force. (Christine 2013, 237)

If Article 2(4) is not stripped of its validity through *desuetudo*, has it been annulled in some other way?<sup>6</sup> When IL’s rules specifying the conditions of validity for both treaty and customary rules are taken into account, one is again unable to conclude that Article 2(4) has ceased to exist. Namely, if the prohibition on the use of force is treated as a treaty rule, its demise may come as a result of either explicit or tacit agreement from all the contracting parties as to that effect. No evidence of some such agreement exists. Neither do all UN member states agree that this prohibition was at some “tipping point” supplanted by what Glennon calls “the freedom principle,” which is functionally equivalent to no rule, nor can it be said that they all agreed to amend the Charter by way of their subsequent practice. However, even if it could somehow be shown that the treaty rule on the prohibition of the threat or use of force was modified or ceased to be valid, “[i]t would ... also have to be shown that the parallel customary prohibition on the use of force no longer operated.” Bearing in mind that this is presumably a *jus cogens* norm, it could have been modified only by a norm of the same quality of peremptoriness. And yet, “[t]here is not the slightest evidence of this.” (Crawford, Nicholson 2015, 113)

### 3. THE WAR IN UKRAINE AS AN INSTANCE OF PATHOLOGY OF IL

If the international legal regime on the prohibition of the use of force is a valid, yet often breached segment of IL, how can we account for such a fact? In her recent speech before The Hague Academy of International Law, German Federal Foreign

---

6 As noted by Kelsen, a norm is “a valid legal norm if a) it has been created in a way provided for by the legal order to which it belongs, and b) it has not been annulled . . . in a way provided for by that legal order.” (Kelsen 1949, 120)

Minister, Annalena Baerbock, proceeded exactly from Franck's charge only to argue that this war was not a declaration of bankruptcy for international law. Namely, law violations cannot be eradicated. In her words, "[j]ust as we as states, as national governments, will not be able to prevent people from committing offences in our countries ... [so] we have to be honest and say quite clearly that we as the international community will not be able to prevent countries from violating the principles of international law." What matters, then, equally in municipal and international law, is "how we respond to a violation of rules and principles and how resolutely and united we do so together." (Baerbock 2023)

Hart might have suggested a plausible analytical framework for treating this problem of discrepancy between law's existence and its efficacy. When elucidating the foundations of a legal system, he says that "the assertion that a legal system exists is ... a Janus-faced statement looking both towards obedience by ordinary citizens and to the acceptance by officials of secondary rules as critical common standards of official behaviour." (Hart 2012, 117) Therefore, the "normal" case of a legal system's existence is "one where it is clear that the two sectors are congruent in their respective typical concerns with the law." At times, however, "the official sector may be detached from the private sector, in the sense that there is no longer general obedience to the rules which are valid according to the criteria of validity in use in the courts." Such a situation can be characterized as "the pathology of legal system". Hart mentions three sources of this pathology: revolution, enemy occupation, and "the simple breakdown of ordered legal control in the face of anarchy or banditry." (Hart 2012, 118)

When speaking about the pathology of legal system, Hart had in mind only the case of municipal law. So, the question is whether this analytical framework is really of any use at the international level. I will claim that it does, on account that Hart was unjustified in holding that international law did not possess the element of "systematicity", understood "as the union of primary and secondary rules" (Hart 2012, 110). Namely, Hart argued that "international law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying 'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rules" (Hart 2012, 214) Waldron rightly qualifies this Hart's stance as "simply preposterous." (Waldron 2013, 222) If law's obtaining the "systemic" feature serves the goal of remedying the ills of uncertainty, static character of the rules, and inefficiency (Hart 2012, 92–93), then IL shall not be judged by merits of *form* present at the domestic level, but by whether it can perform those specific *functions*. (Payandeh 2010, 981) It transpires that it would be very difficult to claim that, even back in 1961, when *The Concept of Law* was published, international law did not know of the secondary rules of adjudication and change.<sup>7</sup> Similarly, if we take as the main role of

7 Waldron shows that both the constitution of the International Court of Justice (ICJ) as a court, as well as its operation, which, regardless of the absence of compulsory jurisdiction, is marked

“the rule of recognition” to specify criteria for the validity of primary rules, then it is possible to argue that Art. 38 of the ICJ Statute, which provides for a nonexhaustive list of sources of international law, serves that particular function. In addition, the practice of international adjudicative institutions contributes to the crystallization of the status of other potential sources, such as decisions of international organizations. (see Jovanović 2019, 88) Consequently, Hart is not justified in “making greater demands on international law than he makes on municipal law.” (Waldron 2013, 220)

Despite possessing functional elements of a legal system, IL has obvious institutional specificities. There are at least three of them that are important for the present discussion: 1. States are not merely norm-subjects of international law, but in the absence of specialized international executive bodies, they regularly assume the role of officials, i.e., agents of the international legal order; 2. As noticed by Kelsen, the monopoly on force by the international community is highly decentralized, insofar as the principle of self-help, in the form of self-defense, still plays an important role; (Kelsen 1952, 13–16) and, 3. There is a lack of courts with compulsory jurisdiction. According to Kelsen, an obvious deficiency stemming from these three institutional features of IL is that in certain cases “there is no authority, different from and independent of the parties concerned, competent to ascertain in a concrete case that a delict has been committed.” (Kelsen 1952, 15)

All those institutional complexities are revealed in the case of the war in Ukraine. In the absence of ICJ’s compulsory jurisdiction, it is impossible to authoritatively establish that the use of force in Ukraine by the Russian Federation is a breach of Article 2(4). In one of the most comprehensive treatises on the subject-matter, Gray raises a further problem, that of interpretation. She says:

A central question is whether it is possible to use state practice to arrive at an authoritative interpretation of the Charter or to supplement its brief provisions. ... Given that state practice includes the actual use of force, the justification offered by states for it, the response of other states inside and outside the UN and other organizations, and their public positions in debates on general resolutions of the General Assembly on the use of force, as well as an extensive treaty practice including friendship treaties, non-aggression pacts, border treaties, mutual defence agreements and regional arrangements, how are universal rules to be extracted? ... [Finally], [s]hould the Charter be seen as open to

---

by the general acceptance of its decisions, cannot be understood differently but in terms of secondary rules. (Waldron 2013, 216) Similarly, it is hardly deniable that the international order has gradually evolved secondary rules specifying the ways of changing the international law, which were subsequently codified in the 1969 VCLT. True, this change is different than the one in a modern municipal system – “it is plenary rather than representative and it works through a principle of voluntary accession rather than majority-decision” – but the crucial point is that it performs the same function. (Waldron 2013, 218)

dynamic and changing interpretation on the basis of subsequent state practice or should the prohibition of the use of force in Article 2(4) rather be seen as having a fixed meaning, established in 1945 on the basis of the meaning of the words at that date in the light of the preparatory works and the aims of the founders? (Gray 2008, 10–11)

In its written objection to the ICJ's competence to entertain the Ukrainian claim regarding provisional measures, Russia, *inter alia*, argued that its “special military operation conducted ... in the territory of Ukraine is based on the United Nations Charter, its Article 51 and customary international law.”<sup>8</sup> This is by no means a novel argument, knowing that, immediately after Bush's 2002 announcement of the US new doctrine of “preventive war”, some scholars rushed into the conclusion that “[a] new legal norm of anticipatory offensive intervention has emerged as a valid doctrine.”<sup>9</sup> Those more cautious pointed out from the outset that, in the context of Article 51, “[t]he very term ‘prevention’ is politically loaded and morally contradictory”, insofar as “[i]t casts into question an old opposition, the difference and the symmetry between offensive and defensive war” (Colonomos 2013, 9), which is in itself questionable as well. (for a classical philosophical treatment of the subject-matter, *see*, Walzer 2006)

Hence, in relying on a hardly unknown interpretative route, Russia raised a legal claim that it is acting in compliance with the Chapter VII of the UN Charter, which exceptionally authorizes acts of “individual or collective self-defence”. Despite the apparent legal dubiousness of the Russian claim,<sup>10</sup> in the absence of the ICJ's compulsory jurisdiction to decide on its (il)legality, one should be aware of Kelsen's warning that “it remains doubtful whether the coercive act performed as a reaction against an alleged delict is a sanction or a delict.” (Kelsen 1952, 15) Apparently, Russia claims that its self-defensive military intervention ought to be construed as a sanctioning measure. Lurking behind this case is a more general theoretical problem of the legal nature of self-help. It is commonly defined as “legally permissible conduct that individuals undertake absent the compulsion of law and without the assistance of a government official in efforts to prevent or remedy

8 <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>

9 “This type of intervention justifies action to literally attack and replace tyrannical regimes that foster international terrorism, endeavour to, or actually develop and maintain biological, chemical, or nuclear weapons.” (Cohan 2003, 288)

10 To begin with, there is “substantial ambiguity about whether Russia is relying on preventive individual self-defence of Russia itself against Ukraine or on the collective self-defence of the two new supposedly independent states.” (Milanovic 2022) The other interpretative and argumentative strategies were employed as well, so that it is possible to argue that “Russian legal justifications were couched ... in a confused blend of self-defence and humanitarian necessity.” (Cavandoli, Wilson 2022, 387)

a legal wrong.” Put differently, it is “a legally recognized alternative or substitute for a judicial remedy.” (Brandon et. al. 1984, 850) Thus, in claiming to assume the role of both adjudicative and administering organ of the international legal order,<sup>11</sup> the self-defending state is, colloquially speaking, taking the law into its own hands. (Kelsen 1952, 23)<sup>12</sup>

Now, Article 51 requires that “[m]easures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council”. And implicit in this formulation “is the notion that the reporting of measures would normally be a prelude to action of some sort by the Security Council that would bring to an end the need for the State, which has been the victim of an armed attack, to continue to exercise its right of self-defence.” (Greig 1991, 366–367) In other words, self-defense is an exception to the default rule that in cases of threats to and breaches of peace, as well as acts of aggression, the Security Council has the primary authority of a quasi-adjudicative body.<sup>13</sup>

The obvious problem in the case of the war in Ukraine stems from the fact that the alleged self-defending military operation is taken by a permanent member of the UN Security Council, which from the beginning diminished the prospects of any decision by this body. Namely, Russia did inform the Security Council on

- 11 It is here important to emphasize that the term “sanction” is often used to denote both the rule addressed at some adjudicative body, and the material act of punishment. *Stricto sensu*, “sanction” should be used only for the former, and not for the latter, which is only an act of execution of the sanctioning rule. Thus, an international legal “sanction” is a rule prescribing a certain remedial “measure” as a consequence for the violation of the established duty, whereas the action by the authorized actor is merely a material act of administration of the stipulated sanctioning measure. (Jovanović 2019, 93)
- 12 Interestingly enough, while speaking about defensive war, Kelsen mentions “the right to self-defense” and states that it “appears to be neither a delict nor a sanction.” (Kelsen 1952, 30) In dismissing the idea that self-help amounts to taking the law into one’s own hands, Siner seems to go along the lines of Kelsen’s reasoning when arguing that self-help is “a privilege to act vis-à-vis another in a certain way when certain circumstances exist, and its exercise is always defeasible to a final determination by a court.” (Siner 2017, 31) The problem with this reasoning is the following. Although the Charter also speaks of the “right to self-defense”, one should keep in mind that, just as any form of self-help, this measure is a substitute for a judicial remedy. In its typical function, an adjudicative body is not there to grant rights, but to determine whether the delict has been committed and, if so, to decide to apply the requisite remedy, i.e. sanctioning rule. Therefore, for analytical purposes, self-defense can be broken down into three separate acts: first, the state determines that the other party has committed a wrongful act (“an armed attack”); second, it applies the sanctioning rule of a self-defense; third, it administers this sanctioning measure, by undertaking material, military actions. In the first two steps, the state assumes the role of adjudicative, whereas in the third step that of administering organ of the international legal order.
- 13 Speaking of “the quasi-judicial role of the Security Council”, Schachter noticed that this body “was required to deal with disputes and, in the circumstances of Chapter VII, was granted the authority to make binding decisions.” (Schachter 1964, 960)

invoking the right of self-defense,<sup>14</sup> but this move was met with the draft resolution submitted by Albania and the United States, and supported by eleven members, which qualified the military operation as a violation of Art. 2(4). Expectedly, Russia blocked its adoption by using veto.<sup>15</sup> Therefore, although not unparalleled,<sup>16</sup> the situation in which a state with the veto power assumes the role of the “official sector” (Hart) of the international order only to effectively annul the quasi-adjudicative competence of the Security Council brings the international legal regime on the use of force to the brink of anarchy, thereby seemingly vindicating Hart’s diagnosis – that we are faced with pathology of the core regime of international law.

#### 4. THE WAR IN UKRAINE AS AN INDICATION OF IL’S LACK OF AUTHORITY

Does the pathological state of affairs amount to IL’s lack of authority in the given domain? Instead of providing a straightforward answer, let me make a couple of preliminary conceptual clarifications. As previously noted, validity is a special form of existence of all the norms, including legal ones. No norm can qualify for the status of ‘legality’ unless it satisfies established criteria of its validity specified in some recognized sources of law. As put by Samantha Besson and Jean d’Aspremont:

The question of the sources of international law pertains to how international law is made or identified ... Not only is it important for practitioners to be able to identify valid international legal norms and hence the specific duties and standards of behaviour prescribed by international law, but the topic also has great theoretical significance. The sources help understand the nature of international law itself, i.e. the legality of international law. (Besson, d’Aspremont 2017, 2)

Although intricately related to validity, bindingness is nonetheless a different norm-quality. For any norm, including a legal one, to be binding, it has to generate a “sense of obligation,” i.e., authoritativeness among norm-subjects. That is, rules are “binding if they are accepted and function as such.” (Hart 2012, 25) In that respect, while all legal norms purport to be authoritative, not all of them succeed

---

14 S/2022/154

15 China, India and the United Arab Emirates abstained from voting.

16 A central part of Putin’s speech preceding Russia’s military intervention consists of ‘tu quoque’ type of justification, reminding of similar, legally questionable use of force by major Western powers, most notably the United States. English version is available at <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine/>



in being so. Suffice here to say (see in more detail in, Jovanović 2019, 131ff) that Raz's influential theory is fatally flawed in claiming that authoritativeness of a legal norm consists in its capacity to provide exclusionary reasons for action. That is, according to this claim, the preemptiveness of a legal norm implies that we are "not allowed to question its force," even though we are allowed to deliberate upon it, i.e. "to question its wisdom and advocate its reform." (Raz 2009, 141) As rightly noticed by Kenneth Ehrenberg, this is hardly "an accurate characterization of the demands law places upon us, although it may be an accurate characterization of our response to its demands when we accede to its authority." (Ehrenberg 2013, 52)

Due to the institutional complexity of IL, the authoritativeness of international legal rules has its further specificities. As put by Çali, international legal authority "makes a different claim in degree of influence over the conduct of state officials. The binding/non-binding understanding does not encompass this variety adequately." (Çali 2015, 63) In another words, bindingness can be *gradated*, because normativity can be *gradated*. When primarily understood as the capacity to give rise to obligations, legal normativity can clearly be endowed with relative weight.<sup>17</sup> If all norms, including legal ones, are taken as reasons for action, then norm-subjects are the ones who ultimately bestow upon different norms different normative weight. At times – actually, in most legal orders, most of the time – norm-subjects "internalize"<sup>18</sup> legal norms and treat them as if they are preemptive reasons for action,<sup>19</sup> just as sometimes they disregard them altogether or give preference to the rules of other normative orders (see in more detail in, Jovanović 2019, 150ff). Inquiries into the sources of authoritativeness, that is, into reasons why norm-subjects, including states, abide by the rules, belong more to the province of sociology or international relations than to legal philosophy.<sup>20</sup>

---

17 This understanding of relative normativity is different than the two suggested by Goldmann. He associates the first type, "intellectual relativity", with the fact that "[s]ome rules of international law might be considered as more fundamental to the ability of international law to achieve justice, and therefore as hierarchically superior." The second type, "phenomenological relativity" is related to "the question of the validity criteria of international law which distinguish it from other normative orders, and in particular whether all rules of international law need to meet the identical validity criteria, or whether there are different types of international law – binding and nonbinding ones – that exist in parallel." (Goldmann 2019, 740–741)

18 "Patterns of internalization across numerous decision-makers may of course develop, or be inculcated by education, or be enforced by sanctions. But the way in which and the extent to which, if at all, rules become a part of a decisional process is ultimately determined by the decision-maker alone." (Schauer 1991, 128)

19 In Ehrenberg's words, while "the law does not *claim* to preempt our reasons ... we allow it do so when we accept its authority." (Ehrenberg 2013, 52)

20 For example, working at the intersection of international relations theory and international law, Guzman has offered a "reputational" theory of states' compliance. (Guzman 2008) Yet, all the analytical, clarificatory work is to be done by legal philosophy.

Authoritativeness is intricately connected to the overall efficacy of a legal system. For, by and large, an ineffective legal system cannot be meaningfully said to be authoritative. However, at this point one should be aware of the two levels of legal efficacy that I only briefly touched upon. ‘Primary efficacy’ refers to the rule-observance by norm-subjects (citizens, states), while ‘secondary efficacy’ refers to the application of sanctioning rules by law-applying bodies (courts, tribunals).<sup>21</sup> If a single rule is, in terms of primary efficacy, largely ineffective, this is an indicator of its inability to generate a sense of obligation among norm-subjects. There are further signs that a legal rule lacks authority. Let us not forget Hart’s important insight about legal rules, that their “internal aspect ... manifest[s] in their use as guiding and critical standards of conduct” for norm-subjects (Hart 2012, 155). Thus, if hardly anyone refers to a certain rule as a critical standard of conduct, then it becomes gradually meaningless to speculate about its authoritativeness.

When the current war in Ukraine is filtered through the aforementioned analysis, one cannot, in a straightforward manner, conclude that the international legal regime on the use of force, emanated in Article 2(4), is fatally devoid of its authority. *First*, this regime still seems to be used as a critical standard of conduct. That is, one can hardly point to “a complete absence of justificatory rhetoric” of the relevant kind.<sup>22</sup> As observed by Susan Marks:

Behind Putin’s specific arguments is the evident and rather striking fact that he did not brush aside international law. He *used* it. Even if the argument he puts forward won’t persuade many people, it is an argument framed in recognisable international legal terms. He invokes established international legal concepts, categories and norms, and stakes out a position on familiar international legal issues. (Marks 2002)

*Second*, Russia’s refusal to abide by the ICJ’s provisional measures on ceasing all military operations in Ukraine is also based on legal grounds that the Court had no jurisdiction in the first place. However, unlike with the offered legal justification

---

21 “Since the occasions for legal coercion are mainly cases where the primary function of the law in guiding the conduct of its subjects has broken down, legal coercion, though of course an important matter, is a secondary function.” (Hart 2012, 249) When a legal system is mainly only secondary effective, then this might be a sign that the respective society is on the verge of revolution.

22 For Glennon, besides the “overwhelming inconsistent conduct”, the absence of this rhetoric is an important indicator that the tipping point has been reached and that the rule ceased to exist. (Glennon 2005, 971, n. 156) In that respect, he refers to a number of statements by the US officials on the eve of 2003 military intervention in Iraq, which contained no such justificatory rhetoric. In addition, “[t]he United States Congress authorized the use of force against Iraq by enacting legislation that contained no condition that that use first be approved by the U.N. Security Council.” (Glennon 2005, 979)

of its military intervention, which is almost universally rejected as meritless, Russia's arguments regarding ICJ's lack of jurisdiction are taken with far more respect among international scholars. Take Alexander Orakhelashvili's bold criticism of the ICJ's stance:

The Court has simply created a bad precedent of manipulative reasoning through which it has allowed itself to be implicated in the political process, and did so for no obvious or rational purpose. The Court may have been motivated by the fact that its provisional measures are binding on litigating States, and is thus likely to have acted out of the motive to enhance the pressure of the international legal system on Russia to induce it to do what it has to do anyway. However, there is no such thing as binding force in the air. No decision is binding on anyone unless the decision-maker has acted in compliance with statutory limits on its own authority and has applied the law properly. (Orakhelashvili 2022)

Finally, in the absence of a compulsory, state-like mechanism of secondary efficacy at the international level, one should not disregard altogether the reaction of other institutional actors, most notably the UN General Assembly, which adopted a resolution deploring the Russian "aggression" against Ukraine, with 141 votes in favor, 5 against and 35 abstentions (A/RES/ES-11/2).<sup>23</sup> Furthermore, the Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court decided to issue the warrant for Putin's arrest for the alleged responsibility for war crimes.<sup>24</sup> Finally, Russia has been excluded from a number of international organizations, including the Council of Europe, and it was subjected to a system of unprecedented economic sanctions.<sup>25</sup> In words of Oona Hathaway and Scott Shapiro, "[t]he continued response to the continued violation makes clear that the legal principles involved are ones that the world stands behind. A forceful response, therefore, would have the effect of *reaf-*

---

23 The General Assembly met under what is known as the Uniting for Peace resolution, which allows special meetings of the entire membership to be called when the U.N. Security Council is deadlocked on an issue. It has been invoked fewer than a dozen times since it was adopted in 1950, and the last time in 1982.

24 On 17 March 2023, Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court issued warrants of arrest for two individuals: Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova. Putin is allegedly responsible for the war crime of unlawful deportation of population (children) and that of unlawful transfer of population (children) from occupied areas of Ukraine to the Russian Federation (under articles 8(2)(a)(vii) and 8(2)(b)(viii) of the Rome Statute). (see, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>)

25 This has all led Hathaway to conclude "that the response to an illegal war launched by a nuclear-armed state with a veto on the Security Council has been far more effective than anyone had reason to hope at the outset." (Hathaway 2023)

*firming* the legal prohibition” (Hathaway, Shapiro 2022), thereby also vindicating at least partial authority of the given international legal regime.

## 5. A CONCLUDING WORD

In the face of immense human loss, suffering and continuous massive destruction, any attempt at a sophisticated legal analysis may look like a cunning sophistry. However, it is exactly in exceptional circumstances that a sober analysis is mostly needed to help us grasp the legal aspects of these horrible events. The preceding pages were an attempt of that sort. The undertaken analysis has demonstrated that the claim that the war in Ukraine proves that IL on the use of force no longer exists is unwarranted. It also revealed that it is possible to argue that, despite its indisputable devastating effects, the war in Ukraine is most adequately perceived as an instance of “the pathology of legal system”, and one that partially but not totally undermines the authority of IL in the given domain.

## REFERENCES

1. Baerbock, Annalena. 2023. Strengthening International Law in Times of Crisis. at <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/strengthening-international-law-in-times-of-crisis/2573492>
2. Besson, Samantha, Jean d’Aspremont. 2017. The Sources of International Law – Introduction. In *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*. Ed. S. Besson and J. d’Aspremont. 1–39. Oxford: Oxford University Press.
3. Brandon, D. I. et al. 1984. Self-Help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society. *Vanderbilt Law Review* 37(4): 849–1040.
4. Bulygin, Eugenio. 2015. Time and Validity (1982). In *Essays in Legal Philosophy*. Eugenio Bulygin. 171–187. Oxford: Oxford University Press.
5. Burazin, Luka. 2021. Efficacy as a Condition of Validity in Kelsen’s General Theory of Norms. *Analisi e Diritto* (1): 85–106.
6. Çalı, Başak. 2015. *The Authority of International Law – Obedience, Respect, and Rebuttal*. Oxford: Oxford University Press
7. Cavandoli, Sandra, Gary Wilson. 2022. Distorting Fundamental Norms of International Law to Resurrect the Soviet Union: The International Law Context of Russia’s Invasion of Ukraine. *Netherlands International Law Review* 69(3): 383–410.
8. Cohan, John Alan. 2003. The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary International Law. *Pace International Law Review* 15(2): 283–357.

9. Colonomos, Ariel. 2013. *The Gamble of War – Is It Possible to Justify Preventive War?* Translated by Chris Turner. New York: Palgrave Macmillan.
10. Crawford, James, Rowan Nicholson. 2015. The Continued Relevance of Established Rules and Institutions Relating to the Use of Force. In *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Ed. M. Weller, A. Solomou, and J. W. Rylatt. 96–113. Oxford: Oxford University Press.
11. Ehrenberg, Kenneth. 2013. Law's Authority is not a Claim to Preemption. In *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Ed. W. Waluchow and S. Sciarraffa. 51–74. Oxford: Oxford University Press.
12. Franck, T. M. 1970. Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States. *The American Journal of International Law* 64(5): 809–837.
13. Franck, T. M. 2003. What Happens Now? The United Nations after Iraq. *The American Journal of International Law* 97(3): 607–620.
14. Glennon, J. Michael. 2005. How International Rules Die. *Georgetown Law Journal* (93)3: 939–991.
15. Goldmann, Matthias. 2019. Relative Normativity. In *Concepts for International Law – Contributions to Disciplinary Thought*. Ed. J. d'Aspremont and S. Singh. 740–759. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar.
16. Gray, Christine. 2008. *International Law and the Use of Force* (3<sup>rd</sup> ed.). Oxford: Oxford University
17. Gray, Christine. 2013. The International Court of Justice and the Use of Force. In *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Ed. C. J. Tams and J. Sloan. 237–261. Oxford: Oxford University Press.
18. Greig, W. Donald. 1991. Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require? *International and Comparative Law Quarterly* 40(2): 366–402.
19. Grotius, Hugo. 2005. *The Rights of War and Peace*. Indianapolis: Liberty Fund.
20. Guzman, T. Andrew. 2008. *How International Law Works: A Rational Choice Theory*. Oxford: Oxford University Press.
21. Hart, Herbert. 2012. *The Concept of Law. With an Introduction by Leslie Green*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press.
22. Hathaway, A. Oona, Scott. J. Shapiro. 2017. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. New York: Simon & Schuster.
23. Hathaway, A. Oona, Scott. Shapiro. 2022. Putin Can't Destroy the International Order by Himself. at <https://www.justsecurity.org/80351/putin-cant-destroy-the-international-order-by-himself/>
24. Hathaway, Oona. 2023 How Russia's Invasion of Ukraine Tested the International Legal Order. at <https://www.brookings.edu/on-the-record/how-russias-invasion-of-ukraine-tested-the-international-legal-order>
25. Jovanović, Miodrag. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

26. Kelsen, Hans. 1949. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
27. Kelsen, Hans. 1952. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company Inc.
28. Kelsen, Hans. (1991). *General Theory of Norms*, transl. by M. Hartney. Oxford: Clarendon Press.
29. Marks, Susan. 2022. What does international law have to do with the war in Ukraine? at <https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/what-does-international-law-have-to-do-with-the-war-in-ukraine/>
30. Milanovic, Marko. 2022. Russia's Submission to the ICJ in the Genocide Case; Russia's Withdrawal from the Council of Europe. *EJIL: Talk!*, at <https://www.ejiltalk.org/russias-submission-to-the-icj-in-the-genocide-case-russias-withdrawal-from-the-council-of-europe/>
31. Munzer, Stephen. 1972. *Legal Validity*. The Hague: Martinus Nijhoff.
32. Orakhelashvili, Alexander. 2022. Anything Goes? The ICJ's Provisional Measures Order in Ukraine v Russia. at <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/03/anything-goes-the-icjs-provisional-measures-order-in-ukraine-v-russia/>
33. Payandeh, Mehrdad. 2010. The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart. *European Journal of International Law* 21(4): 967–995.
34. Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
35. Schachter, Oscar. 1964. The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly. *The American Journal of International Law* 58(4): 960–965.
36. Schauer, Frederick. 1991. *Playing By the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
37. Siner, Zachary. 2017. De-Ciphering Self-Help. *University of Toronto Law Journal* 67(1): 31–67.
38. Vishchyk, Maksym. 2022. Insight from Ukraine: Revitalizing Belief in International Law. <https://www.justsecurity.org/80719/insight-from-ukraine-revitalizing-belief-in-international-law/> (last accessed May 12, 2023).
39. Waldron, Jeremy. 2013. International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?. In *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'*. Ed. L. D. d'Almeida, J. Edwards, and A. Dolcetti. 209–227. Oxford: Hart Publishing.
40. Walzer, Michael. 2006. *Just and Unjust War – A Moral Argument with Historical Illustrations*. 4<sup>th</sup> ed. New York: Basic Books.



## The Concept of Administration – Comprehension of Theory and Review of the Basic Principles

**Đorđe Timotijević**

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 342.9



0009-0003-6019-6957

### Cite this article

Timotijević, Đorđe. 2/2024. Pojam  
uprave – shvatanja u teoriji i osvrt  
na osnovna načela. *Eudaimonia –  
Journal of Legal, Political and Social  
Theory and Philosophy* 8: 70–88

DOI: 10.51204/IVRS\_24206A

### Keywords

- the concept of administration
- theoretical concepts
- administrative power
- the science of administration
- basic principles

### Author for correspondence

Đorđe Timotijević,  
[djordjetimo@gmail.com](mailto:djordjetimo@gmail.com)

*The paper presents different understandings of the concept of administration, realized in legal theory, which had a great impact on the theory of entire administrative law, with a simultaneous review of the key principles on which the action and functioning of the administration should be based. In the paper, the author attempts to present his observations and conclusions regarding different theoretical understandings of both domestic and foreign legal theoreticians, as well as to reach the findings (based on the analysis of different attitudes and approaches to defining the concept of administration), related to the definition of administration, the basic principles that are important for its organization, functioning and effectiveness, but also to the characteristics that administration should have to represent one of the pillars of the rule of law.*



## Pojam uprave – shvatanja u teoriji i osvrt na osnovna načela

Đorđe Timotijević

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 342.9



0009-0003-6019-6957

### Referenca

Timotijević, Đorđe. 2/2024. Pojam uprave – shvatanja u teoriji i osvrt na osnovna načela. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 70–88

DOI: 10.51204/IVRS\_24206A

### Ključne reči

- pojam uprave
- teorijski koncepti
- upravna vlast
- nauka o upravi
- osnovna načela

### Autor za korespondenciju

Đorđe Timotijević,  
[djordjetimo@gmail.com](mailto:djordjetimo@gmail.com)

*U radu se prikazuju različiti koncepti pojma uprave koje je pravna nauka iznedrila, a koji su izvršili veliki uticaj na celokupnu upravnu teoriju, uz istovremeni osvrt na ključna načela na kojima bi trebalo da se zasniva delovanje i funkcionisanje uprave. Autor nastoji da u radu iznese svoja opažanja i zaključke u vezi sa različitim teorijskim shvatanjima, kako domaćih, tako i stranih pravnih teoretičara, kao i da kroz analizu različitih stavova i pristupa određivanju pojma uprave dođe do zaključaka koji se odnose na definisanje uprave, osnovne principe koji su od značaja za njenu organizaciju, funkcionisanje i delotvornost, ali i na karakteristike koje bi uprava trebalo da ima kako bi predstavljala jedan od stubova pravne države.*

## 1. UVOD

Kada je u pitanju pojam uprave, već pre ulaženja u dalje pojedinosti, primećuju se razmimoilaženja među pravnim piscima u pogledu metoda koji se koristi kako bi se on definisao. Pojedini pisci određuju upravu na materijalno-negativan način. Po njihovom mišljenju, uprava je sva ona aktivnost države koja preostaje kad se izuzmu zakonodavstvo i sudstvo. Time nije rečeno šta je uprava konkretno tj. ona nije definisana na pozitivan način. Međutim, uprava se može sadržinski pozitivno definisati putem korišćenja pojma upravne funkcije, koju uprava vrši kada donosi pravne akte i preduzima materijalne radnje. Prema tome, određena pozitivno, moglo bi se reći da uprava predstavlja način vršenja državne vlasti, koji se ogleda u izvršavanju zadataka na osnovu pravnih propisa od strane državnih organa i drugih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja. Ti zadaci se izvršavaju donošenjem subjektivnih akata, akata-uslova i materijalnih akata (Stjepanović, Lilić 1991, 29).

U okviru teorije, javljaju se različiti koncepti o pojmu uprave, među kojima se izdvajaju funkcionalni, organizacioni i pozitivnopravni pojam uprave.

## 2. UPRAVA U FUNKCIONALNOM SMISLU

Pojam uprave u funkcionalnom smislu predstavlja skup aktivnosti kojima država ostvaruje svoje zadatke i poslove, odnosno pomoću kojih država realizuje svoju ulogu u društvu. Dalje, pojam uprave u funkcionalnom smislu, odnosno formalni pojam upravne funkcije se može razložiti na formalni i materijalni pojam uprave u funkcionalnom smislu (Stjepanović, Lilić 1991, 31). Formalni pojam uprave u funkcionalnom smislu utvrđuje se na osnovu spoljašnjih tj. formalnih obeležja vršenja upravne funkcije. Najznačajniji elementi forme koji su karakteristični za određenje državnih aktivnosti su: organi, postupak – metoda rada koja je zakonom propisana za obavljanje određenih aktivnosti, forme akata i radnji koji su predviđeni pravnim propisima i kontrola i način vršenja kontrole nad pojedinim aktivnostima. Kada su u pitanju organi, misli se na vršioce određenih aktivnosti koji su propisima određeni kao nadležni organi (Stjepanović, Lilić 1991, 37). Stoga se upravna funkcija može odrediti kao ukupnost aktivnosti organa koji su propisima označeni kao organi uprave, a koje se sastoje primarno u utvrđivanju prava i nametanju obaveza kako bi se moglo obezbediti skladno funkcionisanje društvenih tokova i ostvario javni interes. Ipak, s obzirom na to da sve aktivnosti koje obavljaju organi uprave ne mogu predstavljati vršenje upravne funkcije, ovakvo shvatanje je potrebno korigovati. Naime, kada obavljaju upravnu funkciju, organi uprave to čine na način koji ih jasno odeljuje od zakonodavne i sudske funkcije, što se odnosi i na situacije u

kojima uprava donosi opšte akte podzakonskog ranga, kada ona i dalje vrši upravnu funkciju, samo sa manje istaknutim upravnim instrumentima.

Upravu nije moguće definisati na potpuno pozitivan način jer princip podele vlasti zahteva da se naglasi odvojenost izvršne vlasti (čiji je deo državna uprava) od zakonodavne i sudske vlasti. Ovo, međutim, važi ako se prihvati trijalistička podela vlasti na izvršnu, zakonodavnu i sudsku, koja je u današnjem svetu najviše zastupljena. Postoji i kvadrjalistička teorija o podeli vlasti, prema kojoj je upravna vlast, koja vrši operativno-izvršnu funkciju, odvojena od izvršne vlasti, koja obavlja političko-izvršnu funkciju. Ovakva podela nije sasvim prihvatljiva zato što je teško utvrditi tačne granice između funkcije vlade i funkcije uprave. To je zbog toga što vlada može da donosi i upravne akte, dok sa druge strane, uprava utiče na oblikovanje politike vlade. Takođe, vlada ima niz ovlašćenja prema upravi koja su funkcionalne, personalne i nadzorne prirode. Veza između uprave i vlade se ogleda i u tome što su starešine različitih organa uprave ujedno i članovi vlade (Milosavljević 2023, 36–38). Zbog svih ovih razloga, trijalistička podela vlasti se čini najprihvatljivijom, te je ona danas i najzastupljenija.

## 2.1. Različiti koncepti u okviru trijalističke teorije

Mnogi domaći i strani pravni pisci koji su pristalice trijalističke teorije se razlikuju prema svojim shvatanjima pojma i delatnosti tri osnovne grane vlasti.

Interesantno je, na primer, pomenuti gledište Labanda (*Laband*), koji pravi razliku između tzv. subjektivne i objektivne odredbe državnih funkcija. Subjektivna odredba se daje imajući u vidu organ koji vrši određenu funkciju, a objektivna u odnosu na operacije koje se vrše od strane države. Posmatrano sa subjektivnog stanovišta, „uprava obuhvata ukupnost akcija i manifestacija volje države, koje su podvrgnute vlasti šefa države“ (Marković 1980, 35). Ovde se zaključuje se da se ovaj pravni pisac ne priklanja negativnom definisanju uprave. Međutim, kada određuje upravu u objektivnom smislu, Laband ističe da se pod državnom upravom podrazumeva „činjenje ili nečinjenje države kao ličnosti sposobne da deluje“. Pod upravu se podvodi sve što država radi, ali država ne upravlja uvek kad radi, a naročito ne „kada deluje kao zakonodavac ili kao sudija“ (Marković 1980, 37). Ovim putem, uvodi se negativna komponenta, čime ovaj pisac odstupa od prethodnog insistiranja na pozitivnom određivanju pojma uprave. Ako se već uprava u objektivnom smislu određuje kao sve ono što država radi, svakako je nužno uvesti negativni kriterijum kako bi se, u okviru delanja države, razgraničilo upravljanje od njenih drugih aktivnosti. Ipak, to otvara pitanje da li onda treba smatrati da ovaj pravni pisac definiše na pozitivan način samo tzv. upravu u subjektivnom smislu, ili između njegovih stavova postoji kontradiktornost.

Digi (*Duguit*), sa druge strane, smatra da se vršenje upravne funkcije države ogleda u donošenju akata-uslova, subjektivnih akata i preduzimanju materijalnih radnji. Pod aktima-uslovima podrazumevaju se akti koji se donose kako bi se opšti akti koje Digi naziva „aktima-pravilima“, primenili na pojedinačne slučajeve. Za donošenje akata-uslova potrebno je da se ispune određeni uslovi propisani odgovarajućim opštim aktom, pa otuda i njegov naziv. Takođe, ovaj pravni pisac upravnom funkcijom obuhvata donošenje svih akata od strane organa koji se, prema pozitivnim propisima, imaju smatrati upravnim. Dakle, država interveniše u oblasti objektivnog prava donošenjem opštih akata – akata pravila, a u oblasti subjektivnog prava donošenjem pojedinačnih akata – akata uslova (Marković 1980, 39–42). Ovakva podela vrlo jasno i precizno postavlja granice upravne državne funkcije. Nadalje, Digi ističe stvaranje razlike između „upravljača i onih nad kojima se upravlja“ kao temelj za nastanak pojma javne službe koji je zamenio pojam suverenosti i na taj način postao osnova javnog prava. Ovakav stav proističe iz toga što su se upravljacima vremenom nametale različite obaveze čije izvršenje je „posledica, ali i opravdanje njihove veće sile“ (Digi 1998, 40).

Prema Lukićevom stavu, upravna vlast na osnovu apstraktnih zakonskih pravila propisuje konkretna pravila. Upravnim aktima se „individualizuje i konkretizuje dispozicija iz zakonskog akta“. Ipak, on se pita da li treba izdvojiti kao poseban pojam granu državne organizacije koja bi predstavljala političko-izvršnu vlast. To je onaj deo državne organizacije kome je povereno donošenje najvažnijih opštih akata izvan zakonodavstva, odnosno uredaba. Stoga, ovaj pravni pisac smatra da se političko-izvršni organi moraju svrstati u organe uprave u širem smislu, dok bi u ostale upravne organe spadali oni koji donose pojedinačne akte i tako konkretizuju opšte propise (Lukić 1963, 307–308). U svojim kasnijim radovima, Lukić nije bio toliko odlučan kada je u pitanju izdvajanje političko-izvršne vlasti i koristi deskriptivni metod kako bi opisao šta bi sve spadalo u njenu nadležnost (Marković 1980, 54–55).

Sve u svemu, imajući u vidu probleme koji se javljaju prilikom pokušaja da se precizno razgraniči funkcija vlade od funkcije uprave, zaključuje se da prilikom određivanja pojma uprave u funkcionalnom smislu treba poći do trijalističke teorije. Uz to, u okviru izvršne vlasti, treba imati na umu razliku između državnih službenika kao operativnog aparata i pojedinaca čija je funkcija čisto političke prirode.

### 3. DRŽAVNO-UPRAVNI I JAVNO-UPRAVNI PRISTUP

Tokom XX veka dominirala je koncepcija prema kojoj se uprava sastoji isključivo u državnoj upravi, čija je glavna uloga vršenje vlasti. To znači da ovakvo shvaćanje stavlja u prvi plan autoritativnost uprave i da iz njega proizilaze dva osnovna

obeležja uprave. Prvo je da se njena delatnost sastoji u donošenju autoritativnih akata na osnovu zakonskih propisa, što znači da je uprava ovlašćena da izdaje naređenja i zabrane i određuje, uslovljava i usmerava ponašanje i delovanje građana. Drugo, ukoliko se akti uprave ne izvršavaju dobrovoljno, ona je ovlašćena da primeni prinudu kao *ultima ratio* (Milosavljević 2023, 39), tako da će onda autoritativnost biti izraženija nego kada se radi o prvom obeležju državno-upravnog pojma uprave. Dakle, primećuje se da je drugo osnovno obeležje ovakvog poimanja uprave tesno povezano sa upravnim radnjama, koje se određuju kao materijalne tj. faktičke operacije koje pravo poznaje i priznaje u procesu sopstvene primene (Jovanović 1922, 253–254).

Inače, razvoj prinude u upravi je tekao tako da je njena uloga opala s vremenom. Upravne organizacije su u ranim fazama razvoja klasnog društva bile uglavnom zadužene da primenom prinude brane unutrašnje uređenje. Tako, svaka uprava je u početku bila skoro isključivo vojna i policijska (Pusić 1989, 60). Prinuda je odlikovala i unutrašnju organizaciju uprave i predstavljala glavno sredstvo održavanja kohezije i discipline unutar upravnih organizacija. Vremenom je došlo do odvajanja vojnih od civilnih upravnih organizacija i pobeđe u borbi za prvenstvo civilne uprave nad vojnom, zatim do porasta tehničkog nivoa upravnih službi, ali i sve veće kooperacije među stručnjacima različitih profila (Pusić 1989, 63), čija je saradnja neophodna radi uspešnog funkcionisanja svakog upravnog organa i donošenja kvalitetnih odluka. Osim toga, prirodno je da se sa razvojem društvene svesti počelo težiti ka smanjenju primenjivanja prinude. Ta tendencija postala je izražena ne samo u upravi, već i u svim ostalim bitnim sferama društvenog života.

Ipak, za razliku od uspešnih rezultata u pogledu smanjenja upotrebe prinude, kada se govori o saradnji među kadrovima različitog obrazovanja koji pripadaju jednom upravnom organu, primećuje se da ona nije svugde zastupljena u potrebnoj meri, te je i dalje treba podsticati jer ukoliko nema kvalitetne saradnje između, na primer, pravnika, ekonomista i drugih stručnih lica, onda nema ni kvalitetne uprave niti se njeni ciljevi mogu postići. U vezi sa tim, valja pomenuti i da neophodnost vršenja kontrole uprave zavisi „od kadrova u upravi, njihovog obrazovnog nivoa, svesti i etike“ (Milkov 2019, 7).

Za razliku od državno-upravnog pojma uprave koji u prvi plan stavlja autoritativnost, javno-upravni pristup se orijentiše ka javnom interesu i povezan je sa javnim službama. Prema ovom shvatanju, moderna država je ona koja je preuzela na sebe organizovanje i kontrolu javnih službi i čiji je zadatak da obezbedi njihov pravilan rad, kako bi se u javnom interesu zadovoljavale svakodnevne potrebe građana (Milosavljević 2023, 41). Na državi je da se stara o pravilnom funkcionisanju javnih službi i njihovoj kontroli, što može činiti i posredstvom upravnih organa.

Na osnovu svega navednog, zaključuje se da bi državno-upravni pristup trebalo ublažiti elementima javno-upravnog pristupa, pre svega putem pojma javnog interesa, pa se može reći da uprava predstavlja državne organe i organe kojima su poverena javna ovlašćenja, a koji donose autoritativne akte u javnom interesu radi zadovoljenja potreba građana, ali i države, s tim da je u slučaju nepoštovanja tih akata kao krajnja mera dozvoljena primena prinude tj. preduzimanje upravnih radnji visokog stepena autoritativnosti.

#### 4. UPRAVA U ORGANIZACIONOM SMISLU

Određivanje pojma uprave u organizacionom smislu je, kao i određivanje formalnog pojma uprave u funkcionalnom smislu, vezano za organe koji su nosioci upravne delatnosti. To su organi ili organizacije koje čini skup ljudi koji su povezani radi postizanja određenog cilja, a prvenstveno radi utvrđivanja prava stranaka, omogućavanja efikasnog ostvarivanja tih prava i pravnih interesa, kao i nametanja obaveza čije je izvršavanje od strane građana potrebno kako bi se obezbedilo normalno funkcionisanje države (Stjepanović, Lilić 1991, 40–42) – na primer, kroz plaćanje poreza utvrđenog u poreskom rešenju koje se donosi u upravnom postupku, omogućava se da država stiče prihode i obezbeđuje se normalno funkcionisanje javnih finansija.

Značajnu ulogu u razvoju pojma uprave u organizacionom smislu imala je američka klasična škola, koja se pojavila dvadesetih godina XX veka u SAD. Ova škola je u velikoj meri posvetila pažnju unutrašnjoj organizaciji uprave, a naročito specijalizaciji kadrova i njihovih zadataka. Težilo se uspostavljanju precizne strukture pojedinih službi i poveravanju opšteg rukovođenja svim opštinskim službama „jednom visokokvalifikovanom stručnjaku“ (tzv. *City manager*), a takav sistem je i uveden u nekim velikim gradovima u SAD posle Prvog svetskog rata. Zahvaljujući klasičnoj školi, javlja se tendencija ka naučnom proučavanju uprave i tehnologije uprave, i uz to se posebno poklanja pažnja razvoju operativne funkcije uprave (Denković 2010, 63–64). Ovakvo shvatanje uprave i radnji koje treba preduzeti radi njene profesionalizacije i veće delotvornosti umnogome je doprinelo razvoju nauke o upravi, ali su pojedini teoretičari isticali da je ono neprilagođeno nekim društvenim uređenjima. Tako se, na primer, u sovjetskoj literaturi smatralo da se u socijalističkim zemljama ne može primenjivati američka „teorija o menadžerstvu“, jer ona u menadžerima vidi upravljače svih klasa, tako da bi od njih zavisio i razvitak društva (Lunev 1968, 74). U svakom slučaju, neke stavove ove teorije, kao što su zalaganje za jasno i precizno definisanje zadataka upravnih organa i njihovih službenika, čvrstu organizacionu strukturu uprave i njenu profesionalizaciju, svakako treba implementirati kako bi se uspostavila kvalitetna uprava.

Osnovni nedostatak koji se javlja u vezi sa organskim shvatanjem uprave jeste zanemarivanje delatnosti upravnih vršilaca u izuzetno velikoj meri. Naime, izostavljanje forme i sadržine delatnosti upravnih organa i organizacija prilikom određivanja pojma uprave, ali i zaobilazjenje metoda i oblika njihovog delovanja predstavljaju bitan propust (Tomić 2021, 41) usled kojeg se ne može dobiti potpuna i jasna slika o pojmu uprave i ključnim elementima koji se pod njime podrazumevaju.

Naposletku, kada se vratimo na osnovno određenje uprave u organizacionom smislu primećuje se da se ovakav pojam uprave u određenoj meri poklapa sa njenim pojmom u funkcionalnom smislu, te bi se mogla dati definicija uprave koja bi obuhvatala elemente ova dva pojma, ali i elemente koji čine pozitivnopravni pojam uprave.

## 5. POJAM UPRAVE U POZITIVNOPRAVNOM SMISLU I KOMBINOVANA DEFINICIJA UPRAVE

Pozitivnopravni pojam zasniva se na tome da je uprava, bilo u smislu funkcije, bilo u smislu organizacije, definisana ustavnim i zakonskim aktima države (Stjepanović, Lilić 1991, 50). Pozitivnopravni pojam uprave je značajan za primenu pravnih normi koje se odnose na rad i organizaciju uprave (Milenković 2013, 63). Kako bi se uprava odredila u pozitivnopravnom smislu, neophodno je najpre utvrditi pravne subjekte koji polazeći od pozitivnog prava određuju svoju unutrašnju organizaciju u cilju obavljanja upravne delatnosti i time stvaraju hijerarhijski ustrojen sistem zasnovan na zakonu. To bi bio pozitivnopravni pojam uprave u organizacionom smislu. Tako, prema Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine, „poslove državne uprave obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave određeni zakonom“.<sup>1</sup> Navedenu odredbu Ustava konkretizuje Zakon o državnoj upravi, u skladu sa kojim upravu u organizacionom smislu čine vršioци upravne delatnosti pod kojima se podrazumevaju državna uprava, odnosno državni organi uprave koji vrše „upravne poslove u okviru prava i dužnosti Republike Srbije“ kao i nedržavna uprava koju čine organi uprave teritorijalne autonomije, organi uprave lokalne samouprave i imaoci upravnih javnih ovlašćenja.<sup>2</sup> Ustav Srbije ne sadrži odredbe o funkcionalnom pojmu uprave, te je njen pozitivnopravni pojam u funkcionalnom smislu određen isključivo Strategijom reforme javne uprave Republike Srbije iz 2014. godine. Prema njoj, javnom upravom su obuhvaćene sve aktivnosti koje se preduzimaju radi

---

1 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 136, st. 2.

2 Zakon o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018 (dr. zakon), čl. 1.

vršenja upravnih poslova i upravnih javnih ovlašćenja, izvornih ili poverenih, nezavisno od organa ili organizacija koji ih obavljaju. (Vukoičić 2020, 30–31).

Ipak, pozitivnopravni pojam uprave nalazi oslonac isključivo u pozitivnopravnim propisima, tako da bi definicija uprave bila nezavisna od stanovišta teorije i zavisila isključivo od slova ustava, zakona i podzakonskih akata. Takvo definisanje uprave moglo bi biti nepotpuno i trebalo bi ipak uzeti u obzir mišljenja teorije kako bi se dala sveobuhvatna definicija, koja zahteva kombinovanje elemenata funkcionalnog, organizacionog i pozitivnopravnog pojma uprava.

Stoga, na osnovu svih prethodno pomenutih shvatanja, može se reći da uprava obuhvata državne organe i organizacije, kao i druge organe i organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, a koji u skladu sa ustavnim i zakonskim propisima obavljaju upravnu delatnost putem koje se ustanovljavaju određena prava i nameću određene obaveze, a sve to radi uspostavljanja normalnog funkcionisanja društvenih tokova i ostvarenja javnog interesa.

## 6. NAUKA O UPRAVI I POJAM UPRAVE

Nauka o upravi je svakako u velikoj meri povezana sa pojmom uprave, tako da je neophodno odrediti i šta se pod njom podrazumeva. S obzirom da predmet svake pravne nauke čine pravni odnosi, može se reći da su predmet nauke o upravi upravnopravni odnosi koji proizilaze iz interpretacije i primene upravnopravnih propisa. Na taj način, kada se pođe od klasične podele nauka na normativne i empirijske, uključuje se da se nauka o upravi više svrstava u ove druge (Pusić 1989, 31), pre svega jer se njeni stavovi formiraju nakon ispitivanja rezultata primene propisa u praksi. Međutim, nauka o upravi ima i tri bitne dodirne tačke sa normativnim naukama, te se ne bi mogla svrstati isključivo u empirijske. Prvo, norme upravnog prava su od velikog značaja za formiranje stavova nauke o upravi, što znači da je i normativna komponenta u bitnoj meri vezana za njen razvoj, i ne može se zanemariti. Drugo, nauka o upravi predstavlja posredan izvor prava, budući da njeni stavovi mogu uticati na stvaranje upravnopravnih pravila od strane zakonodavca, ali i na upravu kada tumači i primenjuje takve pravne norme. Naposljetku, normativna komponenta prisutna je upravo kod tumačenja upravnopravnih normi i utvrđivanja njihovog značenja (naravno, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja), što predstavlja poslednju fazu pred njihovu primenu i zalazak u empirizam.

Svaka pravna norma proističe iz potrebe da se određeno društveno ponašanje reguliše društveno prihvatljivim pravilima. Ona je jedan od osnova svakog državnog poretka i pruža temelj za formiranje stavova pravne nauke i njen napredak, te se normativni element mora imati u vidu i kada se govori o nauci o upravi.



Kada je reč o upravno-pravnim odnosima koji proizilaze iz interpretacije i primene propisa kao predmetu nauke o upravi, misli se na odnose između ljudi u upravnim organima i organizacijama koje imaju javna ovlašćenja koja su vezana za upravne stvari, ali i na ponašanje tih organa i organizacija prema ljudima koji se javljaju kao stranke u upravnom postupku. Dalje, pod predmetom nauke o upravi se podrazumeva i sama delatnost upravnih organa koja se svodi na konkretizaciju pravnih propisa i njihovu adekvatnu primenu kako bi se rešile različite društvene situacije i na taj način doprinelo stabilnom funkcionisanju pravnog sistema jedne države. Nauka o upravi gleda na pravni propis kao na opis mogućeg ponašanja određenih ljudi u upravi ili prema njoj. Za nju je pravni propis dragocen izvor prognoza kako će buduće ponašanje određenih ljudi u određenim situacijama u upravi približno izgledati. U tom se pogledu nauka o upravi najviše posvećuje organizacionim propisima, koji su pravnoj nauci obično najmanje interesantni (Pusić 1989, 31–32).

Kako bi se jasnije razumeo pojam nauke o upravi, trebalo bi ga razgraničiti od drugih, uglavnom vanpravnih društvenih empirijskih disciplina. Pritom, treba napomenuti da je uprava bila predmet proučavanja vanpravnih naučnih disciplina mnogo pre pojave normi upravnog prava i nauke o upravi. Samim upravljanjem državom i značajem i ulogom uprave bavili su se još Platon, Aristotel, Makijaveli i mnogi drugi, dok se prva opširnija dela posvećena državnom upravljanju i uređenju uprave javljaju početkom XVIII veka (Milosavljević 2023, 69). Kada se radi o drugim društveno-empirijskim naukama i njihovom razlikovanju od nauke o upravi, osvrnućemo se na par takvih disciplina *exempli causa*. Tako se, na primer, sociologija definiše kao opšta nauka o društvu kojoj je cilj utvrđivanje i formulisanje najopštijih zakona koji obuhvataju sva područja društvenog života (Pusić, 33). Prema tome, sociologija se razlikuje od nauke o upravi, a i od drugih društveno-empirijskih disciplina, zbog njenog većeg stepena opštosti. Međutim, pojedini teoretičari objašnjavaju pozitivno pravo, u koje spada i upravno pravo, baš sa sociološkog aspekta. Još su Digi (*Duguit*) i Sel (*Selle*) isticali da je društvena solidarnost osnov pravnog sistema uopšte, dok se Orju (*Hauriou*) bavio proučavanjem stvarnog funkcionisanja uprave tako što je nastojao da analizom upravnih akata, upravnih sporova i odluka donetih u njima utvrdi pojam i stvarnu ulogu uprave, kao i njene odnose sa građanima (Sfez 1968, 182). Isti autor je napravio distinkciju između država sa formiranim upravnim režimom i onih kod kojih to nije slučaj, pri čemu je Francusku svrstavao u one prve, i to zbog postojanja dualizma sudske nadležnosti, odnosno odvojenosti upravnog i redovnog sudstva (Tomić 2020, 40).

Pojam uprave i instituti upravnog prava se svakako mogu proučavati iz ugla sociologije. Ipak, rezultati do kojih se dođe takvim istraživanjem mogu poslužiti samo kao osnova za nauku o upravi, ali i nauku upravnog prava, na kojima je da potom konkretizuju opšte zakone do kojih se došlo primenom sociološkog metoda. Slično

stanovište zastupa i psihosociološka škola, koja se razvila 1945. godine u SAD, i čiji je predvodnik Herbert Sajmon (*Herbert Simon*). Ova škola je smatrala tekovine sociologije i socijalne psihologije osnovom nauke o upravi, ističući da se mora početi od ponašanja pojedinaca i grupa koje čine upravu kako bi se objasnilo njeno stvarno funkcionisanje (Denković 2010, 65–67). Za sociološki prikaz društvene uloge uprave i njenog razvoja zalagao se i Đorđe Tasić, smatravši da Nauku o upravi treba izdvojiti kao posebnu naučnu disciplinu (Denković 2010, 280–281).

Sa druge strane, discipline društvenih nauka koje se odlikuju većim stepenom konkretnosti od sociologije se od nauke o upravi razlikuju po svom predmetu – ekonomija se bavi društvenim odnosima i pojavama u oblasti privrede, filologija u oblasti jezika itd.

Prema Pusiću, pod upravom tj. upravljanjem podrazumeva se kontinuirana delatnost povezivanja više ljudi u akciji na obavljanju nekih društvenih poslova (Pusić 1961, 4–9). Ovakvo shvatanje ima smisla, s obzirom da delatnost uprave treba da bude usmerena na zadovoljavanje društvenih potreba i omogućavanje funkcionisanja društvenih tokova. Prema stavu ovog pisca, nauka o upravi se bavi „detaljno ulogom upravnih organizacija u društvu i odnosom uprave prema predstavničkim i drugim političkim telima, kao i uticajem štampe, javnog mišljenja i političkih organizacija na upravu“ (Pusić 1989, 33). U ovome se ogleda povezanost nauke o upravi sa političkim naukama. Čini se da ovakvo postavljanje predmeta nauke o upravi previše zalazi u područje drugih, doduše srodnih nauka. Umesto toga, trebalo bi donekle izmeniti pomenuto shvatanje i pod predmet nauke o upravi podvesti izučavanje organizacije uprave, osnovnih načela na kojima se zasniva njeno delovanje, međusobnog odnosa članova uprave, uticaja uprave na društvene tokove i značaj uprave u celokupnom sistemu vlasti jedne države.

## 7. POJAM UPRAVE PREMA SHVATANJIMA POJEDINIH DOMAĆIH TEORETIČARA

Ovde ćemo pomenuti stavove nekoliko pravnih pisaca kojima je zajedničko da upravu određuju na materijalno-pozitivan način.

Najpre, Jovanović definiše upravu kao vlast koja primenjuje zakone, ali čiji je glavni cilj zadovoljenje državnih interesa. Osim toga, prema njemu, „u upravi je glavno da se izazove jedna izvesna radnja koja se, bilo prema zakonodavčevim uputstvima, bilo prema slobodnom shvatanju upravnih organa, ima smatrati kao najkorisnija za državu“ (Jovanović 1922, 247). Prvo, uočava se da je ovakvo postavljanje pojma uprave isuviše restriktivno, jer se govori samo o zadovoljenju *državnih*, a ne *javnih* interesa. Logično je da je neophodno da uprava radi ne samo u interesu

države, već i njenih građana, tako da je termin javni interes ovde znatno prikladniji. Drugo, na osnovu definicije uprave ovog pravnog pisca, diskrecionoj oceni se ostavlja široko polje primene i organ uprave može primeniti bilo zakon, bilo svoju slobodnu ocenu, ali je bitno da izabrani način odlučivanja bude onaj koji je za državu najkorisniji. Time se diskrecionoj oceni ne postavljaju odgovarajuće i jasne granice i ponovo se u prvom planu ističe ostvarenje državnih, a ne javnih interesa. Treće, ovaj pisac ne podvodi pod pojam uprave materijalne radnje pomoću kojih se izvršavaju upravni akti, već ističe da se uprava definiše „ne kao radnja u materijalnom smislu, već kao pravna radnja sračunata na to da izvestan materijalni rezultat načini pravno nužnim“ i u pojam uprave svrstava „samo one pravne akte – naredbe ili ugovore – kojima je izvestan tehnički posao ili izvesna materijalna radnja postala pravno nužna“ (Jovanović 1922, 253), što znači da upravne radnje ostaju izvan pojma uprave.

Tasić smatra da je uprava jedna od državnih vlasti koja izvršava zakone tako što ih primenjuje na konkretne slučajeve, ali ih izvršava i putem podzakonskih akata (Tasić 1941, 46–47). Slično je i stanovište Stefanovića, s tim da on, kao i Jovanović, ne svrstava materijalne akte izvršenja upravnih odluka u sam pojam uprave (Stefanović 1956, 12).

Sa druge strane, Lukićevim pojmom uprave obuhvaćene su upravne radnje. Kako on ističe, zakonodavstvo propisuje opšta i apstraktna pravila na osnovu kojih uprava propisuje pojedinačna i konkretna pravila i vrši materijalne radnje koje su tim pravilima predviđene (Lukić, Košutić 1988, 184). Ovakvo shvatanje jeste ekstenzivnije u odnosu na prethodno pomenuta, ali mu nedostaje određivanje cilja upravne delatnosti.

Dakle, svi prethodno pomenuti pisci polaze od toga da je uprava deo državne vlasti i da je njen glavni zadatak primena zakona na konkretne, individualne situacije. Pri tom, pitanje koje se postavlja jeste da li bi pod pojam uprave trebalo podvesti i upravne radnje. Smatramo da je odgovor na ovo pitanje potvrđan, ali samo kada je u pitanju materijalni pojam uprave određen na pozitivan način.

## 8. SAVREMENO SHVATANJE POJMA UPRAVE

Javna uprava danas sve više obavlja neautoritativne delatnosti, te je to dovelo do promene prirode odnosa javne uprave prema građanima, zbog čega se ona posmatra u velikoj meri kao servis građana (Milenković 2013, 42–57). Štaviše, pojam uprave u savremenom društvu ne može biti i nije predmet proučavanja samo pravnih nauka, kao ni isključivo političkih, organizacionih ili ekonomskih nauka. Sledstveno, za razumevanje modernog koncepta uprave neophodno je njeno multidisciplinarno proučavanje.

U savremenoj društvenoj teoriji, uprava se shvata kao složeni sistem ljudske saradnje koji je u neprestanoj komunikaciji i interakciji sa drugim sistemima. Ove teorije povezuju pojam uprave sa njenim obeležjima, od kojih su se pojedina naročito razvila pod uticajem savremenog doba. Na primer, razvoj informatičke tehnologije doveo je do toga da se uprava sve više povezuje sa komuniciranjem, pod kojim se podrazumeva i primanje i širenje informacija unutar i između različitih organizacija i sistema (Milenković 2019, 17–18). Razvoj elektronske uprave koja omogućava zainteresovanim licima da koriste usluge javne uprave umnogome je doprineo promeni razumevanja koncepta uprave i doveo do toga da ona dobije potpuno novu dimenziju, kao i da služi građanima na efikasniji način. Takođe, danas se pominju i druga obeležja uprave, poput ekoloških i feminističkih (Milovanović 2017, 71–90), dok se kao osobine zahvaljujući kojima se upravno pravo razlikuje od opšteg pravnog režima koji se primenjuje na odnose između građana i organa i organizacija izdvajaju autonomnost i originalnost. Pored toga, ističe se da su pravne norme koje se mogu primeniti na javnu upravu i dalje uglavnom javnopravne, ali da neke imaju i privatnopravni karakter (Houser, Donie, Droin 2015, 11).

Na prelazu u 21. vek, uprava je počela da obavlja nove zadatke koji proističu iz društveno-ekonomskog razvoja savremenih zemalja (Bieńkowska, Lipska-Sondecka, Kamińska-Nawrot 2020, 655). Sve veća globalizacija i tehnološka revolucija koja je prati doveli su do potrebe za promenama u fundamentalnoj funkciji uprave. Promene u njenom položaju i funkciji u sistemu javne vlasti proizašle su iz toga što su društva u razvoju imala potrebu za savremenim izvršnim mehanizmom koji bi bio prilagođen promenama koje su izazvane civilizacijskim i kulturnim razvojem (Bieńkowska, Lipska-Sondecka, Kamińska-Nawrot 2020, 658). Nove odgovornosti pokrenule su promene u organizaciji i radu organa uprave kako bi ih usmerili ka potrebama korisnika usluga. Prema rečima Gaja Pitersa (*Guy Peters*), američkog specijaliste za javnu upravu, reforma uprave se zasnivala na jednom od sledećih modela: tržišnom, participativnom, fleksibilnom ili deregulatornom modelu. Svaki od njih je imao za cilj poboljšanje kvaliteta usluga koje uprava pruža (Bieńkowska, Lipska-Sondecka, Kamińska-Nawrot 2020, 655).

Za savremene države je naročito značajan način na koji su njihovi organi uprave organizovani i kako postupaju, budući da uprava ne samo da obavlja poslove koji spadaju u redovnu listu njenih funkcija, već takođe rešava i probleme nastale usled sve veće globalizacije i evropeizacije. Ona jeste i biće odgovorna za generisanje civilizacijskog i kulturnog razvoja, kao i za oblikovanje društvenog poretka (Bieńkowska, Lipska-Sondecka, Kamińska-Nawrot 2020, 655–656).

U modernim demokratskim državama uprava je odgovorna za upravljanje životom u zajednici. Što je uprava bolje organizovana, to je ona sposobnija da efikasno zadovolji potrebe građana i služi im na odgovarajući način. Uz to, pravo na

dobru upravu postalo je važna referentna tačka u smislu modernizacije izvršnog aparata države, ali i drugih subjekata uključenih u upravljanje. Takođe, treba istaći i da vladavina prava, pravo na pravično suđenje i pristup informacijama igraju glavnu ulogu u oblikovanju sistema uprave u mnogim evropskim zemljama (Bieńkowska, Lipska-Sondecka, Kamińska-Nawrot 2020, 657).

## 9. OSNOVNA NAČELA I NJIHOVA ULOGA U ODREĐIVANJU POJMA UPRAVE

Uspostavljanje korelacije između pojma uprave i određenih osnovnih principa značajno je pre svega jer se iz načela mogu izvesti pojedine elementarne osobine dobre uprave, a ona su važna i za određivanje smernica kojih se uprava mora pridržavati kako bi svoju delatnost obavljala kvalitetno i u skladu sa javnim interesom. Prema tome, analiza konkretnih načela i njihovo dovođenje u vezu sa pojmom uprave treba da doprinese utvrđivanju konstitutivnih obeležja dobre uprave, načina putem kojih će ona svoje funkcije vršiti uspešno i skladno, kao i ciljeva koji se takvim delanjem uprave nastoje postići. Izuzev toga, načela mogu biti pouzdani orijentir prilikom popunjavanja pravnih praznina i samim tim poslužiti dopuni pozitivno-pravnog određenja uprave ukoliko je to neophodno kako bi se uprava definisala nedvosmisleno i precizno.

### 9.1. Načelo zakonitosti i načelo objektivnosti

Princip zakonitosti se u kontekstu upravnog prava prvenstveno odnosi „na bilo koju intervenciju javnih vlasti, koja je zasnovana na pravu, kako bi se sprečilo nježno arbitrarno postupanje“ (Milovanović, Krstić 2021, 11). Zakonitost odlučivanja uprave povezana je sa transparentnošću i objektivnošću. Veza između zakonitosti i transparentnosti se ogleda u tome što zakoni moraju biti jasni, precizni i dostupni javnosti. Međutim, mnogi zakoni sadrže široko formulisane termine, tako da je praksi ostavljeno da ih protumači, pri čemu se mora voditi računa o okolnostima konkretnog slučaja kako bi zakon bio primenjen na celishodan način i kako pravo na vršenje diskrecione ocene ne bi bilo zloupotrebjeno. Prema tome, postavlja se pitanje kako će uprava postupiti u skladu sa načelom zakonitosti kada zakon treba primeniti na konkretnu situaciju, a odgovarajuće zakonske odredbe se služe širokim formulacijama, koje samo praksa može konkretizovati. U takvim slučajevima, prilikom odlučivanja treba najviše voditi računa o celishodnosti i javnom interesu.

Organ koji odlučuje bi trebalo široko da tumači načelo zakonitosti, jer on mora imati u vidu i generalne i posebne zakone kojima se uređuju pitanja od značaja

za konkretnu upravnu stvar. Mnogi generalni zakoni koji regulišu upravnopravnu materiju ostavljaju u nekim članovima prostor posebnim zakonima da, ili odstupe od rešenja predviđenih generalnim zakonom, ili da određena rešenja u potpunosti samostalno propišu.

Zakonitost rada uprave znači i da odluka treba da bude u saglasnosti sa ustavom i pravilima međunarodnog prava koja predstavljaju sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka, pa je i usklađenost u bitnom delu vezana za zakonitost.

Načelo zakonitosti ima značajnu ulogu i kod upravnih radnji. Imajući u vidu da se njihovim preduzimanjem može zadirati u određena ljudska prava (pravo na poštovanje privatnog života, pravo na mirno uživanje imovine, pravo na ličnu bezbednost, itd.) neophodno je da se upravne radnje vrše isključivo na osnovu zakona i u zakonom propisanom postupku (Milosavljević 2023, 259). Upravne radnje predstavljaju materijalni akt uprave bez kojeg zakon kao njegova formalna strana ne bi imao smisao i ne bi mogao biti konkretizovan. U pitanju su radnje koje daju pravu krajnji legitimitet i deo su procesa izvršenja pravnih propisa, a oni koji ih preduzimaju treba da vode računa ne samo o slovu, već i o duhu zakona. Iako one nisu pravni, nego materijalni akti, upravne radnje su od višestrukog pravnog značaja jer utiču na prava, obaveze i pravne interese. Zbog toga je važno da uprava prilagodi sadržinu upravnog akta konkretnom obliku upravne radnje, naročito ako su veliki izgledi da će radi njenog preduzimanja biti potrebno primeniti prinudu. Dalje, upravne radnje se vrše kako bi se postigla zakonom tačno određena svrha i u tome se sastoji jedan od elemenata sadržinskog vida zakonitosti ovih radnji. Ukoliko se radnja preduzima radi ostvarenja svrhe koja nije predviđena, ili one svrhe koja je predviđena, ali nije dopuštena, samim tim se ne postupa u skladu sa načelom zakonitosti i zloupotrebljava se ovlašćenje na preduzimanje upravnih radnji. Načelo zakonitosti će biti povređeno i ako se ne preduzima zakonom tačno određena radnja, već neka druga, kao i kada upravne radnje preduzimaju organi koji za njihovo vršenje nisu nadležni, ili ih nadležni organi preduzimaju u postupku i/ili na način koji nije propisan zakonom. Ono što je još značajno jeste da se, po prirodi stvari, kod preduzimanja upravnih radnji može javiti diskrecionarnost (Tomić 2021, 244). U takvoj situaciji, naročito treba uzeti u obzir zakonsku svrhu koju treba ostvariti s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja i voditi računa da se diskreciona ocena vrši u skladu sa tom svrhom kako se ne bi povredilo načelo zakonitosti.

Najzad, kod zakonitog rada uprave, vrlo je značajna i uloga države, jer ona mora obezbediti resurse upravnim organima kako bi oni mogli da ispunjavaju svoje zakonske obaveze, ili im bar poveriti ovlašćenja na osnovu kojih će moći te resurse samostalno da pribave (Milovanović, Krstić 2021, 11).

Javne vlasti su dužne da osiguraju da njihovi službenici izvršavaju svoje obaveze nepristrasno. Veoma je važno da službenici uprave ostave svoja lična uverenja

i interese po strani prilikom odlučivanja, što je ključno za pravnu sigurnost, ali i za javni interes i usklađeno funkcionisanje uprave. Objektivnost posebno treba da dođe do izražaja kod diskrecione ocene, kao jednog od najosetljivijih pitanja upravnog prava.

Na osnovu svega navedenog, može se zaključiti da se rešavanje u upravnim stvarima ne sme pretvoriti u arbitrarnost i ostvarivanje privatnog interesa kroz prividno zalaganje za javni interes. Osim toga, potrebno je da se prilikom primene šire i neprecizno formulisanih odredaba zakona na konkretan slučaj naročito pazi na to koje bi rešenje, imajući u vidu date okolnosti, bilo celishodno. Kako bi ispunila ove zadatke, preduslov je da uprava funkcionise stabilno i usklađeno, i da poseduje neophodne resurse za vršenje svoje delatnosti, koje će joj, neposrednim ili posrednim putem, obezbediti država.

## 9.2. Načelo autoritativnosti i načelo pravne sigurnosti

Pod autoritativnošću se podrazumeva nametanje pravila ponašanja putem jednostranih akata upravne vlasti subjektima na koje se ti akti odnose (Milosavljević 2023, 241). Kod upravnog postupka koji se pokreće po službenoj dužnosti, autoritativnost uprave je izražena već na samom početku pravnog procesa donošenja upravnog akta jer se upravni postupak pokreće radnjom nadležnog organa (službenom radnjom). Adresatu upravnog akta je moguće nametnuti neku obavezu i protiv njegove volje, a autoritativnost je nesumnjiva i prilikom izvršenja upravnog akta, ako je u pitanju prinudno izvršenje (Tomić 2021, 209). Iako je autoritativnost pre svega jedno od ključnih obeležja upravnih akata, ona je isto tako važno obeležje uprave i povezana je sa njenim pojmom, imajući u vidu da je ona potreban uslov za kvalitetan rad uprave. Naime, u javnom interesu je da volja adresata ne bude prepreka za donošenje i pravno postojanje upravnog akta, budući da bi to bilo u suprotnosti sa vladavinom prava i da bi se onda, pravljenjem ustupaka strankama kroz dozvoljavanje da utiču na donošenje akta ili njegovu sadržinu, u potpunosti narušio autoritet uprave i onemogućilo efikasno i dosledno sprovođenje zakona. Uz to, za autoritativnost je beznačajno da li konkretan upravni akt pruža neke pogodnosti adresatu ili je teretan (Tomić 2021, 210). Ovaj pojam treba shvatiti kao jednu od osnovnih karakteristika uprave jer je on povezan upravo sa njenom glavnom delatnošću tj. sa primenom zakona na konkretne slučajeve. O pravnoj državi, postojanju pravne sigurnosti i nepotrebnosti česte primene prinude radi izvršavanja upravnih akata može se govoriti samo ukoliko postoji i poštuje se autoritet uprave.

Pravna sigurnost je od suštinskog značaja za poverenje javnosti u upravu, ali i u ceo pravosudni sistem, kao i za vladavinu prava. Mogu se izdvojiti pravna sigurnost u formalnom i materijalnom, faktičkom smislu. Pod pravnom sigurnošću u formal-

nom smislu podrazumeva se da zakon mora biti jasan, precizan i predvidiv kako bi pojedinci shvatili šta javne vlasti očekuju od njih i znali šta oni mogu očekivati od javnih vlasti. Pravna sigurnost u faktičkom smislu odnosi se na način primene zakona od strane upravnih i uopšte, javnih organa koji moraju biti dosledni u njihovoj primeni. U interesu pravne sigurnosti je, pre svega, da se ne praktikuje često poništavanje upravnih odluka, a posebno da se time ne ugrožavaju stečena prava pojedinaca (Milovanović, Krstić 2021, 24–25). Ukoliko uprava nije dosledna u vršenju svoje delatnosti pravna sigurnost je manja i gubi se poverenje u upravu, tako da dolazi do narušavanja njenog autoriteta. Prema tome, ako nema pravne sigurnosti, ne može se govoriti o autoritativnosti uprave, koja je jedno od konstitutivnih obeležja dobre uprave, što znači da se značaj pravne sigurnosti za sam pojam uprave ogleda i u njenoj vezi sa principom autoritativnosti.

### 9.3. Transparentnost, javni interes i zaštita privatnih podataka

Transparentnost predstavlja javni uvid u rad organa državne uprave. Potrebno je da se građanima omogući kontrola rada javne uprave, kao i dostupnost instrumenata za praćenje postupka putem kojeg se odluke donose (Milovanović, Krstić 2021, 31). Rad uprave treba da bude transparentan, pre svega kako bi javnost imala priliku da se upozna sa načinom na koji ona deluje i odlučuje, ali transparentnost je takođe važna jer podstiče učešće javnosti, koje može biti veoma značajno. Takav je, na primer, slučaj sa upravnim postupcima u ekološkim stvarima, kada se zainteresovana javnost ili zastupnici kolektivnih i širih interesa javnosti pojavljuju kao stranka u postupku. Tada učešće zainteresovane javnosti može dovesti do kvalitetnije odluke, ali preduslov za to jeste, pre svega, da zainteresovana javnost bude obavještena o čemu se donosi odluka, kao i o organu javne vlasti koji je nadležan da vodi upravni postupak, čime se upravo postiže transparentnost (videti, na primer, Drenovak-Ivanović 2021). Kako bi se za neki režim moglo reći da je zaista demokratski, neophodno je i da postoji mogućnost da javnost pristupi informacijama koje su od značaja za javni život. Naravno, pristup tim informacijama se mora ograničiti u meri u kojoj je to potrebno kako bi se zaštitilo pravo na privatnost.

Stoga, iz navedenog proizilazi da je transparentnost rada uprave itekako povezana sa ostvarenjem javnog interesa i da je, samim tim, vrlo značajna za pojam uprave.

Sa transparentnošću je usko povezana i zaštita privatnih podataka, kao nužno ograničenje pristupa određenim informacijama jer bi uvid u njih značio kršenje prava na privatnost pojedinca. Na taj način, iz opravdanih razloga, javni interes se povlači pred privatnim, s obzirom da se u suprotnom ne bi moglo ostvariti jedno od važnih i međunarodno priznatih ljudskih prava, koje je u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima sadržano u članu 8 pod nazivom „pravo na poštovanje privatnog



i porodičnog života“. Pored toga, delatnost svake dobre uprave treba da bude orijentisana, između ostalog, i ka preduzimanju različitih bezbednosnih mera radi zaštite podataka o ličnosti od rizika poput uništavanja, gubitka, otkrivanja, kao i slučajnog ili neovlašćenog pristupa (Milovanović, Krstić 2021, 36).

Posmatrano iz ugla prethodno navedenih pojmova uprava bi se mogla definisati kao skup organa i organizacija koji svojim transparentnim radom treba da teže ostvarenju javnog interesa, ali sve to uz poštovanje prava na poštovanje privatnog života i preduzimanje odgovarajućih mera radi zaštite privatnih podataka.

## 10. ZAKLJUČAK

Uprava definitivno predstavlja jedan od stubova pravne države i vrlo je važna za njeno funkcionisanje. Mnoge potrebe države i društva zadovoljavaju se baš putem uprave, te su njena organizacija i delotvornost veoma bitni, pogotovo u današnje vreme u kome je uprava počela da obavlja nove zadatke koji proističu iz društveno-ekonomskog razvoja savremenih zemalja. Takođe, uprava treba da deluje prevashodno u javnom interesu i to je pojam na koji naročito treba obratiti pažnju kada se sastavljaju upravni propisi, kao i kada se donose upravni akti. Osim ovoga, osnovne karakteristike dobre uprave treba da budu kvalitetna organizaciona struktura, međusobna saradnja kadrova različitih struka, stabilnost, dinamičnost, usklađenost, autoritativnost i delotvornost. Istovremeno, mora se voditi računa i o drugim osnovnim načelima na kojima treba da se temelji rad uprave, a čije poštovanje je od ključnog značaja kako bi se obezbedilo efikasno, zakonito i pravedno delovanje nezavisne uprave u demokratskom društvu. Samo tako će uprava moći da ostvari ciljeve radi kojih postoji i funkcioniše, kao i da predstavlja jedan od najvažnijih stubova vladavine prava i pravne države.

## LITERATURA

1. Bieńkowska Daria, Agnieszka Lipska-Sondecka, Aneta Kamińska-Nawrot. 1/2020. The Right of the Individual to Good Administration in the Context of the Concept of Sustainable Development: Legal Issues. *European Research Studies Journal* 23: 651–659.
2. Denković, Dragaš Đ. 2010. *Dobra uprava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
3. Digi, Leon. 1998. *Preobražaji javnog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
4. Drenovak-Ivanović, Mirjana. 2021. *Pravni položaj zastupnika kolektivnih i širih interesa javnosti u zaštiti životne sredine*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

5. Houser, Matthieu, Virginie Donier, Nathalie Droin. 2015. *Le droit administratif aux concours*. Paris: Enrick B. Éditions.
6. Jovanović, Slobodan. 1922. *O državi: osnovi jedne pravne teorije*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
7. Lukić, Radomir. 3–4/1963. Opšti upravni akti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 11: 305–316.
8. Lukić, Radomir, Budimir Košutić. 1988. *Uvod u pravo*. 8. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
9. Лунев, А. Е. 1968. *Роль права в управлении*. Москва: Советского государства и право.
10. Marković, Ratko. 1980. *Izvršna vlast*. Beograd: Savremena administracija.
11. Milenković, Dejan. 2013. *Javna uprava: odabrane teme*. Beograd: Fakultet političkih nauka u Beogradu, Čigoja štampa.
12. Milenković, Dejan. 2019. *Savremene teorije i moderna uprava*. Beograd: Fakultet političkih nauka u Beogradu, Čigoja štampa.
13. Milkov, Dragan. 2019. *Upravno pravo III*. 8. izdanje. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet.
14. Milosavljević, Bogoljub. 2023. *Upravno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Javno preduzeće Službeni glasnik.
15. Milovanović, Jovana 1/2017. Ekološki i feministički pristupi javnoj upravi. *Administracija i javne politike* 3: 71–90.
16. Milovanović, Dobrosav, Ivana Krstić. 2021. *Standardi Evropskog suda za ljudska prava od značaja za Upravni sud*. Beograd: Upravni sud, Pravosudna akademija.
17. Pusić, Eugen. 1961. *Uprava, Knjiga 1*. Zagreb: Školska knjiga.
18. Pusić, Eugen. 1989. *Nauka o upravi*. Zagreb: Narodne novine.
19. Sfez, Lucien. 1966. *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
20. Stefanović, Jovan. 1956. *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno II*. Zagreb: Školska knjiga.
21. Stjepanović, Nikola, Stevan Lilić. 1991. *Upravno pravo*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
22. Tasić, Đorđe. 1941. *Uvod u pravne nauke*. 3. izdanje. Beograd: Štamparija „Privrednik“.
23. Tomić, Zoran R. 3/2020. Upravnoppravna grana: začeci jedne nove postavke. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68: 36–52.
24. Tomić, Zoran R. 2021. *Opšte upravno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
25. Vukoičić, Andrea Z. 2020. *Reforma i modernizacija javne uprave u Srbiji sa posebnim osvrtom na standarde dobre uprave* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

## SIMPOZIJUM O KNJIZI / BOOK SYMPOSIUM

Bojan Spaić, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*

## Ograničenje pravnog realizma

Aleš Novak

Univerzitet u Ljubljani – Pravni fakultet

UDK: 340.15



0009-0008-3273-6916

### Referenca

Novak, Aleš. 2/2024. Legal Realism Bound. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 90–113

DOI: 10.51204/IVRS\_24202A

### Ključne reči

- Formalizam
- Tumačenje prava
- Pravni realizam
- Neodređenost
- Pravno pravilo
- Odrednice sudskog tumačenja prava

### Autor za korespondenciju

Aleš Novak,

[ales.novak@pf.uni-lj.si](mailto:ales.novak@pf.uni-lj.si)

Članak se bavi provokativnom knjigom Bojana Spaića pod naslovom „Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava“. Izražavajući saglasnost sa sveukupnim opovrgavanjem formalizma kao teorije sudijskog odlučivanja, kritički osvrt u radu osporava Spaićeve ekstremnu verziju pravnog skepticizma. Dok su jezičke formulacije pravnih normi nesumnjivo neodređene, ta neodređenost nije toliko prožimajuća kako to Spaić tvrdi. Izvestan stepen određenosti, međutim, ubedljivije objašnjava interpretativnu uniformnost koju Spaić pokušava da objasni oslanjajući se na determinante sudijskog tumačenja prava. Iako ovi faktori mogu donekle baciti svetlo na stvarni proces donošenja presuda, kritika izražava sumnju da li oni mogu garantovati uniformnost do stepena koji tvrdi Spaić.

## Legal Realism Bound

Aleš Novak

University of Ljubljana – Law Faculty

UDK: 340.15



0009-0008-3273-6916

### Cite this article

Novak, Aleš. 2/2024. Legal Realism Bound. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 90–113

DOI: 10.51204/IVRS\_24202A

### Keywords

- Formalism
- Interpretation of law
- Legal realism
- Indeterminacy
- Legal rule
- Determinants of judicial interpretation of law

### Author for correspondence

Aleš Novak,

[ales.novak@pf.uni-lj.si](mailto:ales.novak@pf.uni-lj.si)

*The article engages with a rich and provocative book by Bojan Spaić titled *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. While expressing agreement with the overall refutation of formalism as a theory of judicial decision-making, the critique challenges Spaić's extreme version of legal scepticism. While linguistic formulations of legal norms are undoubtedly indeterminate, this indeterminacy is not as pervasive as Spaić contends. A degree of determinacy, however, explains more convincingly the interpretive uniformity that Spaić tries to explain by relying on determinants of judicial interpretation of law. While these factors may throw some light on the actual process of adjudication, the critique expresses doubts as to whether they can guarantee uniformity to the degree that Spaić asserts.*

## 1. INTERPRETATION AND CERTAINTY

Interpretation of law has come to be regarded as the central topic of modern jurisprudence. With its ability to connect the drearier world of theoretical ruminations with the vibrant practice of law, the topic of interpretation holds out a tempting promise to make jurisprudence relevant to the practicing lawyer. It may be true, as Barberis has observed, that in the history of philosophy of law, the problem of interpretation may have been the last to surface, but it has managed to absorb all the other problems (Barberis 2008, 209).<sup>1</sup> Dworkin might have been right, after all, in his observation that everything in law is interpretation.<sup>2</sup> On the other hand, in the mundane world outside the realm of jurisprudence, a parallel process has taken place. Judicial decision-making has become the focus of our civic attention, as practically every important political or even philosophical question will ultimately be decided before a court. While the jurisprudence revels in esoteric intricacies of interpretation, there is a keenly felt need by the general public to understand the mysterious process that determines their lives.

The wonderfully rich book by Bojan Spaić, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, tries to straddle both worlds and present a coherent and compelling argument how interpretation in law can be better understood. This is an important and valuable endeavour. There is much in this book that I am in complete agreement with, but the craft of writing critical comments like this demands me to locate possible flaws and disagreements I might have with the author. As I reluctantly embark on this journey, I only wish the reader will recognise that my comments are made in the spirit of fostering discussion and deeper insight into the topic which is so provocatively been addressed in Spaić's book. I would hate to resemble those torches, which shine, as Seneca remarked in one of his epistles, not so much to brighten the darkness, but to make themselves seen (Seneca Ep. 57 1925, 383; the English translation is not completely accurate).

Two themes dominate Spaić's book. The first is legal formalism and its emphatic refutation. The other is his articulation of "determinants of judicial interpretations of law" (*determinante sudijskog tumačenja prava*), factors which can help us understand the interpretive uniformity despite a particular flavour of anti-formalism which Spaić embraces. Let me address the first theme first, not only because it is the more elaborated one but because the entire discussion of the second can only be understood in light of the first.

---

1 "Nella storia della filosofia del diritto, il problema dell'interpretazione viene per ultimo, ma tende di assorbire tutti gli altri".

2 "[...] legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes, but generally" (Dworkin 1982, 527).

Jurisprudential problems are sometimes just a reflection of broader philosophical puzzles. Greek philosopher Democritus believed that a universe is composed of atoms, moving in a linear and thus completely predetermined manner. This outlook obliged him to a completely deterministic understanding. There is and cannot be free will, because everything is pre-determined. In a much more modest way, formalism (as a theory of decision-making<sup>3</sup>) espouses similar position. Once we have legal rules, the decision-making of a judge is restrained to a point of him or her being transformed into “the mouth that pronounces the words of the law”, as the infamous Montesquieu’s dictum goes (XI, 6, 2001, 180). So is this representation believable? Is the judicial decision-making predetermined by rules or do judges have at least a modicum of discretion? If they enjoy a realm of freedom, is this domain of discretion (legally) unbounded? And if it is not, what constitutes the confines that judges are obliged (or obligated) to respect? Spaić’s book lays before us a cogent argument disproving any idea that legal decision-making can be predetermined. But he goes a step further and argues for what is in essence a legal realist position heavily emphasizing the (linguistic) indeterminacy of law. Finally, in a cathartic twist, he identifies certain determinants that nevertheless reign in the looming possibility of an unbounded judicial discretion. We end up with a vision of judicial decision-making that is not predetermined but possesses the same virtue of predictability that is commonly attributed to formalism. Legal realism, for sure, but a bounded one.

## 2. THE MANY VICES AND SOME VIRTUES OF FORMALISM

### 2.1. Formalism – (Yet Another) Tentative Outline

Let me begin with the first of the question implicitly posed in Spaić’s book: is the judicial decision-making predetermined? Legal formalism would have us believe it is. This view of adjudication unsurprisingly finds itself in the crosshairs of Spaić’s book. I will take its central tenets of formalism to be the following three assumptions:<sup>4</sup> legal reasoning is (i) *deductive*, (ii) based on *clearly definable legal norms* and (iii) capable of yielding *a single correct answer* to any legal problem. Legal formalism understands

---

3 See e.g. Pildes (1999, 609–619) for different understandings of formalism (even) within jurisprudence.

4 Being keenly aware that the last thing the world of legal philosophy needs is yet another attempt at a definition of legal formalism, I nevertheless venture on this perilous path in order to make a point further on. I therefore ask the reader for a bit of indulgence. Spaić defines legal formalism somewhat differently; see Spaić (2020, 89–90).

legal reasoning as a sort of logical operation that proceeds in a strictly rational fashion, untainted (or unhampered) by non-rational considerations. It is guided solely by legal considerations, entailed in norms. These norms are capable of being articulated, although not necessarily in the form of legal rules. The experience of *Begriffsjurisprudenz*<sup>5</sup> or, for that matter, Christopher Columbus Langdell's (1871, vi-vii; Beal 1916, 135–136)<sup>6</sup> legal formalism makes it clear, that the directives leading the interpreter to a legal decision can also take the form of legal principles or legal concepts. And, finally, Dworkin's one-right-answer thesis clearly articulated<sup>7</sup> what was up to that point only implied in the formalist thought of the yesteryear. Savigny's comparison of legal reasoning to solving of a geometrical problem Savigny (1814, 22) or Puchta's talk of calculating with legal concepts as a proper way to reach a legal decision implied there is one correct solution but never quite articulated this insight.

These formalist articles of faith entail certain corollaries that are equally important. (i) Judicial reasoning and, in the same vein, law, is *autonomous*. By having to rely solely on *legal* norms, the law is protected from the unwarranted extraneous influences. (ii) Every judge must decide the controversy before him or her *in the same way*. As there are many different ways to get the decision in a legal case wrong, there is only one way to get it right. The formalist views different opinions on legal matters to be (at best) *bona fide* mistakes. Honest and rational judges are bound to reach the same conclusions thus making the maxim of treating like cases alike a reality. (iii) By combining deductive reasoning and its indisputable starting point of legal norms, we acquire a reliable method of distinguishing wrong decisions from the right ones. (iv) Thus, establishing an almost complete predictability of legal decision-making and (v) ensuring that the reasoning in the judgment is a perfect reflection of the judge's mental process in arriving at the decision.

This description of judicial decision-making is highly improbable. So improbable, in fact, that we would have trouble finding a legal philosopher who would subscribe to these tenets. Now, devising a straw man, or, to be politically correct, a straw person, is a time honoured tradition from Plato (remember Callicles?) to Dworkin (remember Judge Herbert?). It is a device to highlight differences and emphasize subtle distinctions that might be important. But as far as I can tell, there is no legal philosopher of repute<sup>8</sup> who would simultaneously hold all three central

5 For a succinct overview see Wieacker (1996, 430–458) and Krawietz (1976, 1–11). Wieacker is speaking there of *rechtswissenschaftliches Positivismus* but he is largely describing the outlines of *Begriffsjurisprudenz*.

6 For a (caricature) of such approach to adjudication see Pound (1908, 605).

7 For the first time in his article *Judicial Discretion* (1963, 624–638).

8 Tamanaha (2010, 59) observes that at the turn of nineteenth century no one described himself as a formalist. Lyons (5/1980, 950) makes essentially the same point. Labels such as legal formalism or *Begriffsjurisprudenz* were coined latter as terms of abuse or derision.



tenets of formalism at once.<sup>9</sup> Savigny and Puchta subscribed to proposition (i) and perhaps implicitly endorsed proposition (iii) but would object to proposition (ii). The same can be said for Langdell and Beal,<sup>10</sup> but their reliance on principles makes their acquiescence to proposition (ii) highly unlikely. Dworkin famously subscribes to proposition (iii) but can hardly be accused of accepting propositions (i) and (ii).

I would almost be tempted to dismiss formalism out of hand, had it not been for giant strides towards application of artificial intelligence in the legal domain. To claim that *a judge* always reasons in a completely logical fashion and relies solely on legal norms is a supremely doubtful contention. To assert that *a computer programme* reaches conclusions that are predetermined by the algorithm, which can be based on syllogistic logic, and uses only linguistically clearly defined propositions (however mistaken or debateable such determinations might be) is a truism. If such sad state of affairs will ever materialise and a computer programme effectively takes the place of a judge,<sup>11</sup> anti-formalist legal philosophy can find itself in an unhappy position having to choose between apparent irrelevance and patent falsity. If it decides to ignore judgements rendered by computer programme the anti-formalist might soon be able to explain an ever-shrinking portion of the actual decision-making. If it decides to espouse an anti-formalist creed, it would quite plainly be mistaken in his or her analysis.

But, as I can only hope, we will avoid the nightmare of such an automated judicial decision-making, the formalist creed does not seem particularly convincing. So why bother?

## 2.2. The Guilty Pleasure of Formalism

There is (at least) one reason why this preoccupation with formalism is not completely misguided. Time and time again echoes of formalist themes reverberate not so much through jurisprudential literature but through judicial opinions and extrajudicial writings of judges and shape the popular perception of adjudication. This predilection for formalism can be explained by the confluence of two factors. The first is the doctrine of a separation of powers, which is fundamental to most

---

9 Jeremy Waldron claims that “it is even difficult to state [...] formalist doctrine coherently” and remarks that may be why “no legal philosopher ever held it” (Waldron 1994, 509).

10 See fn. 8.

11 A few years ago, Estonia announced the introduction of an artificial intelligence software to hear and decide on small claims disputes (below €7,000); see Park (2022). There have also been reports from China that Pudong People’s Procuratorate has created an artificial intelligence “judge” that helps prosecutors in their decisions. The more sceptical among us will be bemused by the assertion on the Hindustan Web Hub that this machine gives “97 percent correct decisions” (Tara 2021). More troubling is the undertone of supreme confidence in this programmes that might foreshadow low degree of scepticism about its more widespread use in adjudication.

modern political systems. Following Montesquieu's interpretation there are three distinct state functions, the legislative, executive and judicial function. They should not only be separated, but also vested in three distinct bodies. This *trias politica* is predicated on the assumption that none of the powers should encroach in the sphere of another. Montesquieu paints a bleak picture of what such an intrusion might foreshadow for the cause of freedom:

When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.

Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression (Montesquieu XI, 6, 2001, 173).

Separation of powers is not only a vestige of enlightenment political theory; it is a vibrant part of modern political theory and practice. This principle has found its way into most of today's constitutions and today informs the functioning of the vast majority of contemporary political systems. We would have a hard time finding a constitution or discovering a political system that does not proclaim to be founded on this very precept. The modern understanding of this principle is still predicated on the belief that only a rather strict adherence to the delimitation of the spheres of different branches of government can fulfil the promise of a liberal political order. It is therefore not at all surprising that formalist or formalist-ish themes keep turning up. What is a bit more surprising is that this formalist (or formalist-ish) narrative is often rather uncritically echoed in judicial opinions past and present.<sup>12</sup> This, shall we call it *tactical formalism*, offers the courts a convenient cover to disguise its law-

---

12 Lord Esher's pronouncement in *Willis & Co v Baddeley* [1892] 2 QB 324, 326 is a pre-eminent historic example of such a stance: "This is not a case, as has been suggested, of what is sometimes called judge-made law. There is, in fact, no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law, though they frequently have to apply existing law to circumstances as to which it has not been authoritatively laid down that such law is applicable". But even as late as 2019 the UK Supreme court observed that "[...] the boundaries of a prerogative power relating to the operation of Parliament are likely to be illuminated, and indeed *determined*, by the *fundamental principles of our constitutional law*" (*R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, para. 38 (emphasis added)). Such an attitude is even more pronounced in some other common law jurisdiction. See, for example, *Vemareddy Kumaraswamy Reddy v. State Of A.P* (2006) 2 SCC 670, p. 675, para 15, where the Indian supreme court boldly stated: "The judges should not proclaim that they are playing the role of a lawmaker merely for an exhibition of judicial valour. They have to remember that there is a line though thin which separates adjudication from legislation. That line should not be crossed or erased."

making activity.<sup>13</sup> Why should that be necessary? Dworkin's initial attack on judicial discretion certainly strikes a chord. Given the democratic nature of modern political system, we would be hard pressed to convincingly explain (in this particular framework) why it falls to a judge to formulate a duty not previously imposed or why he or she may do so retroactively (Dworkin 1963, 638; 2001, 84–86). The rejection of formalism does create some tensions in the common understanding of the law. It was more than a hundred year ago that a German legal philosopher, Gustav Radbruch, astutely observed that the three cardinal propositions put forward by the legal formalism's guise of the day, *Begriffsjurisprudenz*, must necessarily exist simultaneously (Radbruch 1906, 358–364). These propositions were the principle of the separation of powers, the belief that the law is complete and the belief that the judge cannot decline to decide a case because there are no applicable rules.<sup>14</sup> Radbruch plainly showed that all three propositions can only function in unison. You cannot retreat only from one of them. So, for example, abandoning the proposition that the law is complete (and claiming that judges create law) also entails abandoning the principle of a separation of powers. It is this predicament that helps us better understand the rhetoric of legal formalism. And it is largely rhetoric, for even judges who coach their opinions in vaguely formalist terms, sometimes confess to creating law when speaking or writing extrajudicially.<sup>15</sup> So is this a misapprehension or a white lie? I would argue it is neither. For in this guilty pleasure of formalism lies a kernel of truth, which is intimately connected to the significance of rules for any societal endeavour.

### 2.3. In Defense of (the Relative Determinacy of) Rules

The sound core appeal of formalism resides in the recognition of the value that rule-following entails for any ordered society. The idea that society should be governed by laws and not by individual whims has its enduring appeal. But rules have other virtues as well.

The value of rules, as John Stuart Mill has taught us a while ago in his *System of Logic* (VI, 12, 3) is (at least) twofold:

By a wise practitioner, therefore, rules of conduct will only be considered as provisional. Being made for the most numerous cases, or for those

---

13 Wade rather insightfully attributes this to judicial abhorrence of responsibility. See Wade (1941, 195).

14 A court's refusal to decide a case because of the absence of controlling law is known in international law as *non liquet*. This rejection of jurisdiction was expressly prohibited in most domestic legal systems, most notably in the Art. 4 of the French *Code civil* which reads in the original: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

15 See, for example, Reid (1972, 22) and Mason (1996, 1–2 *et passim*).

of most ordinary occurrence, they point out the manner in which it will be least perilous to act, where time or means do not exist for analysing the actual circumstances of the case, or where we can not trust our judgment in estimating them.

The existence of rules allows us to save time and energy that we would need to spend in order to make a decision in every particular case, even then when the situations we encounter are sufficiently similar. Having a rule enables us to rely on decision made in advance as the working hypothesis what is the best way to act. Rules are *time and energy saving devices*.<sup>16</sup> The other advantage of this device is the fact that we are not forced to make decisions when circumstances inhibit optimal decision-making process. Having the possibility to formulate a template for action in advance enables us to come up with the closest approximation of the best course of action. Rules allow us to formulate decisions that are superior to those we would have formulated having no time to consider the whole range of possible courses of action. Rules are also *decision optimisation devices*.

I would point out two additional benefits of *legal* rules (without any illusion<sup>17</sup> that the list is exhaustive). They both elucidate the societal dimension of the existence of rules. The first benefit is *foreseeability*. The foreseeability is not only a virtue of a rule that benefits the immediate addressee. Knowing what the rule for my conduct is does not benefit me alone. It also allows others to predict what my behaviour will in all likelihood be. The traffic light is a case in point. Red light is not only an information directed at me, it also allows others to predict that I will stop and not drive through the intersection when it is not my turn. Finally, existence of general rules reinforces the feeling that the law treats us as equals. Being subjected to the same rules is an outward and public affirmation of the *equality* before the law. Rules, to summarise the two points, reinforce and create mutual expectations that bind us and thus foster the establishment of a community.

But and here is my crucial point, the rules can perform all of these indispensable functions, only on condition that they are *by and large intelligible*. Or, to put it more bluntly, they will fail in their quest to order human behaviour, if they do not convey at least some meaning most of the time. The mere existence of rules would seem to suggest they are able to perform the behaviour-guiding task as they are expected to.<sup>18</sup>

---

16 See Raz (1999, 59).

17 Any such illusion would be summarily dispelled by a glance at chapter 7 of Schauer's *Playing by the Rules* (2002).

18 I will return to this (possibly controversial) point later on.

## 2.4. The Perils in the Refutation of Formalism

All the praises being sung to the virtues of a rule-based jurisprudence, formalism looks not a jot more convincing as a general theory of adjudication. But finding the alternative account presents us with a much more delicate problem. Formalism, remember, takes a very extreme position that legal reasoning is conducted on the basis of clearly definable legal norms and that logical deduction can yield a single correct answer to any legal problem. The refutation of this (extreme) position can take two distinct forms. Spaić seems to embrace a more radical one, stating that the judges can ascribe to the legal provisions “any meaning whatsoever” (2020, 131) because the language of legal provisions is “always ambiguous and indeterminate” Spaić (2020, 120).<sup>19</sup> This position is described by Guastini (2005, 142) as “hard scepticism” and is characterised by the unconstrained possibility of interpreters “to ascribe to any legal text any meaning *whatsoever*” (emphasis in the original). Not only does such a stance strike me as unconvincing and liable to cause problems further on, it is also unwarranted.

It doesn't take much to disprove something. Remember Democritus' determinism, which strains credulity to the same extent as does formalism in law. When one of his later followers, Lucretius, great Roman philosopher-poet tried to explain how free will is possible in a universe composed of atoms, he hypothesized that atoms “deflect a bit in space at a quite uncertain time and in uncertain places” (Lucretius II, 219–220). These subtle aberration of the atom, which Lucretius dubbed *clinamen*, sufficed to explain how a person is endowed with a free will, unshackled from the dictates of destiny (Lucretius II, 255–263). One single aberration from a preordained path was enough to disprove the rigid determinism of Democritus.

The same move would suffice for the refutation of formalism. All that we need to prove is that there is at least *one case* that (i) has been not been decided solely on the basis of deductive reasoning, (ii) has been decided despite the absence of clearly definable legal norms or (iii) admits of more than one correct right answer. Any of these three possibilities disprove the formalist contentions.<sup>20</sup> So, anti-formalism can take a number of different guises.<sup>21</sup> If we decide to settle with a more modest refuta-

19 The author also claims that „[...] *tekst izvora prava ne utvrđuje jedno moguće značenje pravila*“ [...] (2020, 125). To be fair, the author does somewhat qualify these rather sweeping statements elsewhere.

20 Cf. The discussion in Leiter, Coleman (1993, 561–564) and Leiter (1995, 485–488).

21 I have my doubts that Guastini's (2005, 141) “soft scepticism” can really be distinguished from the gist of Hart's approach to interpretation. Chiassoni's attempt (*ogni disposizione è da ritenersi problematica, potendo sempre essere intesa a esprimere – quantomeno da punto di vista metodologico, se non da un punto di vista dell'opportunità pratica o sociologico*) (2007, 144; emphasis in the original) seems to me to be rather tenuous and unworkable.

tion of formalism and claim that *in some cases* the legal provision does not provide a definite answer, we can perhaps defend both the value of judicial creativity and relative predictability of adjudication.

## 2.5. Relative Determinacy of Legal Rules

This insight, which is far from original, has led many scholars, infinitely more insightful than me to claim that the essential indeterminacy of legal rules, which Spaić makes the hallmark of law,<sup>22</sup> to be a much more ephemeral phenomenon. Even American legal realists, known for their relentless critique of legal determinacy, had their sober moments, when they admitted the law might be slightly more predictable than they would at times imply. Cardozo, for example, offered a more precise estimation:

Nine-tenths, perhaps more, of the cases that come before a court are pre-determined – predetermined in a sense that they are predestined – their fate preestablished by inevitable laws that follow them from birth to death. The range of free activity is relatively small.

Similar contentions have been made by Max Radin (1942, 1271)<sup>23</sup> and Karl Llewellyn (1931, 1239)<sup>24</sup> The same sentiment pervades at least part of more recent scholarly work, where a number of scholars of different stripes have contended that there *are* easy cases,<sup>25</sup> implying at least that rules have somewhat less contested meaning that has often been asserted and that judicial discretion might be somewhat more constrained.

If this is true, then the need of explaining the interpretative conformity between different actors, which occasions Spaić to identify determinants of judicial interpretation, seems less pressing. The spectre of “arbitrary, erratic, unpredictable” (Spaić 2020, 131) judicial decision-making seems a little less daunting. In fact, it looks like a self-inflicted problem. If we step away from hard scepticism, the intriguing

22 See fn. 26 and 27.

23 “In spite of the possible variety and number of [...] factors [which will determine the future judgment], the advance estimate is so highly probable in a number of cases that the statement of the law can be made with a fair degree of certainty and precision, and no decision will be required to test its accuracy since most men will regard the decision as a foregone conclusion”.

24 The author admits that while in contested cases there are at least two available authoritative premises, and that the two are mutually contradictory as applied to the case in hand, this only applies to “cases that [are] doubtful enough to make litigation respectable, implying that at least some cases are not”.

25 See Endicott (1996, 669), Endicott (2003, 9), Marmor (1990, 61 *et passim*), Schauer (1985, 406–407), Kress (1989, 295–297), Greenawalt (1990, 31–38), Poscher (2011, 142), Wilkins (1990, 484), Baude, Sachs (2017, 1143) and Burton (1985, 95–96).

puzzle of relative conformity in the face of radically indeterminate rules is perhaps not so intriguing after all. Assuming, *arguendo*, that the content of rules is by and large determinate and as such intelligible in a majority of cases, than the relative conformity of those who interpret, apply or merely follow those rules should come as no surprise Spaić (2020, 130–131). Although Occckham’s Razor<sup>26</sup> would suggest that the simpler explanation (most of the rules are determinate and some are not) is preferable to a more complex one (few rules are determinate, so additional factors have to interact in exactly the right way to achieve conformity), this is not the argument that I wish to make here. Nevertheless, while Spaić’s elaborations of the determinants of judicial interpretations of law lose none of their sophistication and depth, they do lose a considerable amount of their explanatory power if they are confined to a periphery of hard cases. And even there proving that determinants of judicial interpretation of law can induce uniformity seems an exacting task.<sup>27</sup>

## 2.6. The Shortcomings of a Court-Oriented Jurisprudence

Perhaps, though, my contention that the mere existence of rules somehow suggests that the rules are relatively determined and are thus able to guide behaviour most of the time might be too Hegelian<sup>28</sup> for everyone’s taste. It is not unthinkable that the rules – while being utterly indeterminate – serve only as a kind of elaborate front, masking the real discretionary decision-making by judges. Llewellyn’s famous quip that the rules are only “pretty playthings” ([1930] 2008, 7) might have a point. And maybe this impotence of rules really stems from their vagueness.

Now, vagueness can serve a variety of (useful) purposes. A vague notion can be introduced into legislation on purpose in order to allow for future flexibility. The legislator can be wise enough to realise that no amount of legislative precision can forestall some outlandish future case. Reliance on vague provisions can smooth the way for legislative compromises, allowing every legislator to read into a vague term its own solution (Schmitt 2008, 84–85). Vagueness can even be strategically deployed to foster future civic dialogue on the precise meaning and significance of a legal provision (Waldron 1994, 539–540). I have no doubt that a fair number of

---

26 Claiming that “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*”. If something can be explained by explanations positing fewer entities, or fewer kinds of entities, this explanation is to be preferred to explanations that posit more.

27 See section 3, below.

28 I am hinting at his famous dictum “the rational is real and the real is rational” from his Preface to the Elements of the Philosophy of Right (2008, 20) (“*was vernünftig ist das ist wirklich und was wirklich ist das ist vernünftig*”). My statement can be read as implying that the sheer existence of rules proves their practical usefulness (their rationality in the sense of being capable of performing the task of guiding behaviour).

legal rules is vague, ambiguous or indeterminate in some other way. My only point is that this indeterminacy cannot be pervasive. One simple reason would be that significant amount of non-conformity with legal rules would indicate a serious flaw in the functioning of a legal system that could reach a point where the very existence of such legal system could be questioned. There is, I believe, a consensus that a certain degree of efficacy of a legal system is a *conditio sine qua non* for the existence of such a system. Kelsen (1949, 119) thought that it was the efficacy of the legal order as a whole that was necessary for the legal system to exist.<sup>29</sup> There is no doubt that his notion of legal efficacy denotes how addresses actually behave (Kelsen 1949, 39–40). Hart (1994, 112–117) improved on this relatively straightforward formula with a more sophisticated account of obedience of primary rules by citizens at large and acceptance of the secondary rules by the officials. But again, both obedience and acceptance imply conformity to such rules. Getting back to my original point, the existence of a legal system indicates that pervasive indeterminacy is unlikely.

This is a point that is easily missed if our primary focus is on *judicial* interpretation of law. For a long time, jurisprudence has been heavily focused on the judicial application of law, treating it as a focal example of interpretation of law. This emphasis has probably started with the German Free Law Movement (Moench 1971, 121–126)<sup>30</sup>, been adopted by American Legal Realism, found its way into Hart's<sup>31</sup> and Dworkin's<sup>32</sup> jurisprudence and permeates much of contemporary debate on legal interpretation. This court-oriented jurisprudence has been very illuminating and has revealed many important features of the law's nature. It has, however, concealed some others. The most salient for the point I am trying to make is that interpretation of legal provision is not only conducted by judges, it has to be undertaken daily by all those *lay persons* who wish to navigate a complex system of rules.<sup>33</sup> The pervasiveness of rule conformity among ordinary citizens who have no legal training may be much harder to explain if rules really are profoundly indeterminate. That is the main reason why I believe that the mere fact of a continued reliance on rules to guide human behaviour testifies to the fact that most rules in most situation reach the sufficient level of determinacy.

---

29 See also Raz (1997, 93–95).

30 See also Pokrovac (2018, 255–257).

31 See for example his *The Concept of Law*, chap. VII.

32 See, for example *Law's Empire*, e.g. chap. I, II etc.

33 Bobbio, before the days of the court-oriented jurisprudence, observed (echoing Rousseau) that we might believe ourselves to be free, but in truth we are tangled in an endless web of norms that guide our behaviour (1958, 3).



Finally, the court-oriented jurisprudence obscures the fact that *interpretation of law* is an activity not reserved for judges alone.<sup>34</sup> I have already pointed out that ordinary citizens have to interpret legal provisions in order to understand what rights and obligations they have. But there is also law application more akin to judicial interpretation. Think of a wide array of administrative<sup>35</sup> and quasi-administrative bodies that issue all sorts of individual legal acts. Their application of law resembles judicial application to a point that was sufficient for Kelsen (1949, 273–275) to declare that both judicial and administrative activity are essentially the same. If that is true, then substantially the same mental process (setting aside whether it is primarily cognitive, discretionary or some combination of both) is involved in achieving some interpretation. Accepting for the moment the presumption that law is indeterminate to the extent our author seems to imply, presumably the same determinants that govern judicial decision-making guide the law-application of these bodies. This, however, seems highly unlikely, since the determinants identified by our author demand a high degree of legal sophistication. Consider rules of interpretation.<sup>36</sup> The formal rules of interpretation, i.e. those expressly spelled out in the legislation, present less of a problem. But informal ones are more difficult to come to know and master. They often form a part of lawyer’s *habitus*, to borrow a concept from Bourdieu (1987, 833).<sup>37</sup> Their mastery is acquired through sustained involvement in the workings of a legal system. This is predominantly the domain of lawyers and not of lay people. Fortescue’s remark about “twenty years of nocturnal studies”<sup>38</sup> being necessary for the proper discharge of judicial office might be a bit hyperbolic, but all the intricacies of legal interpretation are surely lost on most lay people who typically do not devote themselves to the study of law in a systematic fashion. Similarly, the institutional determinants require the interpreter to engage in a delicate analysis of institutional arrangements in a particular polity, and the epistemic determinants presuppose a high degree of familiarity with legal doctrine, the decisions of international and foreign tribunals and the co-ordinate courts in his or her own jurisdiction. Not to belabour the point further – it seems to me highly unlikely that a plethora of different interpreters of legal texts apart from judges would

34 It is telling that Guastini distinguishes between mere three types of interpretations with regards to the interpreter: *interpretazione dottrinale* (offered by legal scholars), *interpretazione giudiziale* (pronounced by a judge) and *interpretazione autentica* (adopted by the legislator) (2004, 85–89).

35 In recent years, there is a growing awareness that this over-emphasis needs to be addressed; see e.g. Kramer (2018, 206) and Žgur (2020, 84).

36 Which constitute the gist of Spaić’s normative determinants of judicial interpretation of law (2020, 151–153).

37 See also Terdiman (1987, 811).

38 In his *De Laudibus Legum Angliae VII* ([1543?] 1825, 23; I have altered the translation of the quite happy original phrase “*lucubrationes viginti annorum*”).

possess the knowledge and skills to justify the pervasive interpretative uniformity that is exhibited in their authoritative decisions or their actual behaviour.

### 3. SOME REMARKS ABOUT THE PROPOSED DETERMINANTS

The most thought-provoking aspect of Spaić's book is his suggestion that it is possible to identify certain determinants of judicial interpretations of law that can elucidate the seemingly ubiquitous uniformity of judicial interpretation of law. As Baude and Sachs pithily observe, “[i]f language alone can't finish the job [of determining the meaning of a legal provision] then something else must” (2017, 1093). His suggestion is that there are at least three clusters of determinants, normative, institutional and epistemic, that can adequately account for the interpretative uniformity. Or, to quote the author himself:

“[o]boriva pretpostavka [...] jeste, da se većina legitimnih razloga za donošenje odluke o značenju pravnoga teksta može identifikovati uzimajući u obzir 1) pravne tekstove i 2) determinante sudijskog tumačenja prava [...] (Spaić 2020, 149)

The author is quite clear that his list of determinants might be *incomplete* (Spaić 2020, 149). There may well be some additional factors that legitimately influence the judicial decision-making. We have here a tentative list that is put forward for out intuitive evaluation. Secondly, let me point out that by his own admission the author is making *an empirical claim* (Spaić 2020, 149–150). That means that there is limited space for theoretical discussion of his proposition, apart from a very general inquiry whether the proposed determinants can possibly explain judicial interpretation of law. And to my lights, that is possible (but not probable). Thirdly, the author takes care to emphasise that the wording of legal provisions combined with the determinants of judicial decision-making can justify most of *legitimate* reasons for a particular decision. Note the word *legitimate*.

#### 3.1. Doctrine Under the Guise of a Theory of Interpretation?

Spaić's book is premised on a descriptive approach (Spaić 2020, 5). One of its proclaimed goals is to “describe legal interpretation in general as a theory of nature of interpretation of law” (Spaić 2020, 6). Spaić differentiates between a theory of adjudication and a doctrine of adjudication (Spaić 2016, 75). The first is a descriptive endeavour that strives to understand the nature of judicial interpretation

of law. The latter is a normative quest of laying out the guidelines for a correct judicial interpretation of law. This poses a recurrent problem for any realist account of legal interpretation. What if, for example, there were some way to prove that the beauty (or ugliness) of the defendant consistently results in a more lenient interpretation of criminal statutes?<sup>39</sup> Or if we would be able to conclusively show that the incessant criticism of the judiciary by the executive branch in the United Kingdom did in fact occasion a dramatic decrease in successful challenges to government policy (at least in part presumably on account of a modified interpretative approach), as has recently been indicated by an article in the Guardian (Sidique 2022).

Would any of these factors need to be included in a correct theory of legal interpretation? In a truly realistic vein, the answer would have to be yes. Perhaps a genuinely realistic account of interpretation is best surmised by a famous (or infamous, as the reader prefers) Jerome Frank's formula: "*Stimuli affecting the judge x the Personality of the judge = Decisions*" (1931–1932, 242). When a legal theorist is called upon to evaluate the legitimacy of this or that factor influencing the judge, then his enterprise can no longer be truly realist and perhaps not even an exercise in legal theory. My own intuition tells me that there surely must be a way to tell apart acceptable judicial decisions (even though I might disagree with them) from utterly flawed and hence unacceptable ones, so this faint-hearted realism – although incongruous with the author's espoused articles of faith holds some appeal for me. But the problem for the author remains. Is his commitment to a descriptive account of interpretation truly honoured?

### 3.2. Determinants As the Source of (Dis)Harmony

Leaving that to one side, I would like to concentrate on Spaić's claim that the determinants of judicial interpretation of law contribute to (if not ensure) the uniformity of interpretation. Let me briefly summarise the outlines of his argument. Although the language of legal provisions is indeterminate to the point that the judges can ascribe to them "any meaning whatsoever" (Spaić 2020, 131) there are sets of reasons, dubbed determinants of judicial interpretation of law, which guarantee considerable measure of conformity and predictability. These determinants are grouped in three clusters. Normative determinants comprise of formal and informal interpretative rules that guide the ascription of meaning to legal proposi-

---

39 So far, the research offers convincing evidence that the relative beauty of the defendant affects only the severity of sentencing. See Rice *et al.* (2020, 273–276) and Dumas, Testé (2006, 237–239) and further literature cited therein.

tions Spaić (2020, 151–153).<sup>40</sup> Institutional determinants denote the considerations concerning (i) relations between the branches of government and (ii) relations (especially between the courts) within the judicial branch (Spaić 2020, 192–201). The author argues that the “peculiarities of the institutional relations between the legislatures, agencies, and courts” can and do limit the range of acceptable interpretational strategies in a given legal system.<sup>41</sup> So, for example, the specific model of a separation of powers may render certain interpretive approaches unacceptable and others preferable. In much the same vein, the doctrine of precedent (or, in civil law countries, reliance on *jurisprudence constant*, *giurisprudenza stabile* or *ständige Rechtsprechung*) can similarly exclude a range of possible interpretations to be seriously considered. Finally, epistemic determinants encompass an array of pronouncements by a person or an institution which is accepted as an epistemic authority (i.e. is taken to possess some expert knowledge) (Spaić 2020, 201–208).<sup>42</sup> These authorities include law professors, (accepted) legal doctrine, international courts and tribunals, some well-respected national supreme or constitutional courts, prominent jurists or even opinions of other courts in the same jurisdiction (Spaić 2020, 207).

Although Spaić has identified important factors that influence adjudication, I am not convinced that these determinants are by themselves conducive to interpretative uniformity. Let me begin by noticing a curious opposition. While our author is convinced that factors such as interpretative rules and legal doctrine foster interpretative uniformity and limit inherent disagreement stemming from the indeterminacy of legal provisions, Riccardo Guastini identifies as the main sources of “interpretive controversies” (apart from the obvious ambiguity of normative sentences) “plurality of interpretive methods” and “juristic theories (so-called legal dogmatics in continental jurisprudential language)”<sup>43</sup>

### 3.3. Normative Determinants – Unity From Discord?

Here, I have to agree with Guastini. It has long been the main tenet of the Realist creed that there is a plethora of equally valid rules of interpretation (Llewellyn 1950, 396). Spaić himself in a previously published article recounts the analysis of Scalia and Gardner identifying 57 canons of interpretation and their remark that

40 See also Spaić (2018, 157–175). For the concept of epistemic (or theoretical authority) see Raz (1985, 296) and Raz (1999, 15–16).

41 See also Spaić (2019, 207 *et passim*).

42 See also Spaić (2018, 152–153).

43 See Guastini (2019, 21; quotations omitted) or Guastini (2011, 147–148). See also Guastini (2005, 140–141) and Chiassoni (2007, 144–145).

this stunning arsenal comprises only a third of applicable canons in common law adjudication (Spaić 2018, 158–159).<sup>44</sup> Unsurprisingly, these “canons of construction” often lead to divergent results. Moreover, these interpretative strategies can also be mutually exclusive.<sup>45</sup> It would be a remarkable coincidence if this dazzling array of interpretative opportunities would promote uniformity in interpretation. It seems to me that the sheer number of different interpretative tools is a testament to a keenly felt need to loosen the shackles of (seemingly determinate) legal provision.<sup>46</sup> Finally, in assessing their ability to generate uniformity, we might be well advised to remember Hart’s observation that “these canons [of interpretation] are themselves general rules for the use of language, and make use of general terms which themselves require interpretation” (Hart 1994, 126). It is somewhat puzzling to expect the rules of interpretation to provide clear and unequivocal guidance, when the same cannot be expected of all the other rules.

### 3.4. The Unfulfilled Promise of Institutional Determinants

Similar doubts can be raised against the two other clusters of determinants. In order to dispel the ambiguity inherent in legal provisions, institutional and epistemic determinants would need to be able to reduce the level of uncertainty. They would have to give unequivocal guidance to the judge interpreting an indeterminate legal provision.

It is not altogether clear what exactly would the precise guidance that could be derived from institutional arrangements look like. In particular, what can an understanding of a specific model of separation of powers offer a judge who has to decide on the meaning of an ambiguous provision regarding “taking or possessing” bullfrogs in Ottawa?<sup>47</sup> The gap between the theoretical nature of implications derived from abstract institutional arrangements on the one hand and concrete and factual nature of application of a particular rule on the other seems to be too great for the former to be truly useful. In fact, the institutional arrangements of a liberal state stemming from the idea of separation of powers have often been suspicious of judicial interpretation. When some explicit guidance for the interpretation was proposed, it was more often than not aimed to curtail if not to bar judicial interpretation. *Référé législatif* obliging a judge faced with a gap in the law or an ambiguous

---

44 The source of this analysis is Scalia (Gardner 2012).

45 This delightful insight was to my knowledge first formulated by Ernst Fuchs of the Free Law Movement (1910, 284).

46 One could (slightly mischievously) argue that the interpretative methods are a device to introduce indeterminacy where previously there was none.

47 I have borrowed this example from Endicott (2003, 7).

provision to turn to legislator for guidance is a case in point.<sup>48</sup> Another and perhaps more promising avenue Spaić pursues is the reliance on precedents (or its opposites in civil law jurisdictions). True, one of the most important consequences of the *stare decisis* is the predictability of future decisions.

In that regard, precedent is indeed a uniformity-inducing device. I wish to mention, but not to overstate, that we might be a bit too optimistic about the actual bite this doctrine might in fact have. First, there is a perennial problem of deriving *ratio decidendi* from a judicial decision, which I will not address here.<sup>49</sup> Second, judicial ingenuity has produced a number of sophisticated manoeuvres to avoid the unwelcome implications of a binding case-law.<sup>50</sup> The court unhappy with precedent might disregard it, it can, for example, resort to distinguishing and point out some factual differences of the case in hand or choose to outright overrule the precedent. The lower court can also employ anticipatory overruling when they are reasonably sure the higher court will overrule its prior (but doubtful) decision (Bradford 1990, 40–41). Nonetheless, I do not dispute that precedents have a harmonising effect on the jurisprudence of the courts. But here is the rub. Isn't this uniformity achieved at the expense of an interpretation a judge might offer had he or she not defer to the precedent? A precedent supplants his or her potentially innovative and creative interpretation. Uniformity results precisely from precedents being taken as (exclusionary) reasons not to engage in interpretation each time anew. This adherence to precedents must in addition present a different kind of puzzle to a legal realist. If precedent entails a (linguistically formulated) legal rule, how could it be that it has the necessary determinacy to guide judges when legislative rules are unable to?

### 3.5. In the Crossfire of Epistemic Determinants

Epistemic determinants suffer less from their indeterminacy than from the inconsistencies between them. They are reasonably determinate, but they are manifold. It is not difficult to imagine how different epistemic determinants would be incongruous. Consider the scholarly discussions on a given (non-trivial) topic. Are we likely to encounter harmony and agreement or something else altogether? It seems that reliance on prominent foreign courts or international tribunals is quite often of a strategic nature. Courts cite other judicial opinions when it suits their interpretation of some contested provision and ignore them when they would undermine their preferred decision. To make matters even more complex, it is more than likely

---

48 See Miersch (2000, 25–59). See also his interesting classification of different types of *référéés législatifs* (2000, 115–119).

49 See Cross, Harris (1991, 39–75) and Štajnpihler (2012, 137–149).

50 See Atiyah, Summers (2002 120–127).

that discrete categories within epistemic determinants would be incompatible. Is it not a favourite pastime of legal scholars to expose gleefully judicial blunders to their ridicule? I am certainly not the first to observe that this kind of factors affecting adjudication can conflict.<sup>51</sup>

### 3.6. The Challenge of Working in Unison

Finally, normative, institutional and epistemic determinants would have to work in concert and point to a single possible interpretation. This would be the only way to achieve the task of correctly “identifying legitimate reasons for a [specific judicial] decision” (Spaić 2020, 149). Otherwise, we would find ourselves in exactly the same predicament that prompted our quest for those additional factors that would instil determinacy in the otherwise uncertain operation of linguistically vague legal rules. Can three different clusters of possibly incoherent determinants accomplish this task? I doubt it. It is much more likely that at least sometimes different determinants (even when there are no contradictions within a cluster of determinants) will pull in different directions. One set of determinants may favour one interpretation, while the other(s) may point to a different one. How is one to decide which one to prefer?

## 4. CONCLUSION

There are, as I have tried to show, many shortcomings of both the Spaić’s refutations of and his slightly too optimistic account of how his version of legal realism could be tamed to ensure some foreseeability of legal interpretation. But there is a lot I believe Spaić got wright. We both agree that a thoroughly formalistic theory of legal interpretation is untenable. Adjudication contains at least an eradicable modicum of creativity. Sometimes this amounts to more than interpretation and crosses into *Rechtsfortbildung* or construction.<sup>52</sup> We also agree that there are limits to acceptable interpretation. And we see eye to eye that a number of intrinsically legal criteria, as his determinants decidedly are, are important in evaluating the persuasive power of an interpretation. As for the rest, I can only say that Spaić is asking important questions and that his answers will, all my misgivings aside, have me wondering whether his understanding does not, after all, come closer to the truth than my own.

---

51 See Gardner (1988, 459–460). There is considerable overlap between Spaić’s epistemic determinants and what Hart calls permissive sources (1994, 294 n. to page 101) and what Peczenik would probably call May-Sources (2008, 261–263).

52 See Spaić (2021, 29–37).

## REFERENCES

1. Atiyah, Patrick, Robert S. Summers. 2002. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press.
2. Barberis, Mauro. 2008. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*. Torino: Giapichelli.
3. Baude, William, Stephen E. Sachs. 4/2017. The law of interpretation. *Harvard Law Review* 130: 1079–1147.
4. Beal, Joseph Henry. 1916. *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*. Cambridge: Harvard University Press.
5. Bobbio, Norberto. 1958. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore.
6. Bourdieu, Pierre. 5/1987. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal* 38: 814–853.
7. Bradford, C. Steven. 1/1990. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review* 59: 39–90.
8. Burton Stephen J. 1985. *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. Boston–Toronto: Little, Brown and Company.
9. Chiassoni, Pierluigi. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
10. Cross, Rupert, James W. Haris. 1991. *Precedent in English Law* (4<sup>th</sup> ed.). Oxford: Clarendon Press.
11. Cross, Rupert, James W. Harris. 1991. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
12. Dumas, Rafaële, Benoît Testé. 4/ 2006. The influence of criminal facial stereotypes on juridic judgments. *Swiss Journal of Psychology / Schweizerische Zeitschrift für Psychologie / Revue Suisse de Psychologie*, 65: 237–244.
13. Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
14. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
15. Dworkin, Ronald. 21/1963. Judicial Discretion. *Journal of Philosophy* 60: 624–638.
16. Dworkin, Ronald. 3/1982. Law as Interpretation. *Texas Law Review* 60: 527–550.
17. Endicott, Timothy A. O. 2003. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press.
18. Endicott, Timothy A. O. 4/1996. Linguistic Indeterminacy. *Oxford Journal of Legal Studies* 16: 667–698.
19. Fortescue, Francis. [1543?] 1825. *De laudibus legum Angliae* (trans. A. Amos). London: Joseph Butterworth & Son.
20. Frank, Jerome. 2/1931–1932. Are Judges Human? Part 2: As Through a Class Darkly. *University of Pennsylvania Law Review* 80: 233–267.
21. Frederick Schauer, 1–2/1985. Easy Cases, *South California Law Review* 58: 399–440.
22. Fuchs, Ernst. 5/1910. Die soziologische Rechtslehre – Eine Erwiderung. *Deutsche Juristen-Zeitung* 15: 283–288.



23. Gardner, John. 3/1988. Concerning Permissive Sources and Gaps. *Oxford Journal of Legal Studies* 8: 457–461.
24. Greenawalt, Kent. 1/1990. How Law Can be Determinate. *UCLA Law Review* 38: 1–86.
25. Guastini, Riccardo. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: A. Giuffrè editore.
26. Guastini, Riccardo. 2005. A Skeptical View of Legal Interpretation. *Analisi e diritto*: 139–144.
27. Guastini, Riccardo. 2019. An Analytical Foundation of Rule Scepticism. 13–26. *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, eds. David Duarte, Pedro Moniz Lopes, Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer.
28. Guastini, Riccardo. Rule-Scepticism Restated. 138–161. *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, Vol. 1, eds. Leslie Green, Brian Leiter. Oxford: Oxford University Press.
29. Hart, Herbert L.A. 1994. *The Concept of Law* (2<sup>nd</sup> ed.). Oxford: Clarendon Press.
30. Hegel, Georg W. F. 2003. *Elements of the Philosophy of Right* (trans. H. B. Nisbet). Cambridge: Cambridge University Press.
31. Kelsen, Hans. 1949. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
32. Kramer, Matthew. 2018. *H.L.A Hart. The Nature of Law*. Cambridge: Polity Press.
33. Krawietz, Werner. 1976. Begriffsjurisprudenz. 1–11. *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, ed. Werner Krawietz. Darmstadt. Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
34. Kress, Ken. 2/1989. Legal Indeterminacy. *California Law Review* 77: 283–338.
35. Langdell, Christopher Columbus. 1871. *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*. Boston: Little, Brown and Company.
36. Leiter, Brian, Jules L. Coleman. 2/1993. Determinacy, Objectivity, and Authority. *University of Pennsylvania Law Review* 142: 549–638.
37. Leiter, Brian. 4/1995. Legal Indeterminacy. *Legal Theory* 1: 481–492.
38. Llewellyn, Karl N. 2008. *Bramble Bush*. Oxford: Oxford University Press.
39. Llewellyn, Karl N. 3/1950. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed. *Vanderbilt Law Review* 3: 395–406.
40. Llewellyn, Karl. 8/1931. Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review* 44: 1222–1264.
41. Lucretius, Titus Carus. 2001. *On the Nature of Things* (trans. Martin Ferguson Smith). Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company.
42. Lyons, David. 5/1980. Legal Formalism and Instrumentalism – a Pathological Study. *Cornell Law Review* 66: 949–972.
43. Marmor, Andrei. 2/1990. No Easy Cases. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 3: 61–80.
44. Marmor, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
45. Mason, Anthony. 1996 The Judge as Law-maker, *James Cook University Law Review* 3: 1–15.

46. Miersch, Matthias. 2000. *Der sogenannte référé législatif: eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos.
47. Miersch, Matthias. 2000. *Der sogenannte référé législatif: eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos.
48. Mill, John Stuart. [1882] 1981. *The System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*. Books IV-VI and Appendices (ed. J. M. Robson). Toronto, Buffalo: University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul.
49. Moench, Dietmar. 1971. *Die methodologische Besterbungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*. Frankfurt am Main: AthenäumVerlag.
50. Montesquieu, baron de; Charles de Secondat. 2001. *The Spirit of the Laws* (trans. Thomas Nugent). Kitchener, Ontario: Batoche Books.
51. Park, Joshua. 2022. Your Honor, AI. <https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/>, last visited 2 August 2022.
52. Peczenik, Aleksander. 2008. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer.
53. Pildes, Richard H. 3/1999. Forms of Formalism. *University of Chicago Law Review* 66: 607–621.
54. Pokrovac, Zoran. 2018. *Slobodno stvaranje prava. Hermann U. Kantorowicz I slobodno-pravni pokret*. Zagreb: Naklada Breza.
55. Poscher, Ralf. 2011. Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation. 128–144. *Oxford Handbook on Language and Law*, eds. Lawrence Solan, Peter Tiersma. Oxford: Oxford University Press.
56. Radbruch, Gustav. 2/1906. Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung – Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 4: 355–370.
57. Radin, Max. 8/1942. In Defense of Unsystematic Science of Law. *Yale Law Journal* 51: 1269–1279.
58. Raz, Joseph. 1985/3. Authority, Law and Morality. *The Monist* 68: 295–324.
59. Raz, Joseph. 1997. *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
60. Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press.
61. Reid, John (lord). 1/1972. The Judge as Lawmaker. *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 12: 22–29.
62. Rice, Hannah, Carol Murphy, Conor Nolan, Michelle Kelly. 3/2020. Measuring implicit attractiveness bias in the context of innocence and guilt evaluations. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy* 20: 273–285.
63. Savigny, Friedrich Carl von. 1814. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Den Mohr und Zimmer.
64. Scalia, Antonin, Bryan A. Gardner. 2012. *Reading Law: The Interpretation of Legal Text*. St. Paul, MN: Thompson / West.
65. Schauer, Frederick. 2002. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press.
66. Schmitt, Carl. [1928] 2008. *Constitutional Theory* (trans. J. Seitzer). Durham and London: Duke University Press.

67. Seneca, Lucius Annaeus. 1925. *Ad Lucillium epistulae morales with English translation by Richard M. Gummere*. London: William Heinemann, New York: G. P. Putnam's Sons.
68. Siddique, Haroon. 2022. Dramatic fall in successful high court challenges to government policy. <https://www.theguardian.com/law/2022/jun/23/dramatic-fall-in-successful-high-court-challenges-to-government-policy>, last visited 2 August 2022.
69. Spaić, Bojan. 1/2021. Interpretacija i konstrukcija: Prilog razmatranju razlike između primjene prava I stvarjanja prava. *Pravni zapisi* 12: 29–61.
70. Spaić, Bojan. 2016. Aron Barak: doktrinarni intencionalista između neoskepticizma i neoformalizma. 75–95. eds. Budimir Košutić, Jasminka Hasanbegović, Marija Karanikić Mirić, Tanasije Marinković, Bojan Spaić, Nina Kršljanin, Miloš Vukotić, Vanja Eror. *Aron Barak: Sudija i teoretičar prava*. Belgrade: IVR Serbia / Dosije Studio.
71. Spaić, Bojan. 2018. Normativity of Basic Rules of Legal Interpretation. 157–175. *Unpacking Normativity*, eds. Kenneth Einar Himma, Miodrag Jovanović, Bojan Spaić. Oxford: Hart Publishing.
72. Spaić, Bojan. 2019. Institutional Turn(s) in Theories of Legal Interpretation. 187–209. *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, eds. David Duarte, Pedro Moniz Lopes, Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer.
73. Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
74. Spaić, Bojan. 4/2018. Justified Epistemic Authority (in Legal Interpretation). *Annals FLB – Belgrade Law Review* 66: 143–155.
75. Štajnpihler, Tilen. 2012. *Precedenčni učinak sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju*. Ljubljana: GV Založba.
76. Tamanaha, Brian. 2010. *Beyond the Formalist – Realist Divide. The Role of Politics in Judging*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
77. Tarar, Aditya. 2021. China made the world's first artificial intelligence-equipped judge, gives 97 percent of the decisions right. <https://hindustannewshub.com/world-news/china-made-the-worlds-first-artificial-intelligence-equipped-judge-gives-97-percent-of-the-decisions-right/>, last visited 2 August 2022.
78. Terdiman, Richard. 5/1987. Translator's Introduction to *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field* by Pierre Bourdieu. *Hastings Law Journal* 38: 805–813.
79. Wade, Henry William Rawson. 3/1941. The Concept of Legal Certainty. A Preliminary Skirmish. *The Modern Law Review* 4: 183–199.
80. Waldron, Jeremy. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review* 82: 509–540.
81. Wieacker, Franz. 1996. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht.
82. Wilkins, David B. 2/1990. Legal Realism for Lawyers. *Harvard Law Review* 104: 468–524.
83. Yntema, Hessel E. 4/1928. The Hornbook Method and the Conflict of Laws. *Yale Law Journal* 37: 468–483.
84. Žgur, Matija. 2020. Legality on the Frontlines of Administrative Decision-Making, *Analisi e diritto* 83–110.

## Judicial Decision-Making – Between Skepticism And Formalism

Miodrag Jovanović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.12



0000-0002-8036-1994

### Cite this article

Jovanović, Miodrag. 2/2024. Sudijsko odlučivanje – između skepticizma i formalizma. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 114–125

DOI: 10.51204/IVRS\_24204A

### Keywords

- interpretation
- decision-making
- formalism
- skepticism
- determinants of  
judicial decision-making

### Author for correspondence

Miodrag Jovanović,

[miodrag@ius.bg.ac.rs](mailto:miodrag@ius.bg.ac.rs)

*After a brief review of the basic theses presented in this book, I turn to three criticisms. First, instead of primarily instructing us in how the insights of behavioral psychology could be significant for the understanding of a very specific decision-making process, such as that of judge, Spaić discusses at length the ultimate implications of those scientific findings for our understanding of the decision-making process in general. Thus, he mainly deals with the effects of the existence of legal rules on the generic characteristics of decision-making instead of shedding light on the importance of the mentioned characteristics for the specific procedure of judicial decision-making within the setting of predetermined rules. Second, Spaić fails to convincingly answer the problem of the compatibility of the normative doctrine of formalism with the radically anti-formalist theory of law. Finally, Spaić's position shares the fate of other radically non-cognitivist (realist) positions regarding judicial interpretation, insofar as he essentially challenges the normativity of the law as the most typical authoritative text by which a judge acts.*

## Sudijsko odlučivanje – između skepticizma i formalizma

Miodrag Jovanović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.12



0000-0002-8036-1994

### Referenca

Jovanović, Miodrag. 2/2024. Sudijsko odlučivanje – između skepticizma i formalizma. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 114–125

DOI: 10.51204/IVRS\_24204A

### Ključne reči

- tumačenje
- odlučivanje
- formalizam
- skepticizam
- determinante sudijskog odlučivanja

### Autor za korespondenciju

Miodrag Jovanović,

[miodrag@ius.bg.ac.rs](mailto:miodrag@ius.bg.ac.rs)

*Nakon kratkog osvrtu na osnovne teze iznete u ovoj knjizi, iznosim tri kritike. Prvo, umesto da nas primarno uputi u to na koji bi način uvidi bihevioralne psihologije mogli da budu značajni za razumevanje jednog posve specifičnog postupka odlučivanja, kakvo je ono sudijsko, Spaić naširoko raspravlja o krajnjim domašajima tih naučnih saznanja za naše razumevanje procesa odlučivanja uopšte. Tako se pretežno bavi efektima postojanja pravnih pravila na generička obeležja donošenja odluka umesto da osvetli značaj pomenutih obeležja za specifičan postupak sudijskog odlučivanja po unapred utvrđenim pravilima. Drugo, Spaić ne uspeva da na uverljiv način odgovori na problem spojivosti normativne doktrine formalizma sa radikalno antiformalističkom teorijom prava. Najзад, Spaićeva pozicija deli sudbinu ostalih radikalno nekognitivističkih (realističkih) pozicija u pogledu sudijskog tumačenja, utoliko što suštinski osporava normativnost zakona kao najtipičnijeg autoritativnog teksta po kojem sudija postupa.*

## TUMAČENJE KAO ODLUČIVANJE

Jedan od događaja koji su obeležili dane u kojima nastaje ova recenzija jeste isključenje Novaka Đokovića sa njujorškog grend slema. Iako su u međunarodnoj teniskoj javnosti naizgled preovladavali šok i neverica zbog takvog ishoda Đokovićevog pohoda na novu grend slem titulu, malo ko je propustio priliku da izjavi „da su pravila pravila“ te da je izrečena mera bila opravdana. Korak dalje je otišao glavni sudija turnira, koji je izjavio „da nije imao drugog izbora“ do da diskvalifikuje Đokovića. Međutim, svakom pravniku koji pogleda važeća pravila za teniske grend slemove (*Grand Slam Rulebook 2020*) postaje odmah očigledno da je pravilo pod koje je podveden Đokovićev nesmotreni postupak (N. Abuse of balls) sve samo nije jasno na način na koji to sugeriše lakonska krilatica „pravila su pravila“. Nasuprot tome, pravilom kojim se isključenje reguliše kao sankciona mera (T. Defaults) jasno je propisano da sudija „može“ („*may*“) da izrekne takvu meru bilo u slučaju jednog jedinog prekršaja pravilnika („*single violation*“), bilo nakon tri konsektivna prestupa (S. Point penalty schedule). Drugim rečima, *niti je prvopomenuto pravilo pod koje je sudija podveo Đokovićev postupak nedvosmisleno jasno niti je potonje pravilo o sankcionisanju sudiji uskraćivalo mogućnost izbora.*

Oni koji su dovodili u pitanje opravdanost mere isključenja Đokovića neretko su navodili primer koji se desio samo nedelju dana ranije na istim tim terenima, ali na Sinsinati master turniru. Za postupak potpuno sličan Đokovićevom, slovenački teniser Aljaž Bedene od sudije je dobio samo opomenu pred isključenje. Kada se desi da sudije u dve situacije koje na prvi pogled deluju dovoljno slično postupe dijametralno različito, sa velikom izvesnošću možemo očekivati burnu reakciju javnosti. Recimo, kada je novosadski Apelacioni sud tako postupio u poznatim slučajevima zahteva raskida ugovora o kreditu indeksiranom u švajcarskim francima, mogli smo da pročitamo medijski naslov: „Novosadski sud za isti slučaj doneo dve različite presude“. Takva reakcija laičke javnosti počiva na dvostrukoj intuiciji. Prema prvoj, *nešto mora da je problematično sa donosiocem presude* kada u dva vrlo slična slučaja postupi drugačije. Iz te prve proističe i druga intuicija – ako je u oba ta, bitno slična, slučaja sudija bio pozvan da primeni isti propis, onda je *ishod mogao biti samo jedan*. Profesionalna javnost, međutim, po pravilu ne ispoljava takvu vrstu konsternacije. Ako će šta označiti kao potencijalno negativan efekat takvih presuda, to je što se njima narušava vrednost na koju se pravnici često pozivaju, a to je pravna sigurnost. Međutim, jedva da ćemo naići na pravnika koji bi pošao od pretpostavke da je u datim okolnostima postojalo samo jedno, „tačno“, rešenje spora te da je stoga suprotna presuda – samim tim što je suprotna – „problematična“ (nestručna, aljkava, proizvoljna).

Pravnicima nije, dakle, nesvojstveno uverenje da, načelno, nema ničeg spornog u tome što bi dvoje sudija u istom predmetu, postupajući krajnje profesionalno

i savesno, moglo da dođe do dva različita ishoda. Ipak, ako unekoliko promenite ugao gledanja pa upitate sudiju da li to onda znači da donosilac presude prilikom rešavanja spora uvek vrši izbor između nekoliko dostupnih alternativa, vrlo je verovatno da ćete dobiti odričan odgovor. To stoga što sudije vlastiti posao percipiraju prevashodno u terminima „primene prava“, pa im posezanje za pomenutim uglom gledanja može delovati kao skrivena optužba za sprovođenje vlastite volje, odnosno za stvaranje prava.

U svojoj knjizi *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, Bojan Spaić se razračunava sa pomenutim laičkim intuicijama i uvreženim shvatanjima struke. Niti će mantra „pravila su pravila“ pomoći da ona postanu samoprimenjiva niti su sudije ikada u situaciji da ne raspoložu izborom. Kako je uvek prilikom primene pravila moguće više od jednog ishoda, nije neuobičajeno da u istom ili u bitno sličnom slučaju različite sudije postupaju različito. Bez obzira na sve to, postoje pravni, politički i socijetalni faktori koji omogućavaju da aktivnost sudijskog tumačenja i primene prava u krajnjem dovede do realizacije poželjnih vrednosti pravne izvesnosti i sigurnosti.

Krećući se u tom polju naizgled kontradiktornih tvrdnji, Spaić osvetljava prirodu sudijskog tumačenja prava iz tog, za našu pravnu teoriju netipičnog, ugla posmatranja – iz ugla teorije odlučivanja. Iako sledi uvid vrsnog poljskog pravnog teoretičara Vroblevskog (Jerzy Wróblewski) da prilikom presuđivanja sudija donosi više odluka (tzv. frakcione odluke), Spaić se u tom radu usredsređuje na odluku o tumačenju. Centralna tvrdnja monografije glasi da, prilikom tumačenja, sudija *uvek* pripisuje normativno značenje tekstu izvora prava. To nužno implicira da je sudijsko tumačenje *voljna radnja* kojom sudija *odlučuje* o značenju pravnog teksta, a ne racionalan postupak koji vodi jednom jedinom mogućem značenju pravnog teksta. Pritom, na odluku sudije ne utiče samo tekst izvora prava već i pomenute pravne, političke i socijetalne okolnosti (tzv. *determinante sudijskog tumačenja*).

U teoriji je doskora spor povodom prirode tumačenja prava „dobacivao“ najdalje do tačke na kojoj se autori razilaze oko pitanja da li rešavajući konkretan slučaj sudije nužno/kontigentno prelaze sa puke primene prava na teren njegovog stvaranja. Pritom su se u tim sporovima često brkale deskriptivne i normativne pozicije – sa opisa onoga šta sudije rade neosetno se prelazilo na tvrdnje da sudija nešto treba ili ne treba da radi. Spaić u svojoj knjizi najpre dosledno razdvaja deskriptivne i normativne teorije o prirodi tumačenja prava. A potom, zastupajući tezu da su sudije *uvek* aktivni činioци stvaranja prava, fokus razmatranja prebacuje na volitivno-decizioni aspekt tumačenja prava.

Kako već sama situacija spora, u kojoj svaka strana ima suprotno očekivanje od suda, podrazumeva da će sudija morati da *odluči* u korist jedne ili druge strane, Spaić svoje teorijsko putešestvije započinje detaljnim i detaljnim izlaganjem o teorijama odlučivanja. Naprosto, okolnost da sudija donosi odluku otvara čitav set

novih pitanja koja, potencijalno, izlaze izvan okvira tradicionalno shvaćene pravne teorije. Na ta pitanja odgovore mogu da nam daju bihevioralno orijentisane psihologija i ekonomija, koje se u velikoj meri služe i novim dostignućima neuronauka. Spaić se oslanja na rezultate tih disciplina koje su najvećma razvejale neutemeljene tradicionalne postavke o ljudima kao potpuno racionalnim donosiocima odluka. Ne samo da odluke donosimo u uslovima „ograničene racionalnosti“ (*bounded rationality*), koji se tiču „težine problema, kognitivnih sposobnosti i vremena koje stoji na raspolaganju za rješenje problema“ (Spaić 2020, 28), već smo skloni i brojnim kognitivnim distorzijama. Iako se sva navedena ograničenja odnose i na sudije, veliku razliku pravi to što sudije svoje odluke donose u okolnostima postojanja pravila. Spaić se, otuda, okreće tom pitanju i zaključuje da se osobenost sudijskog odlučivanja ogleda u tome što ono nije usmereno na odluku koja s obzirom na okolnosti proizvodi najbolji mogući ishod već na onu koja će biti doneta na osnovu unapred ustanovljenog pravila.

U centralnom delu monografije Spaić propituje da li sudijsko odlučivanje u okolnostima pravila implicira ono što sugerise krilatica „pravila su pravila“ – da je ishod spora sadržan već u jeziku merodavnog pravila. To je stanovište koje se u sofisticiranijem obliku uobičajeno naziva *formalizmom*. Spaić pravi razliku između tri lica formalizma – „*Teorija formalizma* tako tvrdi da je tumačenje kognitivna radnja kojom sudije utvrđuju ono značenje koje pravni tekstovi imaju; riječ je o jednom objektivnom značenju koje postoji prije čina tumačenja prava, a sudije donose presude vodeći se isključivo pravnim razlozima. *Doktrina formalizma* tvrdi da sudija treba da tumači tako što će saznati jedno objektivno značenje pravnog teksta. *Ideologija formalizma* se sastoji u uvjerenjima da je teorija tumačenja koju nazivamo formalizmom tačna i da je ideologija tumačenja koju nazivamo formalizmom normativno poželjna“ (Spaić 2020, 103).

Spaićeva osnovna meta je teorija formalizma, kao deskriptivno učenje o prirodi sudijskog tumačenja. On nastoji da pokaže da je teorija formalizma neodrživa zato što ne može da objasni činjenicu da sudije odlučuju, a pritom još pogrešno pretpostavlja da je jezik određen te da postoji identitet između teksta opšteg pravila i samog pravila. Preduzeta kritika je uvod u odbranu suprotne pozicije, koja se može nazvati *antiformalizmom*. Spaić je privržen jakoj nekognitivističkoj (realističkoj, skeptičkoj) poziciji, pa kaže da „je sudijsko tumačenje prava pripisivanje značenja pravnom tekstu, te da je sama priroda sudijskog tumačenja prava *volitivna* a ne *kognitivna*“ (Spaić 2020, 173). Prihvatanje takve pozicije otvara, međutim, važno pitanje – ako se sudijsko tumačenje shvata kao aktivnost izbora između dva ili više alternativnih značenja pravnog teksta, postoji li išta što je brana arbitrarnom postupanju sudija? Još preciznije, „*ako je sudijsko tumačenje prava voljno, da li to znači i da je proizvoljno, eratično, nepredvidljivo?*“ (Spaić 2020, 157).



Autorov odgovor na tu dilemu je rezolutno odričan. On napominje da je, kao i bilo koja druga svesna aktivnost, i tumačenje prava podložno metodološkom uobličenju, a ono dolazi u formi normativnih teorija (doktrina) o tumačenju, kakve su tekstualizam, intencionalizam ili funkcionalizam. Ako ne postoji izričit pravni propis koji bi stipulisao kojim redosledom sudije treba da koriste izvesne kanone tumačenja (jezički, sistemski, funkcionalni), na nivou pravničke zajednice se stvara sistem neformalnih pravila tumačenja koji se u manjoj ili većoj meri naslanja na neku od pomenutih normativnih doktrina. Kada je reč o odnosu deskriptivnih i normativnih teorija tumačenja, Spaić zauzima poziciju da je nekognitivistička (realistička, skeptička) teorija kompatibilna sa bilo kojim skupom pravila o tumačenju koji konstituise doktrinu pravnog tumačenja. I ne samo to, ako se tekstualizam poistoveti sa formalističkom doktrinom, Spaić tvrdi da je moguće na neprotivrečan način „zauzeti antiformalističku poziciju prema prirodi pravnog tumačenja i opisati pravnog tumačenja, a formalističku poziciju u odnosu na normativne upute za pravno tumačenje“ (Spaić 2020, 176).

U poslednjem delu rada Spaić nastoji da pokaže kako su očekivanja izvesnosti i predvidljivosti sudijskog postupanja, koja su zajednička za laičku i stručnu javnost, spojiva sa volitivnom prirodom tumačenja prava. Autor izlaže *normativne, institucionalne i epistemičke* determinante sudijskog odlučivanja o pripisivanju normativnog značenja izvesnom pravnom tekstu. Te determinante su po pravilu potpuno zanezarene u teorijskom ispitivanju prirode pravnog tumačenja. *Normativne* determinante se svode na već pominjani set pravila (koja najčešće nisu pravno propisana), a tiču se legitimnih načina pripisivanja značenja pravnim tekstovima i njihove hijerarhije. *Institucionalne* determinante se prevashodno svode na uticaje koje na sudijska tumačenja prava imaju odnosi između tri grane vlasti, ali i odnosi koji postoje između viših i nižih sudskih instanci. Najzad, rasprava o *epistemičkim* determinantima se svodi na uticaje epistemičkih autoriteta, kao onih koji sudije ne obavezuju na neko delovanje već im daju razloge da veruju da je određeno značenje pravnog teksta ispravno. Autoritet te vrste je „supsidijeran – postoji u onoj mjeri u kojoj je opravdano uvjerenje da je drugi subjekt stručniji od subjekta koji odlučuje“ (Spaić 2020, 203). U adekvatnom sadejstvu, te determinante omogućavaju preko potrebnu stabilnost funkcionisanja pravosudnog sistema, bez obzira na napred oslikanu volitivnu prirodu sudijskog tumačenja prava.

\* \* \*

Iako se Spaićeva knjiga završava efektinom i originalnom raspravom o formalnim i neformalnim oblicima institucionalne kontrole pravnog tumačenja, ostaje utisak da na putu na koji nas je poveo postoje i neke neuralgične, crne tačke, na kojima ponuđena argumentacija isklizava iz koloseka. Za potrebe ovoga prikaza osvrnuću se kratko na tri takve tačke.

1. Prva primedba se može izreći funkciji opštih razmatranja o prirodi odlučivanja. Naime, Spaić se opredeljuje da prirodu sudijskog tumačenja osvetli sa nedovoljno istraživane strane zato što već priroda pravnog spora, u kojoj svaka strana očekuje da sudija baš njoj da za pravo, upućuje na zaključak da sudija uvek odlučuje, vršeći izbor između više dostupnih alternativa. Ta inicijalna intuicija se izoštrava Spaićevom teorijskom pozicijom u pogledu prirode samog tumačenja – usled inherentne neodređenosti jezika, sudija je uvek u prilici da pripisuje normativno značenje tekstu izvora prava, a takav postupak implicira donošenje odluke. Međutim, umesto da nas primarno uputi u to na koji bi način uvidi bihevioralne psihologije mogli da budu značajni za razumevanje jednog posve specifičnog postupka odlučivanja, kakvo je ono sudijsko, Spaić naširoko raspravlja o krajnjim domašajima tih naučnih saznanja za naše razumevanje procesa odlučivanja uopšte. Tako dobijenu, korigovanu sliku čoveka kao donosioca odluka potom kontrastira kontekstu sudijskog odlučivanja u okolnostima pravila. No, takvom postavkom stvari Spaić nas neosetno s glavnog puta odvlači na stranputicu – kao da je cilj istraživanja da se pokaže kakav je efekat postojanja pravnih pravila na generička obeležja donošenja odluka („ograničenu racionalnost“, kognitivne distorzije), a ne upravo suprotno – da osvetli značaj pomenutih obeležja za specifičan postupak sudijskog odlučivanja po unapred utvrđenim pravilima. Uvidi prvog tipa svakako su važni i zaslužuju posebnu elaboraciju,<sup>1</sup> ali oni nisu nešto što čitalac očekuje kada se u uvodu rada upozna sa autorovim namerama: „S obzirom na to da je osvetljenje uloge odluke u tumačenju u normativnoj funkciji centralno za razumijevanje sudijskog pripisivanja značenja pravnom tekstu, u radu se polazi od razmatranja odlučivanja“ (Spaić 2020, 10). Spaić, doduše, na pojedinim mestima naglašava „da su neke od kognitivnih distorzija koje su bihevioralni psiholozi otkrili relevantne prilikom odlučivanja u pravu“ (Spaić 2020, 35), ali generalni smer razmatranja teorija o odlučivanju najvećma je pomerio autorovo istraživanje sa tog izuzetno važnog problema.

Čini se, takođe, da je bilo moguće ograničenja procesa odlučivanja u specifičnim okolnostima pravila dovesti u vezu sa drugim psihološkim ispitivanjima, koja Spaić izlaže u delu o determinantama sudijskog odlučivanja. Tamo nas, naime, upoznaje sa tim da „u objašnjenju ponašanja sudija psihologija već dugo koristi modele

1 Na primer, sledeći uvid zahteva detaljnu obradu koju, već s obzirom na naslov knjige, nije trebalo očekivati u ovom radu: „Vezana racionalnost i kognitivne predrasude koje su identifikovane u prethodnom poglavlju trebalo bi da u modelu odlučivanja po pravilima veoma malo ili nimalo ne utiču na kvalitet odluke onoga koji odlučuje jer pravilo prilikom donošenja odluke preuzima primat u odnosu na individualne aberacije u odlučivanju. U kontekstu državne vlasti, impersonalno pravilo je zamijenilo vladavinu nesavršenih ljudi; najbolja odluka s obzirom na okolnosti i kognitivne sposobnosti sudije stavljena je po strani u korist odlučivanja po pravilima. Na taj način je mogućnost grešaka usled ograničene racionalnosti i kognitivnih devijacija umanjena“ (Spaić 2020, 70).

koje danas nazivamo *pravnim, atitudinalnim i strateškim*“ (Spaić 2020, 178). Poslednji pomenuti model, za koji Spaić kaže da se „empirijski pokazao kao najsolidniji“, podrazumeva da, prilikom odlučivanja, sudije „biraju alternative na osnovu mogućih posledica i odlučuju uzimajući u obzir svoje dugoročne ciljeve. Ciljevi o kojima je riječ mogu biti različiti – od napredovanja u sudskom sistemu, boljeg tumačenja prava do želje da tumačenje prava ‘okrene’ u određenom smjeru“ (Spaić 2020, 178). U literaturi, posebno onoj angloameričkoj, postoje već brojne studije koje prilično uverljivo koriste pomenuti strategijski model da bi bacile novo svetlo na neke stare pravnoteorijske probleme.<sup>2</sup> Ostaje, stoga, utisak da bi i Spaićevo dovođenje u vezu strategijskog modela i opštih teorijskih razmatranja o odlučivanju na najadekvatniji način osvetlilo decizionu prirodu sudijskog tumačenja.

2. Rečeno je već na početku osvrta da se Spaić skrupulozno drži distinkcije između deskriptivnih i normativnih pozicija. Ipak, i on sam je svestan da između njih postoje određene relacije. Pa tako i za formalizam na jednom mestu kaže da je „deskriptivna teorija pravnog tumačenja [koja] u svojoj podlozi ima određene normativne pretpostavke“ (Spaić 2020, 160). Kada se isto pitanje postavi za radikalnu antiformalističku tezu, Spaić će ustvrditi da je ona spojiva sa svim normativnim doktrinama, pa čak i tekstualizmom, koji se uobičajeno poistovećuje sa formalizmom. To je, prema mom sudu, druga ozbiljna prepreka na autorovom putu do zaočružene i konzistentne teorije o sudijskom tumačenju.

Problem za Spaićevo poziciju nastaje onda kada stvari obrnemo i uvidimo da normativne doktrine pretpostavljaju određene deskriptivne teorije o prirodi tumačenja. Pa tako se doktrina formalizma, koja zagovara tezu da sudija treba da se dosledno pridržava tekstualističkog kanona tumačenja, prirodno naslanja na opis sudijskog tumačenja kao ekstraktovanja normativnog značenja (pravila) iz teksta izvora prava. Da li je, međutim, normativna doktrina formalizma spojiva sa radikalno antiformalističkom teorijom prava? Spaić očigledno veruje da jeste, ali da bi to dokazao, izgleda da je primoran da usvoji znatno labaviju tezu normativne doktrine formalizma. Na jednom mestu on kaže da „iz prigovora jezičke neodređenosti ne slijedi da je nemoguće *normativno obavezati sudiju da pripiše jedno određeno značenje pravnom tekstu*“ (obeležio M. J.) (Spaić 2020, 213). Tako se normativna pozicija formalizma odjednom preobraća u obavezu sudije da prilikom utvrđivanja normativnog značenja izvora prava ne zaobiđe potpuno pravni tekst (Spaić prethodno referiše na Šauera, koji razmatra tri načina da se zaobiđe tekst pravne norme).

---

2 Takva jedna tema jesu odluke Vrhovnog suda SAD u politički osetljivim slučajevima. Strategijski model sudijskog postupanja predstavlja metodološku alternativu razmatranju sudskih odluka iz perspektive normativnih teorija tumačenja. Vidi, na primer, Hammond, Thomas, Chris Bonneau, Reginald Sheehan. 2005. *Strategic Behavior and Policy Choice On The U.S. Supreme Court*. Stanford: Stanford University Press.

U sledećem koraku, Spaić koriguje taj labavi stav, pa prihvata Šauerovu tezu o tzv. prezumtivnom formalizmu, koji „se sastoji u uputu da se tekstu pripíše jedno normativno značenje na osnovu njegovog doslovnog jezičkog značenja“, dok se „u razmatranja uključuju i drugi razlozi samo ukoliko rezultat pripisivanja doslovnog jezičkog značenja dovodi do apsurdnih rezultata“ (Spaić 2020, 215). Spaić odmah napominje da „prezumptivni formalizam ne dovodi u pitanje antiformalističke tvrdnje koje se zastupaju u ovom radu, jer predstavlja u biti normativnu teoriju pravnog tumačenja, a ne teoriju prirode pravnog tumačenja“ (Spaić 2020, 215). Problem je, međutim, u tome što se Šauerova normativna pozicija prezumtivnog formalizma očigledno oslanja na uverenje da je formalizam kao deskriptivna (kognitivistička) teorija tumačenja u osnovi tačna. Osvrćući se na Šauerovo učenje, Ričard Pozner (Richard Posner) primećuje da ono odlučujuće zavisi od pitanja da li je (deskriptivni) formalizam „moguć“ (*feasible*) (Posner 1990, 40 fn 4). Šauer to pitanje izričito ne adresira, ali izvesno računa sa tim da sudija *može da sazna* „doslovno jezičko značenje“ teksta izvora prava. Spaić pak takvu mogućnost negira. A negirajući održivost formalizma kao deskriptivne pozicije, Spaić ne ostavlja teren na kojem bi se mogla braniti bilo koja verzija normativnog formalizma, pa ni ova Šauerova. Naprosto, Spaićeva pozicija se ovde sudara sa kantovskim principom „*Sollen impliziert Können*“ (Kant 1979, 51–53)<sup>3</sup> – kako na smislen način ustanoviti *dužnost* sudije da bude privržen tekstualističkom kanonu ako se tvrdi da se sadržaj pravnog pravila (normativno značenje) *ne može* ekstrahovati iz jezika izvora prava?

3. Poslednji problem na koji želim da skrenem pažnju nije manifestno izražen u Spaićevom izlaganju. Štaviše, taj problem nije karakterističan samo za njegov rad već se javlja kod svih autora antiformalističke provenijencije. Antiformalizam nije, naravno, zaokružena teorija o prirodi prava, ali njegove ključne teze ostavljaju neka otvorena pitanja krajnje nedorečenim. Recimo, zastupajući tezu o inherentnoj neodređenosti jezika, antiformalizam stavlja u prvi plan diskrecionu vlast sudija jer oni „nijesu potpuno ograničeni tekstovima izvora prava kada donose odluke“ (Spaić 2020, 155). Štaviše, u svojoj jakoj skeptičkoj verziji, koju, na primer, zastupa Rikardo Gvastini (Riccardo Guastini), a Spaić je izlaže bez ikakvog kritičkog zazora, tvrdi se da „prije čina sudijske interpretacije formulacije izvora prava i ne postoji opšta norma koja je dovoljno određena da bi bila upotrebljiva u rješavanju slučaja“ (Spaić 2020, 144). Istovremeno, antiformalizam nastoji da adresira neke tradicionalne obzire, kao, na primer, „temeljno očekivanje koje imamo od pravnog sistema – očekivanje predvidljivosti“ (Spaić 2020, 178).

Problem koji sobom nosi radikalna nekognitivistička (realistička) pozicija u pogledu sudijskog tumačenja nije prvenstveno to što se tako dovodi u pitanje

3 Naravno, on je kod Kanta formulisan kao etički princip.

status zakona kao istinskog izvora prava (Chiassoni, 121–122)<sup>4</sup> niti to što nam naizgled deluje da ništa ne može zauzdati diskrecionu vlast sudija i obezbediti pravnu sigurnost<sup>5</sup> već to što *takva pozicija suštinski osporava normativnost zakona*, kao najtipičnijeg autoritativnog teksta po kojem sudija postupa. Ako se pod normativnošću prava razume nastojanje da se propisanim pravilima usmerava i reguliše ljudsko ponašanje (Jovanović 2019, 128), onda radikalna antiformalistička pozicija implicira da u činu legislacije nema čak ni tog nastojanja. Naime, ako tekst zakona nije dovoljno određen da bi za sudiju bio upotrebljiv u rešavanju slučaja, onda on ne može biti dovoljno određen ni da bi bio upotrebljiv za subjekte na koje se odnosi i čije ponašanje, navodno, reguliše i usmerava. Drugim rečima, tekst zakona nije normativan.

Među kontinentalnim pobornicima radikalne realističke pozicije, Gvastini je taj koji je spreman da izvede konsekventne zaključke u vezi sa prirodom prava. On kaže da su norme prvenstveno jezički entiteti, a potom i da one mogu biti oživotvorene samo putem akata „legislacije“, shvaćene u generičkom smislu (Guastini 2015, 48). Međutim, realizam nas uči da normativni tekstovi (zakonski „članovi“, „paragrafi“) zahtevaju tumačenje da bismo došli do „normativnog značenja“, odnosno „norme“ u striktnom smislu te reči. Ako normativne formulacije mogu biti protumačene tako da izražavaju normu N1 ili normu N2, šta onda tačno možemo nazvati pravom? Gvastini zaključuje da „pravni tekstovi nisu 'pravo': napokon, oni nisu ništa više od izvora prava“ (Guastini 2015, 49). Među predstavnicima klasičnog američkog pravnog realizma slično stanovište je zastupao Džerom Frenk (Jerome Franck).<sup>6</sup>

Ta pozicija ne samo da je kontraintuitivna već je i u dubokom neskladu sa pravnom praksom. Ponajbolji dokaz za to je jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava, koja je u vezi sa različitim članovima Konvencije razvila autonomni koncept (Popović 2010, 107–120) „zakona“ i „zakonitosti“ (*lawfulness*). Ukratko, da bi određeni pravni akt države članice bio smatran „zakonom“, Sud je vremenom težište pomerio sa formalnih na supstantivne kriterijume (*quality of law*). Sadašnja pozicija Suda se u pogledu tog pitanja može sumirati na sledeći način – nešto će

---

4 Kjasoni to vidi kao jedan od „navodnih“ problema koje otvara njegova realistička teorija tumačenja prava i koja je, prema njegovom sudu, lako otklonjiva.

5 Spaić taj problem formuliše na sledeći način: „ako tekst izvora prava ne objašnjava ishode pravnih sporova, šta je to što u dovoljnoj mjeri uz izvore prava može da utiče na sudijske odluke da bi ishodi sporova bili dovoljno slični da ispune elementarna opravdana očekivanja koja građani imaju od savremenih pravnih poredaka“ (Spaić 2020, 157). Njegov odgovor na taj problem je izlaganje o determinantama sudijskog odlučivanja.

6 U predgovoru šestom izdanju svog najpoznatijeg dela, Frenk kaže: „Verujem da će čitalac, kada god naiđe na reč 'pravo', shvatiti... da sam samo hteo da govorim o aktuelnim prošlim odlukama ili da nagađam o budućim odlukama“ (Franck 1949).

se smatrati „zakonom“ bez obzira na to da li je u pisanoj ili nepisanoj formi i bez obzira na to da li je akt zakonodavstva ili je sudski stvoreno, ako zadovoljava uslove „dobrog kvaliteta svojih odredaba, shvaćenog u terminima unutrašnje jasnoće, predvidljivosti, preciznosti i dostupnosti“ (Lupo, Piccirilli 2012, 237). U jednoj od prvih odluka koje su zasnovale tu praksu, Sud je naznačio da „norma ne može biti smatrana 'zakonom' ako nije formulisana sa dovoljnom preciznošću da građaninu omogući da reguliše vlastito ponašanje: on mora biti sposoban – ako je potrebno, uz odgovarajući savet – da, do stepena izvesnosti koji je razuman u datim okolnostima, predvidi posledice koje preduzeti postupak može da izazove“.<sup>7</sup> U osnovi, Sud će izvesne normativne formulacije smatrati „zakonom“ *ako i samo ako ispunjavaju kriterijum normativnosti*. Na taj način, praksa suda koja je značajna za toliki broj zemalja, i kontinentalne i anglosaksonske porodice prava, predstavlja najeklatantniji pokazatelj da radikalni antiformalizam, kao teorija koja nastoji da ponudi tačan opis sudijskog tumačenja, ne uspeva u svom naumu.

\* \* \*

Uprkos iznetim kritikama, putešestvije na koje čitaoca vodi Spaićeva knjiga na mnogo načina je uzbudljivo. Kada je reč o sudijama, ona će učiniti da im se deonica koju su toliko puta prešli, presuđujući slučajeve, odjednom ukaže kao potpuno novi krajolik u kojem još toliko toga novog može da se istraži. Kada je reč o pravnim teoretičarima, ova knjiga ih upozorava da je put prepun serpentina, čak i neobezbeđenih deonica sa odronima, pa do sigurnog odredišta – zaokružene teorije o pravnom tumačenju – treba voziti sa pojačanom pažnjom. Zbog tih svojih kvaliteta, u danima kada su atraktivne turističke lokacije zbog manjka vremena ili novca fizički nedostupne, Spaićeva knjiga za svakog pravnika predstavlja idealnu duhovnu destinaciju.

---

7 *The Sunday Times v. UK*, Judgment of 26 April 1979, par. 49.

LITERATURA

1. Posner, Richard. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.
2. Kant, Imanuel. 1979. *Kritika praktičkog uma* (prevod Danilo N. Basta). Beograd: BIGZ.
3. Chiassoni, Pierluigi. 2019. *Interpretation without Truth – A Realistic Enquiry*. Cham: Springer.
4. Jovanović, Miodrag. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
5. Guastini, Riccardo. 2015. A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 27: 45–54.
6. Franck, Jerome. 1949. *Law and the Modern Mind*. VI. London: Stevens & Sons.
7. Popović, Dragoljub. 2010. Autonomous Concepts of the European Human Rights Law. 121–137. *Human Rights Today – 60 years of the Universal Declaration*. Utrecht: Eleven International Publishing.
8. Lupo, Nicola, Piccirilli Giovanni. 2012. European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of “Law“?” *Legisprudence* 6: 229–242.

## 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](mailto: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](mailto: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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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) donedavno<sup>3</sup> 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 Skalijske (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.<sup>4</sup>

## 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 realizam<sup>5</sup>). 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 narativ<sup>6</sup> 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-oslonec 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“.<sup>7</sup> 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 građane<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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 pravници 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 autoriteta<sup>10</sup>, 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.<sup>11</sup> I, prema mom sudu, postoje različite strategije da se na njega odgovori.<sup>12</sup> 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 pravници, bilo da se bave pozitivnopravnim disciplinama, bilo da su pravni teoretičari ili filozofi, smatraju da se deskripciji uvek dodaje takozvana sistematizacija.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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 prava<sup>16</sup>, 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,<sup>17</sup> za kojeg reč, ni manje ni više, znači ono što odluči da ona znači. To čak nije ni suveren.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> 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.



## Judges, Language, and Legal Interpretation: A Reply To Critics

Bojan Spaić

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.12



0000-0002-8887-9683

### Cite this article

Spaić, Bojan. 2/2024. Sudije, jezik i tumačenje prava: odgovor na kritike. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 142–167

DOI: 10.51204/IVRS\_24205A

### Keywords

- Philosophy of Law
- Legal Interpretation
- Judicial Interpretation of Law
- Norms
- Normative Statements

### Author for correspondence

Bojan Spaić,  
[bojan.spaic@ius.bg.ac.rs](mailto:bojan.spaic@ius.bg.ac.rs)

*The article clarifies the theory of legal interpretation introduced in the monograph “Nature and determinants of judicial interpretation of law” regarding the criticisms by Miodrag Jovanović, Goran Dajović and Aleš Novak. Special emphasis is placed on the problems of (1) the relationship between judicial interpretation of law, scientific interpretation of law, and lay interpretation of law, (2) the relationship between natural language and the default understanding of natural language and legal language, as well as (3) determinants that influence the judicial interpretation of law. In connection with these problems, the author draws the following conclusions: (1) judicial interpretation of law, in contrast to scientific and lay interpretation, represents interpretation in a normative function, and judges attribute one of the possible normative meanings to legal texts; (2) the normative meanings of legal texts are not determined by their linguistic content, but are the very rules of interpretation that we call linguistic rules that are formulated and contingently respected within the legal profession; (3) legitimate and illegitimate determinants of judicial interpretation in its two meanings – cognitive and volitional – determine the possibilities of normative meanings of legal texts and decisions about the normative meaning of those texts made by judges. The arguments presented in the text join the arguments presented in the monograph as reasons for accepting realistic (anti-formalist) viewpoints in the theory of legal interpretation.*



## Sudije, jezik i tumačenje prava: odgovor na kritike

Bojan Spaić

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.12



0000-0002-8887-9683

### Referenca

Spaić, Bojan. 2/2024. Sudije, jezik i tumačenje prava: odgovor na kritike. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 142–167

DOI: 10.51204/IVRS\_24205A

### Ključne reči

- Filozofija prava
- Pravno tumačenje
- Sudijsko tumačenje prava
- Norme
- Normativni iskazi

### Autor za korespondenciju

Bojan Spaić,

[bojan.spaic@ius.bg.ac.rs](mailto:bojan.spaic@ius.bg.ac.rs)

U članku se precizira teorija pravnog tumačenja izložena u monografiji „Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava“, povodom kritika koje su uputili Miodrag Jovanović, Goran Dajović i Aleš Novak. Poseban akcenat je na problemima (1) odnosa između sudijskog tumačenja prava, naučnog tumačenja prava i laičkog tumačenja prava, (2) odnosa između prirodnog jezika i podrazumevanog razumevanja prirodnog jezika i pravnog jezika, kao i (3) determinantama koje utiču na sudijsko tumačenje prava. U vezi s tim problemima autor donosi sledeće zaključke: (1) sudijsko tumačenje prava za razliku od naučnog i laičkog tumačenja predstavlja tumačenje u normativnoj funkciji, te da sudije pripisuju pravnim tekstovima jedno od mogućih normativnih značenja; (2) normativna značenja pravnih tekstova nisu određena njihovim jezičkim sadržajem već su i sama pravila tumačenja koje nazivamo jezičkim pravila koja su formulirana i koja se kontingentno uvažavaju u okviru pravne struke; (3) legitimne i nelegitimne determinante sudijskog tumačenja prava u dva svoja značenja – kognitivnom i volitivnom – određuju mogućnosti normativnih značenja pravnih tekstova i odluke o normativnom značenju tih tekstova koje donose sudije. Argumenti koji su izloženi u tekstu pridružuju se argumentima izloženim u monografiji kao razlozi za prihvatanja realističkih (antiformalističkih) stanovišta u teoriji pravnog tumačenja.

## 1. UVOD\*

U monografiji *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava* (Spaić 2020, u nastavku: *PiD*) odstupa se od kanona naučne literature iz oblasti filozofije prava i teorije pravnog tumačenja: 1) izlaganje počinje razmatranjem kognitivno-bihevioralnih i filozofskih shvatanja odlučivanja, 2) strogo se razdvajaju konceptualni, deskriptivni i preskriptivni pristup pravnom tumačenju, 3) kritikuju se pravni formalizam i formalizam pravnika, koji je osnovno metodološko uporište pravne nauke, 4) zastupa se stanovište da je utvrđivanje normativnog značenja pravnih tekstova rezultat odluke sudije, 5) tvrdi se da volja sudije u utvrđivanju značenja pravnih tekstova ne znači i proizvoljnost u tumačenju, 6) obrazlažu se determinante sudijskog tumačenja prava, 7) determinante sudijskog tumačenja prava se povezuju konceptom institucionalne kontrole pravnog tumačenja. Celokupan jeretički poduhvat je pritom 8) izložen sa idejom da se jedan značajan deo postojeće teorije pravnog tumačenja „stavi u zgrade“ i preispita, a tek na kraju rada razmatraju se neka pitanja koja dominiraju u savremenim debatama o pravnom tumačenju.

Razboritiji autor bi odstupanja od uvreženih stanovišta uklopio u knjigu koja bar sistematikom podseća na postojeće rasprave o tumačenju prava. Utvrdio bi šta je tumačenje uopšte, pa bi, polazeći od toga, odredio šta je tumačenje prava. U tumačenju prava bi morao da razlikuje vrste tumačenja prava s obzirom na subjekte koji tumačenje preduzimaju, pa bi primetio i da je tumačenje prava koje preduzimaju sudije različito od tumačenja prava koje preduzimaju drugi subjekti. Zaključio bi, verovatno, da je sudijsko tumačenje prava zapravo pripisivanje jednog određenog normativnog značenja pravnom tekstu, akt volje, autoritativna odluka o normi koja će biti povezana sa normativnim iskazom koji je sadržan u izvoru prava.<sup>1</sup> Pošto normativni sadržaj normativnog iskaza zasigurno nije određen u celini samim tim iskazom, pokušao bi da utvrdi čime je još određen. Bilo kakav zaključak o tome šta još determiniše sudijsko pripisivanje značenja pravnom tekstu morao bi da obuhvati pravila tumačenja i pravnu doktrinu. Postupno i bojažljivo, razboritiji autor bi uveo i činjenice koje utiču na sudijsko rasuđivanje i sudijsko tumačenje prava koje prolaze ispod radara filozofije prava i razmatraju se u politikologiji, psihologiji i sociologiji. Tek bi tada, u skladu sa manirima akademskog pisanja i rasprave, moglo da bude reči i o odlučivanju između normativnih mogućnosti koje nastaju

\* 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 Pretpostavka je da su formalni izvori prava u savremenim pravnim sistemima autoritativni tekstovi koji se smatraju izvorima prava na osnovu nekog pravila (priznanja) koje slede zvaničnici tog pravnog sistema. To gledište, naravno, nije univerzalno prihvaćeno (Spaak and Carpentier 2024, prihvaćeno za objavljivanje).

kao rezultat legitimnih i nelegitimnih uticaja na sudijsko pripisivanje normativnog značenja pravnim tekstovima.

Većina kritičkih primedaba u prilogima Aleša Novaka, Miodraga Jovanovića i Gorana Dajovića koji su objavljeni u ovom broju *Eudaimonie – časopisa za pravnu, političku i socijalnu teoriju i filozofiju*, jednako bi se odnosila i na rezultate rada stvarnog autora *PiD* i na potencijalne rezultate rada protivčinjeničnog autora. Poseban kvalitet dobrih naučnih i filozofskih recenzija nekog dela jeste taj što zanemaruju pitanja stila i sistematike i fokusiraju se na argumentativnu sadržinu recenziranog rada. U nastavku ću razmotriti pitanja koja njihove kritike pokreću, nadajući se da ću uspeti da odgovorim na najveći deo. Pozabaviću se 1) odnosom između tumačenja, tumačenja prava i sudijskog tumačenja, 2) odnosom između normi, normativnih iskaza i normativnih rečenica, 3) načinom na koji determinante sudijskog tumačenja prava utiču na sudijske odluke o normativnom značenju pravnih tekstova.

## 2. TUMAČENJE PRAVA I SUDIJSKO TUMAČENJE PRAVA

Tumačenje (u jednom, dominantom smislu) jeste aktivnost utvrđivanja značenja kulturnih tvorevina. S obzirom na cilj zbog kojeg se aktivnost utvrđivanja značenja preuzima, razlikujemo *rekognitivno* (saznajno), *reproduktivno* (izvođačko) i *normativno* tumačenje. 1) Cilj rekognitivnog tumačenja je da se utvrdi značenje neke kulturne tvorevine. Kada istoričar tumači tekst iz prošlosti, napisan na nekom od jezika koji više nisu u upotrebi, on to čini da bi utvrdio sadržaj tog spisa i njegov odnos s događajima određenog istorijskog perioda. Pokušava da *sazna* nešto o predmetu tumačenja. Kada filolog objavi rad o, recimo, ženi u Njegoševim književnim spisima, očekujemo da spise tumači da bi ustanovio shvatanje položaja, uloge i života žena, onako kako ih je pesnik shvatao, a možda i da bi nešto zaključio o stvarnom položaju žena u Crnoj Gori iz sredine 19. veka. 2) Reproductivno tumačenje je razumevanje određene kulturne tvorevine radi njenog *izvođenja*, tj. njene interpretacije. Za gitaristu koji izvodi *Asturias* koju je komponovao Isak Albeniz kažemo da je dobro interpretirao delo kompozitora koje je izvorno pisano za klavir. Za veštu glumicu na sceni kažemo da maestralno interpretira Noru (Helmer) iz istoimene drame Henrika Ibzena. 3) Konačno, normativno tumačenje se preuzima sa ciljem da se utvrdi šta je zabranjeno, na šta smo ovlašćeni, šta je obavezno. Vernik koji tumači svete spise to radi sa namerom da odgovori na pitanje *kako treba da se ponaša*. Subjekt prava koji čita zakonski tekst to čini sa ciljem da utvrdi ponašanja koja su u određenom institucionalnom kontekstu pravno naređena, zabranjena ili dozvoljena. Pravno tumačenje je tumačenje u normativnoj funkciji.<sup>2</sup>

---

2 Klasifikacija tumačenja s obzirom na njihovu funkciju rezultat je rada italijanskog teoretičara tumačenja Emilija Betija. Betijevo shvatanje tumačenja je metodološko, a time i pretežno normativ-

Dakle, cilj tumačenja prava je da se utvrde pravila koja su izražena kulturnim objektom koji tumačimo. U savremenim pravnim porecima taj kulturni objekat je najčešće tekst formalnog izvora prava. No, u pravnoj nauci, filozofiji prava i pravnoj praksi sam izraz „tumačenje prava“ je višeznačan. Prema shvatanju Đovanija Tarela i Rikarda Gvastinija, on se koristi da označi: 1) *aktivnost* utvrđivanja značenja nekog pravnog teksta (pr. „Profesor je na času tumačio član 14 Zakona o obligacionim odnosima“); 2) *rezultat* te aktivnosti (pr. „Njegovo tumačenje člana 14 Zakona o obligacionim odnosima je restriktivno“); 3) *apstraktno pripisivanje značenja* (tumačenje u užem smislu; pr. „Šteta podrazumeva bilo kakvo umanjeње vrednosti stvari“); 4) *konkretno pripisivanje značenja* (kvalifikacija; „Lomljenje stakla konstituše štetu“); 5) *kognitivnu aktivnost* utvrđivanja značenja (naučno tumačenje, tumačenje u saznoj funkciji; pr. „Šteta u ovom kontekstu označava a) bilo kakvo umanjeње vrednosti, b) žal za nečim što se nije desilo, c) čin kojim je izazvano umanjeње vrednosti...“); 6) *voljna (volitivna) aktivnost* odlučivanja o jednom određenom značenju, te i odbacivanju ostalih mogućih značenja (Guastini 2014, 375 i dalje). U svakodnevnom rasuđivanju pravnika i pravne nauke sva ta različita značenja „tumačenja prava“ povezana su do neprepoznatljivosti.

U filozofiji prava nam pak ni ta brojna razlikovanja nisu dovoljna, pa često uvodimo dodatne kriterijume za razlikovanje između postupaka tumačenja prava. Jedan od tih dodatnih kriterijuma se tiče subjekata koji tumačenje preduzimaju. U najširem smislu, aktivnost tumačenja prava preduzimaju svi oni kojih se pravo na bilo koji način tiče. 1) Izvore prava tumače adresati pravnih pravila da bi utvrdili na šta su ovlašćeni, šta im je zabranjeno, šta im je naređeno (*laičko tumačenje*). 2) Tumači ih i pravna nauka koja nastoji da utvrdi moguća značenja pravnih tekstova i da ih poveže u neprotivrečnu celinu (*naučno tumačenje*). 3) Pravne tekstove tumače i državni organi koji su doneli te pravne tekstove, sa ciljem da reše sporno apstraktno pitanje o značenju teksta (*autentično tumačenje*). 4) Konačno, tekstove tumače sudovi da bi definitivno utvrdili normativni sadržaj pravnih tekstova u situacijama postojanja spora o značenju tog teksta (*sudsko ili sudijsko tumačenje*).<sup>3</sup> *Laičko, sudsko tumačenje i autentično tumačenje su tumačenja u normativnoj funkciji* zbog toga što se preduzimaju radi usmeravanja sopstvenog ili tuđeg ponašanja. *Naučno*

no. Drugim rečima, osnovna ideja vodilja njegovih spisa jeste da se utvrde minimalni standardi dobrog tumačenja. O metodološkoj, ontološkoj i kritičkoj hermeneutici pisao sam u doktorskom radu (Spaić 2019).

3 O razlici između sudskog i sudijskog tumačenja prava nije bilo reči u *PiD*. Sudijsko tumačenje prava je tumačenje koje sudija pojedinac preduzima obavljajući svoju sudijsku ulogu. No sudovi su, što se često zanemaruje u laičkoj javnosti, kolegijalni organi. Odluke o značenju koje donose grupe sudija razlikuju se od odluka o značenju koje donosi sudija pojedinac. Jedna od značajnih razlika tiče se i načina na koje odnosi između sudija utiču na pripisivanje značenja pravnim tekstovima. Ti odnosi su tek u skorije vreme postali predmet interesovanja pravne nauke i filozofije prava (Posner, Vermeule 2016; Baude, Doerfler 2018).

tumačenje je tumačenje u rekognitivnoj funkciji zbog toga što njegov cilj nije da se ponašanje usmerava na osnovu pravnih tekstova već da se utvrde moguća normativna značenja tih tekstova.

## 2.1. Naučno tumačenje prava i sudijsko tumačenje prava

U *PiD* nisam pokušavao da odgovorim na pitanje prirode svake od pomenutih aktivnosti niti sam razmatrao tumačenje prava svih subjekata koji pravo tumače. Naprotiv, pažnju sam usmerio (skoro) isključivo na sudijsko tumačenje prava kao tumačenje koje preduzimaju sudije kao sudije – državni službenici u sudskim organima. Institucionalni položaj tih državnih službenika u savremenim sistemima podele vlasti je specifičan. Sudijsko tumačenje podrazumeva *autoritativno i konačno* ustanovljavanje *pravne norme* na osnovu *normativnih iskaza* sadržanih u tekstovima izvora prava. *Autoritativnost* se odnosi na dužnost subjekata da postupaju u skladu sa normativnim sadržajem pravnih tekstova koji su utvrdili sudovi. *Konačnost* se odnosi na pravnu nemogućnost da drugi državni organi izvrše direktnu reviziju sudijske odluke o značenju pravnog teksta. Drugim rečima, ako sudija (koji sudi u poslednjoj instanci) povodom konkretnog pravnog spora odluči da pravni tekst T koji glasi „Svako ima pravo da bude biran dva puta *uzastopno*“ ima normativno značenje  $N_1$  „Svako ima pravo da bude biran *najviše* dva puta“, a) subjektima je u pravnom sistemu P zabranjeno na osnovu T da obavljaju određenu funkciju više od dva puta i b) odluku o N (normativnom značenju) pravnog teksta T ne može revidirati drugi državni organ koji bi, primera radi, odlučio da je normativno značenje T zapravo  $N_2$ : „Svako ima pravo da bude biran dva puta za redom, uz mogućnost kandidovanja nakon mandata nekog drugog“.<sup>4</sup>

Kada se pitamo o prirodi tumačenja prava od institucionalnih aktera čije su odluke o normativnom značenju tekstova autoritativne i konačne, interesuje nas *šta razlikuje sudijsko tumačenje prava od tumačenja prava koje preduzimaju drugi subjekti, a posebno od tumačenja prava koje preduzima pravna nauka.*

1) Jedan mogući odgovor na to pitanje je kognitivistički ili formalistički – ništa. Sudijsko tumačenje prava identično je naučnom tumačenju prava. No taj odgovor ne može biti zadovoljavajući. Ako pravni tekstovi imaju samo jedno moguće normativno značenje, formalizam je tačna deskriptivna teorija pravnog tumačenja, zadatak sudija je da utvrde to jedno moguće normativno značenje, cilj sudijskog tumačenja je rekognitivan, a sudijsko tumačenje prava i naučno tumačenje prava

---

4 Mogućnost *direktno* revizije ne isključuje mogućnost *indirektno* revizije. Pod indirektnom revizijom podrazumevam situaciju u kojoj zakonodavni organ izmeni i dopuni tekst izvora prava kao reakciju na sudijsko utvrđivanje značenja tog teksta, sa ciljem da utiče na sudijsko pripisivanje normativnog značenja tom tekstu.

se ne razlikuju. Zadatak sudije je da utvrdi normu koja je tekstom izražena. Iz toga često proizlazi i jedna doktrinarna (normativna) tvrdnja. Ako tekst, kao što tvrde formalisti, ima jedno „pravo“ normativno značenje, sudija je utvrđeno značenje dužan da pripiše pravnom tekstu i da normu koju je tumačenjem dobio primeni u konkretnom slučaju. Moguće je, naravno, da sudija ne uspe da utvrdi to jedno tačno značenje i onda možemo da govorimo o tome (a) da tekst ne izražava normativno značenje (to se, primera radi, može desiti ako je tekst besmislen) ili pak (b) da je sudija pogrešio prilikom identifikacije norme koja je pravnim tekstom izražena.

2) Drugi mogući odgovor je nekognitivistički ili antiformalistički – sudijsko tumačenje prava se od drugih oblika tumačenja prava razlikuje po tome što sudija donosi odluku o jednom određenom normativnom značenju pravnog teksta koje će rešiti sporni slučaj. Pravna nauka može i treba da se zadovolji time da uglavnom apstraktno, ne uzimajući u obzir konkretan slučaj, utvrdi moguća normativna značenja pravnog teksta i da, eventualno, predloži ona značenja koja smatra „odgovarajućim“ na osnovu nekog kriterijuma ili skupa kriterijuma.<sup>5</sup> Zadatak je sudije, tj. suda, da autoritativno i konačno odluči o jednom određenom značenju koje će predstavljati normu za slučaj pred sudom i eventualno poslužiti kao uzorno (ili autoritativno) normativno značenje u budućim slučajevima. Hans Kelzen sažeto izražava suštinu antiformalističkog razlikovanja sudijskog i naučnog tumačenja prava kada kaže: „Zadatak naučnog komentara jeste da kritičkom analizom pronade moguća značenja pravne norme koja se tumači da bi ukazao na njene posledice, ostavljajući nadležnim autoritetima da između različitih mogućih tumačenja izaberu jedno koje iz političkih razloga smatraju boljim. To jedno značenje su samo ti autoriteti ovlašćeni da izaberu. Naučno tumačenje mora da izbegne fikciju da uvek postoji jedno tačno tumačenje. (...) Ta fikcija može imati neke političke prednosti. (...) Političke prednosti, pak, ne mogu opravdati proglašavanje jednog tumačenja, koje može subjektivno biti poželjnije, za objektivno tačno tumačenje. To predstavlja grešku predstavljanja političke pogodnosti kao logičke nužnosti“ (Kelsen 1951, XVI).

Ako pravni tekstovi imaju više mogućih normativnih značenja, antiformalizam je tačna deskriptivna teorija pravnog tumačenja, zadatak sudija je da pripišu tekstu

5 Profesor Dajović tvrdi da je u *PiD* određenje pravne nauke, kao discipline koja identifikuje moguća značenja pravnih tekstova, restriktivno, te da se zanemaruje činjenica da pravna nauka obavlja i važan posao klasifikacije i sistematizacije. Ne verujem da je reč o alternativnom shvatanju pravne nauke niti da sistematizacija i klasifikacija normi bitno izlazi izvan okvira utvrđivanja mogućih značenja pravnih tekstova. Naprotiv, u samoj pravnoj nauci je relativno često da postoji dominacija jednog određenog tumačenja, jedne određene sistematizacije i jedne određene klasifikacije pravnih pravila koja se dobijaju tumačenjem. Naime, Dajović insistira na tome da se tvrdnje pravne nauke o podležećoj stvarnosti kojom se pravna nauka bavi moraju razmatrati sa stanovišta istinitosti. No nije izvesno šta bi podrazumevala istinitost tvrdnji o značenju pravnih tekstova.

jedno od mogućih značenja, a sudijsko i naučno tumačenje prava se razlikuju upravo po tome što sudija autoritativno pripisuje jedno značenje pravnom tekstu. U doktrinarnom smislu, iz antiformalističkih stanovišta (uz pravilo *non liquet*) sledi dužnost sudije da jedno od tih mogućih značenja pripíše pravnom tekstu. Ako su sva značenja koja je sudija utvrdio moguća, izbor bilo kojeg od mogućih značenja ne može se smatrati tačnim ili pravim, što naravno ne isključuje mogućnost vrednovanja pripisanog značenja na osnovu drugih kriterijuma. U *PiD* zastupam jednu varijantu antiformalizma po kojoj je *priroda sudijskog tumačenja*, ono čime se sudijsko tumačenje prava razlikuje od drugih oblika tumačenja, *činjenica da sudija autoritativno i konačno odlučuje o normativnom značenju pravnog teksta, tj. pripisuje tekstu jedno normativno značenje*.

## 2.2. Laičko tumačenje prava i sudijsko tumačenje prava

Profesor Novak i profesor Dajović, čini se, ne prigovaraju u značajnoj meri tom razlikovanju između naučnog i sudijskog tumačenja<sup>6</sup> već problemu pristupaju iz perspektive razumevanja prava od strane laika. U prilog tome da sudovi ne pripisuju značenje pravnim tekstovima govori činjenica da adresati pravnih pravila, laici, tumače pravne tekstove jednoobrazno, bez posredovanja sudova i pravne nauke. Profesor Novak tvrdi da je usmerenost filozofije prava na sudove i sudije omogućila značajne uvide, ali je izazvala i miopiju koja se pre svega odnosi na poštovanje pravila od strane laika na koje se ta pravila odnose. Ako bi pravo koje se odnosi na njihovo ponašanje bilo određeno, neobjašnjivo bi bilo generalno postupanje po pravnim pravilima. Sličnu kritiku upućuje i profesor Dajović tvrdeći da sudovi ne odlučuju uvek iz dva osnovna razloga: 1) u praksi sudova nije svako pitanje sporno pitanje, 2) postupanje građana bi takođe zavisilo od tumačenja, pa bi i građanima bio potreban pravni savetnik da bi postupali u skladu s pravom (jer bi u suprotnom pravni sistem bio neefikasan). Ako bismo prihvatili antiformalizam, adresatima pravnih pravila bi, tvrdi Dajović, ukoliko nameravaju da postupaju sapravno, bio potreban celodnevni pravni tutor koji bi umesto njih tumačio i vrednovao.<sup>7</sup>

Pomenute kritike ne korespondiraju mojim osnovnim intuicijama u vezi s delovanjem prava na jednu kategoriju adresata pravnih pravila. Laici, naime, veoma retko tumače pravne tekstove.<sup>8</sup> Noviji pregledi rezultata empirijskih istraživanja

---

6 Razlikovanje se u tom obliku pojavljuje već u radovima Hansa Kelzena (Paulson 2019). Đenovljanski pravni realizam samo naglašava razliku u novijoj literaturi o pravnom tumačenju.

7 Dajović, doduše, polazi od pretpostavke da je tvrdnja da je sudijsko tumačenje po prirodi odlučivanje deskriptivno-empirijska tvrdnja. No reč je o konceptualnoj tvrdnji. Priroda sudijskog tumačenja prava je takva da sudija uvek može da donese odluku o značenju pravnog teksta, ali ne i da sudija uvek svesno i namerno donosi odluku o normativnom značenju pravnog teksta.

8 Strogo posmatrano, pravna regulacija se ne odnosi na jednog određenog adresata i njegovo ponašanje već na ponašanje koje je normalno, redovno, uobičajeno u društvu (Schauer 1993).

uporno pokazuju da ni laici ni eksperti u pojedinim nepravnim oblastima često nemaju ni osnovna znanja o pravnim tekstovima koji se na njih odnose (van Rooij 2021, 468). Po pravilu će adresati svoje normalno, uobičajeno ponašanje prilagoditi pravnim zahtevima na način na koji su shvatili te pravne zahteve. Razumevanje pravnih zahteva će uglavnom biti posredovano saopštenjima drugih autoriteta, medija, pravnih eksperata i drugih laika koji su opet direktno ili indirektno shvatili pravo. Regulisanje određene oblasti pravom može biti *konstitutivno, regulativno i kodifikativno*. *Konstitutivna pravna regulacija* postoji kada se pravnim aktom ustanovljavaju neki društveni odnosi. *Regulativna pravna regulacija* postoji kada se pravnim aktom usmeravaju neki već postojeći odnosi. *Kodifikativna pravna regulacija* uzima postojeća socijalna pravila i pretvara ih u pravna pravila – legalizuje socijalna pravila tako što ih izražava pismenim aktom koji je donet u pravom propisanoj proceduri.<sup>9</sup>

Zamislimo da se u Srbiji usvaja *Zakon o stomatologiji*. Sama stomatološka delatnost nije konstituisana tim zakonom već se redovno i normalno odvija po formalnim i neformalnim pravilima stomatološkog obrazovanja i stomatološke struke. Cilj zakona je da reguliše oblast tako što će 1) normalno, dominantno stomatološko delovanje pravno normirati, 2) normirati delovanje koje nije normalno, redovno i dominantno ali je politički poželjno (tj. poželjno sa nekog stanovišta). Za stomatologe koji se svojom profesijom bave redovno, u skladu s formalnim ili neformalnim pravilima struke, osnovne adresate novog Zakona, samo su potonja pravila značajna. O njima će stomatolozi saznati od medija, od kolega, od nadređenih na klinikama i fakultetima, od stomatoloških komora, a ovi pak od pravnika koji u odgovarajućim institucijama prate zakonodavne promene. Stomatolog će, po pravilu, za zakonskim tekstom objavljenim u službenom glasniku posegnuti samo u slučaju da ima ozbiljnu nedoumicu. Ako nedoumica rezultira sporom između, recimo, pacijenta i stomatologa, spor će se rešavati pred sudom. Sam spor ne nastaje zbog toga što se pacijent i stomatolog ne slažu u pogledu ispravnog tumačenja zakona već po pravilu zbog toga što imaju suprotstavljene interese. Pacijent može, primera radi, tvrditi da je stomatolog dužan da mu nadoknadi troškove prevoza do stomatološke ordinacije. Stomatolog može tvrditi da te troškove pokriva pacijent. Prvobitno nerazumnu tvrdnju pacijent može, po savetu nekog, recimo, pravnika, potkrepiti zakonskom odredbom koja kaže da „stomatolog snosi troškove u vezi sa stomatološkom intervencijom“. Dođe li spor pred sud, pred sudom će biti postavljen zahtev da odluči da li troškovi u vezi sa stomatološkom intervencijom podrazumevaju i troškove prevoza pacijenta do stomatološke ordinacije. Zamislivo je da sud odluči da postoje određene situacije u kojima troškovi stomatološke intervencije obuhva-

9 Konstitutivnost i regulativnost su češće karakteristike normi nego što su karakteristike normativnih akata. Po pravilu će određeni pravni akt sadržati neke konstitutivne a i neke regulativne norme (Marmor 2018).



taju i troškove prevoza. Naravno, ni sam spor ni odluka suda neće biti ni u celini ni dominantno zasnovani na tom pravnom tekstu novousvojenog zakona.

U situacijama u kojima je pravnim aktom ustanovljen neki novi društveni odnos, recimo profesija notara, ne postoje postojeća ponašanja koja se odvijaju nezavisno od njihove pravne regulacije već sam pravni akt dovodi do toga da se takva ponašanja ustanove. U praksi će se pojaviti brojna pitanja u vezi sa kojima u zakonskom tekstu ne postoji odgovor o kojem će se učesnici te prakse saglasiti. Zakon može, recimo, solemnizaciju poveriti notarima bez preciziranja brojnih pitanja koja se u vezi sa postupkom mogu pojaviti. Jedan notar će tvrditi da se solemnizacija odvija po pravilima po kojima su solemnizaciju obavljali sudovi u čijoj je nadležnosti taj postupak bio do ustanovljavanja nove prakse. Drugi će pak tvrditi da notarska profesija formira sopstvena pravila o solemnizaciji. Nove prakse se ustanovljavaju na osnovu tumačenja pravnih pravila i brojnih drugih normativnih i nenormativnih uticaja. Konačan izgled nove prakse koja je pravom ustanovljena zavisice od a) regulacije te prakse pravnim aktom, b) tumačenja tog pravnog akta od učesnika u praksi, c) autoritativnih tumačenja pravnog akta od državnih organa. I u slučaju konstitutivne pravne regulacije pravni odnos neće konačan oblik dobiti na osnovu teksta pravnog akta kojim je odnos ustanovljen već će se formirati na osnovu toga kako će taj pravni akt razumeti subjekti koji žele da učestvuju u novonastaloj praksi i autoritavni tumači pravnog akta koji rešavaju sporove koji u nastaju u novim društvenim odnosima.

Tekst kojim se izražavaju pravne norme nije dovoljan da sudija reši sporne slučajeve, ali je u savremenim pravnim porecima često neophodan da bi neki društveni odnos bio pravno konstituisan ili pravno regulisan. U tom smislu se ne može reći da antiformalizam rezultira iščezavanjem normativnosti pravnog akta, kao što to smatra profesor Jovanović u svojoj kritici *PiD*, niti se može tvrditi da po antiformalizmu pravni tekstovi „ne izražavaju bar neko značenje većinu vremena“, kao što to tvrdi profesor Novak. Na isti način na koji je tekst „upotrebljiv“ za sudiju, upotrebljiv je i za ostale adresate pravnih pravila – on jeste neophodan radi nastanka prakse, ali i dalje ne određuje u celini tu praksu i njeno odvijanje. Antiformalistička tvrdnja o pluralitetu mogućih normativnih značenja pravnih tekstova stoga ne znači da su pravni tekstovi neinteligibilni već samo to da uvek može postojati spor o mogućim normativnim značenjima pravnih tekstova. Osnovni problem antiformalizma nije, dakle, manjak značenja pravnog teksta koji bi mogao da dovede do toga da adresati ne znaju kako da se ponašaju već višak mogućih značenja pravnog teksta koji nekada utiče na to da praksa koja se rukovodi normama dobijenim tumačenjem pravnih tekstova bude neujednačena. No različito razumevanje pravnih tekstova samo po sebi ne izaziva nepodnošljivu nekonzistentnost praksi već to čini samo u onim slučajevima u kojima je praksa zasnovana samo na pravnim razlozima, dakle

u situacijama kada pravo konstitutivno reguliše neki društveni odnos. No i u tim situacijama konzistentnost prakse neće zavisiti od jezičke formulacije pravila koje tu praksu reguliše već od podudarnosti u tumačenju pravila od njegovih adresata ili pak od postojanja prihvaćenog autoritativnog i konačnog tumačenja pravnog teksta.

Upravo zbog toga možemo da kažemo da ni u slučaju regulativnog regulacije ni u slučaju konstitutivne regulacije društvenih odnosa pravo adresatima ne daje direktne motivacione razloge za delovanje. Pravni tekstovi na adresate deluju posredno, indirektno, tako što bivaju prevedeni, protumačeni od drugih subjekata koji su stručniji za tumačenje prava. Konvergencija u razumevanju normativnog sadržaja pravnog teksta rezultat je „jednakog razumevanja“ tog teksta (Spaić 2012), ali je jednako razumevanje u bitnom određeno *pravničkim autoritativnim i neautoritativnim tumačenjem*, a ne značenjem koje taj tekst ima svakodnevno, prirodno, prosto, jednostavno, redovno.

### 3. PRIRODNI JEZIK I PRAVNI JEZIK

Osnovna konceptualna tvrdnja *PiD* jeste da je sudijsko tumačenje prava odluka o normativnom značenju pravnog teksta. Sudije, naravno, mogu utvrđivati moguća normativna značenja pravnog teksta, ali je njihov institucionalni položaj, njihov poziv, takav da autoritativno utvrđuju jedno određeno normativno značenje izvora prava koje reguliše sporni slučaj. Razlozi koje sam u *PiD* naveo u prilog toj tvrdnji temelje se na kritici formalističkih konceptualnih i deskriptivnih shvatanja tumačenja prava. Naime, 1) sudije odlučuju o značenju, 2) postoji razlika između pravnih tekstova i pravnih normi, 3) jezik je nedovoljno određen da bi njime na opšti način bilo iskazano ili utvrđeno samo jedno normativno značenje. Ti se stavovi mogu dodatno potkrepiti jasnijim razlikovanjem između normi, normativnih rečenica i normativnih iskaza.

*Norme* su standardi ponašanja, propisi, zahtevi koji sadrže obaveze, ovlašćenja ili zabrane i koje uobičajeno izražavamo normativnim iskazima. Norme se u literaturi ambivalentno određuju i njihova priroda je upitna. U najmanju ruku, norme imaju apstraktnu, logičku dimenziju, unutrašnju idealnu strukturu i realnu, psihološku, sociološku i lingvističku dimenziju. Apstraktno, norme su razlozi za delovanje subjekta. Realno, norme su psihološka stanja, društveni odnosi i jezički iskazi koji utiču na to da onaj na koga se norme odnose poštuje zahteve koji su u normi sadržani (Vuković, Spaić 2022).

*Normativne rečenice* su jezičke formulacije, nizovi reči koji eksplicitno sadrže neko trebanje.<sup>10</sup> Normativne rečenice su po prirodi višeznačne, što znači da *njihovo*

10 Eugenio Buligin normativne rečenice određuje kao „rečenice u kojima se pojavljuju deontički termini, kao 'treba', 'može', 'obavezno', 'zabranjeno', 'dozvoljeno' etc.“ (Buligin 1982).

*značenje nije nužno normativno.* Rečenica „zabranjeno je korišćenje telefona u toku ispita“ može da ima bar jedno ekspresivno, indikativno značenje i jedno normativno, preskriptivno značenje. U ekspresivnom značenju ta rečenica izražava normu, zapovest, propis, ali se njome može izraziti i tvrdnja da postoji neka norma, tj. da je na fakultetu određeno ponašanje u određenim situacijama zabranjeno (Bulygin 1982, 127).

*Normativni iskazi* su činovi kojima govornik u određenom kontekstu izražava norme – neku obavezu, ovlašćenje ili zabranu. Iskazi kojima se izražavaju norme mogu da dobiju oblik normativne rečenice, pa se, primera radi, zabrana pušenja često izražava normativnim rečenicama „pušenje je zabranjeno“, „ne puši“, „svi su obavezni da se uzdrže od pušenja“. No, u brojnim situacijama normativni iskazi imaju oblik indikativnih rečenica „u ovoj kući se ne puši“, „pušenje je štetno“, „glavni grad Srbije je Beograd“, „tajni podaci su oni podaci koji su u odgovarajućoj proceduri označeni kao tajni“. *Norme se dakle uvek izražavaju normativnim iskazima, ali normativni iskazi ne moraju da dobiju oblik normativne rečenice.*

Normativne rečenice imaju normativno semantičko značenje, koje zovemo rečeničko značenje. Rečeničko značenje dobijamo na osnovu značenja reči koje su u rečenicama upotrebljene bez obzira na kontekst. Rečenica koja glasi „Svako je dužan da poštuje saobraćajne propise“ je normativna rečenica, ali iskaz koji sadrži tu rečenicu nije nužno normativni iskaz. Da li će iskaz te rečenice biti normativan, zavisi od namere s kojom je govornik izrekao rečenicu i od konteksta u kojem je rečenica izgovorena. Ako izrekemo rečenicu s namerom da detetu pred spavanje reprodukujemo deo knjige u kojem je ta rečenica napisana, iskaz kojim smo reprodukovali rečenicu svakako neće biti normativan jer neće izražavati bilo kakvu obavezu, ovlašćenje ili zabranu. Na sličan način, rečenica koja glasi „Glavni grad Srbije je Beograd“ može imati normativno značenje ako je normativno iskazana, bez obzira na to što je njeno osnovno, samostalno značenje indikativno. Značenje normativnih iskaza zavisi od semantičkog značenja rečenice koja je izražena, ali i od pragmatičkog značenja koje nastaje zbog specifičnog načina na koji se rečenica upotrebljava.<sup>11</sup>

Tumačenje prava, rekli smo, preduzimaju pretežno pravnici. Kada utvrđuju norme na osnovu normativnih rečenica i normativnih iskaza, pravnici implicitno ili eksplicitno pretpostavljaju značajan broj stvari.<sup>12</sup> 1) Pravnici pretpostavljaju da je velika

---

11 Razlikovanje između semantičkog i pragmatičkog značenja nam omogućava da objasnimo brojne instance svakodnevne komunikacije. Rečenica koja glasi „Šta radite?“ semantički sadrži zahtev za informacijama o tome koje aktivnosti obavljaju oni kojima je rečenica upućena. Pragmatički je pak reč o iskazu kojim se jedna osoba pozdravlja u telefonskom razgovoru ili na ulici. Drugim rečima, informativno pitanje u semantičkom smislu može biti pozdrav u pragmatičkom smislu.

12 Pretpostavkama i predrasudama prilikom tumačenja prava se u skorijoj prošlosti bavila ontološka hermeneutika, koja je, nažalost, predmet slabijeg interesovanja savremenih teorija tumačenja. O ontološkoj hermeneutici pisao sam u objavljenom doktorskom radu (Spaić 2019). Slična pro-

većina rečenica sadržanih u izvorima prava rezultat normativnih iskaza te da rečenice imaju normativni sadržaj, bez obzira na to da li je reč o normativnim rečenicama. Tek u retkim slučajevima postoje sporovi o tome da li neki poseban deo izvora prava ima normativni sadržaj ili ne.<sup>13</sup> 2) Pravnici dalje pretpostavljaju da neki normativni iskazi nemaju normativan sadržaj na osnovu činjenice da ti iskazi nisu učinjeni na odgovarajući, pravom propisan način. Parlamentarna većina, primera radi, može doneti deklaraciju kojom se izražavaju brojne normativne rečenice, ali se ta deklaracija neće smatrati normativnim iskazom zbog toga što deklaracije nisu formalni izvor prava. 3) Konačno, pravnici pretpostavljaju da postoje norme koje nisu sadržane u normativnim rečenicama niti su iskazane normativnim iskazima. Neformalna pravila kojima se reguliše tumačenje prava po prirodi stvari nisu zapisana u formalnim izvorima prava.<sup>14</sup> Sve te pretpostavke pravnici smatraju opravdanim i retko ih, ako ikada, dovode u pitanje. Posao filozofije prava i filozofije pravnog tumačenja jeste da razmotri upravo takve, naizgled samorazumljive pretpostavke.

U teoriji pravnog tumačenja uglavnom nije kontroverzno da postoje situacije u kojima su normativni iskazi i normativne rečenice neodređeni, u kojima je sudija u poziciji da odluči o sadržaju opšte norme koja je izražena normativnim iskazom. Takođe, relativno je nesporno i to da će sudija, usled zabrane *non liquet*, u nekim situacijama utvrditi sadržaj norme koja nije izražena tekstovima izvora prava.<sup>15</sup> Profesori Dajović i Novak tako pretpostavljaju da je većina pravnih tekstova neodređena. Istovremeno, obojica ispravno smatraju da neodređenost nije sveprisutna. Sasvim je izvesno i da postoje, kako ističu profesori Dajović i Novak, one situacije u kojima sudije sadržaj prava utvrđuju skoro po automatizmu. Automatizam ostavlja utisak primene pravila koje glasi *in claris non fit interpretatio*,<sup>16</sup> po kojem tumačenje nije potrebno u onim situacijama u kojima je normativni iskaz jasan. Obično, doslovno, prirodno, jezičko značenje koje je dostupno na osnovu činjenice da govorimo određenim prirodnim jezikom najbolje je shvatiti kao podrazumevano (*default*) značenje pravnog teksta (Canale and Penco, 2022).<sup>17</sup> Toj se tvrdnji teško može prigovoriti.

---

blematika se javlja i u savremenim teorijama odlučivanja, u kojima se raspravlja o statusu heuristika u ljudskom rasuđivanju (Gigerenzer, Engel 2006).

- 13 Za preambule ustava se nekada, primera radi, tvrdi da nemaju normativni sadržaj već da su to svečani iskazi čak i onda kada su njima iskazane normativne rečenice.
- 14 Reč je o kontingentnoj činjenici. Jedan pravni poredak može sadržati pravne akte koji specifično i detaljno ustanovljavaju pravila kojima se reguliše tumačenje prava (Konca 2021; Baude, Sachs 2017; Paulson 2019).
- 15 O stvaranju prava i razlici između interpretacije i konstrukcije pisao sam u: Spaić 2021.
- 16 Značenjem tog pravila sam se bavio na samim počecima pisanja o pravnom tumačenju: Spaić 2012.
- 17 Razgovor između Kanalea i Penkoa o oblicima podrazumevanog rasuđivanja je veoma instruktivan i koristan. U razmatranju problema običnog značenja, u tom razgovoru se preterano apstrah-

No, i Dajović i Novak tvrde da je efikasnost pravnog sistema uslovljena prevashodno jezičkom određenošću pravnih tekstova kojima se pravila izražavaju. Već se u tom slučaju suočavamo sa problemom. Podrazumevano značenje pravnog teksta može biti značenje koje pravni tekst ima (bar) za 1) jezički prosečno kompetentnog adresata tog pravnog teksta, 2) značenje koje tekst može da ima za pravno kompetentnog (tj. pravno obrazovanog) pravnika, 3) značenje koje tekst ima za zvaničnike i institucije koji rešavaju sporove povodom teksta ili u vezi sa tekstom, uglavnom sud. Pravna praksa i praksa pravnog postupanja daju izobilje razloga za insistiranje na tom razlikovanju, što ću u nastavku ilustrovati sa tri skorija primera prakse sudijskog tumačenja u Srbiji.

*Prvi primer.* Ustavom Republike Srbije je propisano: „Pravni poredak je jedinstven“. Poznavanje prirodnog jezika nas upućuje na zaključak da na čak dva mesta Ustav insistira na tome da nam *opiše* pravni poredak u Srbiji.<sup>18</sup> Redovno semantičko očekivanje jeste da se upotrebljenom obaveštajnom rečenicom daje informacija „o nekom događaju, radnji ili pojavi“. Poznavanje prava nas pak upućuje na zaključak da je obaveštajna rečenica zapravo rezultat normativnog iskaza, te da izražava pravno pravilo. Pretvorimo li poznavanje prava u prirodni jezik, možemo da zaključimo da indikativnu rečenicu treba protumačiti kao normativnu rečenicu tako da glasi: „Pravni poredak je <treba da bude> jedinstven“. Iz perspektive semantike i pragmatike jezika, kažemo da je to osnovno pragmatičko razumevanje indikativne rečenice zasnovano na *pragmatičkom obogaćenju* koje dovodi do toga da pretpostavimo da je ustavotvorac smatrao da rečenica ima normativan sadržaj. Preformulisana rečenica nas naizgled upućuje na zaključak da postoji obaveza za pravni poredak koji je ustanovio ustavotvorac. No pravni poredak ne može da bude nosilac prava i obaveza, pa je moguće da se protumačenim normativnim iskazom ustanovljava obaveza svih onih koji stvaraju pravni poredak. Deluje, takođe, da se njihova obaveza sastoji u tome da pravni poredak stvaraju „jedinstveno“.

Prevodom obaveštajne rečenice u zapovednu već je obavljen jedan akt tumačenja; jedno moguće značenje je favorizovano u odnosu na drugo. Učini li se to tu-

---

hju razlike u običnom značenju kao podrazumevanom značenju koje mogu da postoje između različitih grupa čitalaca pravnih tekstova. Kao što razmatranje u glavnom tekstu ukazuje, bez uzimanja u obzir tih razlika ne mogu se objasniti značenjske razlike pravnih tekstova i prirodnog jezika u svakodnevnoj upotrebi.

18 Jedinstvenost pravnog poretka je proklamovana članovima 4 i 194 Ustava Republike Srbije. O razlozima za dvostruko normiranje može se samo spekulirati. U srpskom jeziku reč „jedinstven“ je višeznačna i ima primarno pridevsko i priloško značenje. Kao pridev ona označava sledeće: „onaj koji predstavlja celovitost, celovit, kompaktn“, „isti u svih, jednak; prožet jedinstvom, složen,“ „zajednički, jednak za sve, opšti“, ali i „koji se izdvaja od drugih, osoben, izuzetan; izvrstan, izvan redan (sic!)“. Primarno priloško značenje te reči jeste „neobično, naročito izuzetno“ (Rečnik srpskog jezika Matice srpske, 2011).

mačenje pravniku kao samorazumljivo ili jedino moguće, to je samo zbog pravnog obrazovanja; laik će svakako imati nedoumicu i o normativnom značenju obaveštajne rečenice. No ni laik ni pravnik na osnovu formulacije ne mogu da pretpostave na koji se način ustavna odredba tumači u srpskom pravu. Po Ustavnom sudu, rečenica „Pravni poredak (Republike Srbije) je jedinstven“ označava da „ustavno načelo jedinstva pravnog poretka podrazumeva međusobnu usklađenost svih propisa u okviru pravnog sistema Republike Srbije, što načelno isključuje mogućnost da se zakonom kojim se uređuje jedna pravna oblast mogu menjati, odnosno dopunjavati pojedina zakonska rešenja sadržana u zakonu kojim se uređuje druga pravna oblast“ (US IUz-229/2018). Skupštini se po Ustavnom sudu tom odredbom „nalaže da osnovni principi i pravni instituti predviđeni zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna oblast društvenih odnosa budu poštovani i u posebnim zakonima, pa i u slučaju kada je sistemskim zakonom izričito propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja“ (US IUz-17/2011). Konačno, to podrazumeva uslove koje posebni zakoni moraju da ispune da bi bili u skladu sa sistemskim zakonima: „da bi određeni zakon sadržavao posebna pravila i pravne izuzetke u odnosu na sistemske zakone u određenoj oblasti (što je u medijskoj sferi nesporno Zakon o radiodifuziji), zakonodavac sa stanovišta Ustava i pravnog poretka Republike Srbije mora preispitati u postupku propisivanja tih posebnih pravila i pravnih izuzetaka ispunjenost određenih preduslova“ (US IUz-27/2011).<sup>19</sup>

*Drugi primer.* Srpskim Krivičnim zakonikom je inkriminisano ugrožavanje sigurnosti na sledeći način: „Ko ugrozi sigurnost nekog lica pretnjom da će napasti na život ili telo tog lica ili njemu bliskog lica, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.“<sup>20</sup> Okrivljeni je u kasnim večernjim časovima pozvao telefonom novog muža svoje bivše žene i saopštio mu da će ga ubiti ako mu bude „oduzeo decu“. Dovoljno je elementarno poznavanje prirodnog jezika kojim se koristi krivični zakonik da zaključimo da je okrivljeni rečima „plašio, zastrašivao“ oštećenog da će napasti na njegov život. Dovoljno je elementarno vladanje oblicima zaključivanja da je ispunjena pretpostavka za izricanje novčane kazne ili kazne zatvora. Isto poznavanje prirodnog jezika neminovno nas dovodi i do zaključka da je sudija slobodan da odluči o tome koja će kazna biti izrečena i koliki će biti iznos kazne. Ne postoji ništa u jezičkom izrazu pravila niti u činjeničnom stanju što bi dobrom poznavacu srpskog jezika ukazalo na to da će okrivljeni biti oslobođen

19 Komentar presuda koje je Ustavni sud doneo do 2015. godine sadržan je u: Dajović 2015. Domet doktrine sistemskih zakona koju je sud razvio na osnovu odredaba o jedinstvenosti pravnog poretka u potonjim presudama je ograničen (videti izdvojeno mišljenje sudije Tamaša Korheca u: Ustavni sud Srbije, IUz-229/2018, 21. april 2022).

20 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019, čl. 138, st. 1.

krivice. Uprkos tome, sudovi u Srbiji će u toj i svim sličnim situacijama okrivljenog osloboditi na osnovu neformalnog pravila koje u interpretaciji priređivača Biltena Višeg suda u Beogradu za 2020. godinu glasi: „Uslovna pretnja ne može se smatrati pretnjom u smislu ove inkriminacije.“ Postoje, naime, dve vrste pretnje, kaže se u obrazloženju presuda Višeg suda u Beogradu (KŽ1 br. 42/20) i Osnovnog suda u Lazarevcu (K.br. 117/19): uslovna i ozbiljna. Reči koje je optuženi uputio okrivljenom predstavljaju uslovnu pretnju, a uslovna pretnja nije pravno relevantna. Pravno relevantna je samo ozbiljna pretnja, koje u ovom slučaju nije bilo. Kriterijum za razlikovanje uslovne od ozbiljne pretnje je pritom činjenica da je nakon obećanja da će ubiti oštećenog okrivljeni izgovorio „ako mi oduzmeš decu“. Rasuđivanje koje vodi zaključku ne samo da je iznenađujuće za bilo kog potencijalnog adresata tog pravnog teksta koji se oslanja na poznavanje prirodnog jezika koji se u tekstu upotrebljava već i narušava logička pravila o deobi pojmova. Tvrdnja da uslovna pretnja nije pretnja sa stanovišta logike je jednako besmislena kao i tvrdnja da pravougli trougao nije trougao.

*Treći primer.* Zakonom o bezbednosti saobraćaja Republike Srbije propisana je maksimalna brzina kretanja na autoputu od 130 kilometara na čas. Za vožnju koja je do 10 km/h veća od dozvoljene predviđena je kazna od 3000 RSD. Vozač koji se kretao 140 kilometara na čas će, kada ga zaustavi policijsko vozilo opremljeno radarom, svakako biti iznenađen činjenicom da nije zaustavljen zbog prekoračenja brzine već iz razloga rutinske kontrole.<sup>21</sup> Normativno značenje normativne rečenice kojom se u članu 44 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima brzina na autoputu ograničava na 140 kilometara na čas, i po državnim organima i po adresatima tog pravila, paradoksalno je da je najveća dozvoljena brzina 150 kilometara na čas. Kada saobraćajna policija kazni vozača koji je vozio 143 km/h, reakcije vozača i prekršajnih sudova su uglavnom reakcije iznenađenja.<sup>22</sup> Situaciju možemo objasniti

21 Iznenađenje vozača kaznom zbog prekoračenja brzine možda najbolje ilustruje činjenica da je kažnjavanje zbog malog prekoračenja nekada predmet novinskih članaka: Kažnjen jer je vozio 51 umesto 50 kilometara na čas. 2017. <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/167865/Kaznjen-je-je-vozio-51-umesto-50-kilometara-na-cas.html>, poslednji pristup 12. jula 2024. Kreativni komentari čitalaca ukazuju na čitav niz logičkih i iskustvenih problema u vezi sa ovom vrstom pravila: „Pa naravno da je kažnjen kad je prekoračio brzinu... Šta treba, da bude nagrađen? Nek ide na auto put pa tamo nek ide 51 km/h... tamo nek divlja a ne u naseljenom mestu...:-:))))))“; „Pitam se, pitam se, kolika je kazna za sporu vožnju, koja usporava saobraćaj, 49 kmh i manje“; „Covek nije tempomat da drži stalno istu brzinu, odstupanje od ograničenja je toliko minimalno da je praktično nemoguće videti na kilometar satu odstupanje, pogotovo ako se radi o starijem tipu vozila, tolerancija u tačnosti mernog uređaja se mora uzeti u obzir i sa svim tim vas ni jedan prekršajni sud neće kazniti. Samo sto je ljudima lakše sa daju 500 baksis ili 1500 polovinu kazne pa onda kukaju“.

22 To je, naravno, samo jedno moguće objašnjenje takvog postupanja, koje se zasniva na ideji da se norma koja je jezički precizna iz različitih razloga tumači drugačije u odnosu na njevu jezičku sadržinu. Tada kažemo da normativno značenje odstupa od semantičkog značenja. Možemo, pak, pretpostaviti da važi jedna neformalna norma koja dozvoljava odstupanje od

na različite načine, ali je jedno od plauzibilnih objašnjenja to da se kategorička, precizna normativna rečenica kojom se zabranjuje vožnja brža od 130 km/h tumači tako da je zapravo zabranjena vožnja brža od 140 km/h. Pritom nije reč o idiosinkratičnom tumačenju blagonaklone policijske patrole već o tumačenju koje je iz različitih razloga prihvaćeno i od državnih organa i od adresata pravnog pravila. Naravno, moglo bi se prigovoriti da je to tumačenje pogrešno i da je „istinska“ obaveza subjekta da vozi sporije od 130 km/h. No time smo već došli na teren pitanja o tome kako treba tumačiti, a zanemarili smo pitanje o tome šta je pravno tumačenje i kako se zapravo tumači pravo.

U prethodnom delu je naglašeno da direktni adresati pravnih tekstova uglavnom ne čitaju pravne tekstove i da pravne tekstove uglavnom čitaju (tj. tumače) njihovi indirektni adresati – državni organi. Čitanje pravila od strane državnih organa različito je od razumevanja tih istih pravila od strane laika koji je verziran za prirodni jezik. Specifičnosti pravnog jezika u odnosu na prirodni jezik nisu bile predmet posebne rasprave u *PiD*. Pomenute razlike su uostalom pitanja jezičke forme, a u radu sam pretežno bio zainteresovan za ono što je pravnim jezikom izraženo, za normativnu sadržinu koja se izražava formom koja je različita od forme prirodnog jezika. No, pravni jezik je i semantički različit i od svakodnevnog komunikacije na prirodnom jeziku i od pismenog, formalnog prirodnog jezika: sadrži tehničke termine koje srećemo samo u domenu pravnog jezika, vokabular kojim se koristi je neuobičajen, formalan a često i arhaičan, pun je nominalizacija i pasivnih konstrukcija, nosioci državne vlasti se poistovećuju s državnim organima koje predstavljaju korišćenjem impersonalnih konstrukcija, rečenice su duge i komplikovane, veliki broj termina je redundantan i sl.<sup>23</sup>

Svaki od izloženih slučajeva, koji su izabrani skoro nasumično, sadrži značajne informacije za određenje tumačenja prava i sudijskog tumačenja prava. 1) U prvom slučaju jezička neodređenost ne znači istovremeno i pravnu neodređenost jer je formulisana doktrina Ustavnog suda veoma precizno identifikovala adresate i sadržaj pravila izraženog obaveštajnom rečenicom „Pravni poredak je jedinstven“. *Neodređenost jezika, dakle, nema za posledicu pravnu neodređenost*. 2) U drugom slučaju,

---

najveće dozvoljene brzine i da ta neformalna norma parcijalno derogira pravnu normu koja je jasno izražena normativnom rečenicom. Okamova oštrica bi, po sudu autora, diktirala da prihvatimo prvo stanovište.

23 Sredinom svakog zimskog semestra sa studentima prve godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu sprovodim malo istraživanje. Sastoji se u jednostavnom zadatku imenovanja, kvalifikacije čina koji je opisan u pretpostavci krivičnih sankcija. Studentima pročitam pretpostavku sankcije i zamolim ih da mi kažu o kojoj je moralnoj ili pravnoj transgresiji reč. U slučaju ubistva, koje je određeno kao lišavanje drugog života, imaju uspeha. No već kada im pročitam „oduzimanje tuđe pokretne stvari sa namerom pribavljanja sebi ili drugome protivpravne imovinske koristi“ (kako je u srpskom Krivičnom zakoniku određena krađa), javlja se problem u prepoznavanju jedne česte moralne i pravne transgresije.



iako sudijsko tumačenje pravnog teksta prkosi pravilima logike, uprkos tome, uvreženo je u srpskom pravosuđu. Na osnovu jezičkog sadržaja pravnog teksta možda bismo očekivali da će sud tekstu pripisati jedno određeno normativno značenje, no sud pripisuje normativno značenje koje ne bismo očekivali. *Jezički sadržaj pravnog teksta ne određuje dakle pravni sadržaj koji tekstu pripisuje sud.* 3) U trećem slučaju jezički sadržaj pravnog teksta jeste nesumnjiv, ali je nesumnjivo i njegovo normativno značenje. No to nesumnjivo normativno značenje nije i značenje koje možemo da dobijemo prostim, jezičkim ili doslovnim tumačenjem pravnog teksta već značenje o kojem postoji saglasnost ne samo u pravničkoj već i u široj društvenoj zajednici. Primena pravnog sadržaja je neproblematična i automatska. No pravni sadržaj koji se primenjuje značajno odudara od očekivanja koja bismo mogli da imamo na osnovu jezičkog sadržaja pravnog teksta. *Jezički sadržaj teksta ne određuje pravni sadržaj koji tekstu pripisuju njegovi adresati, pojedinci ili državni organi.*

Ni u jednom od navedenih slučajeva pravno značenje ne možemo da dobijemo na osnovu semantičkog značenja teksta pravnog akta. U tome se ogleda i osnovni problem identifikacije navodne prednosti formalizma koje izlaže profesor Novak. Formalizam je po njemu uslov za postojanje pravila, a pravila su neophodna „sredstva za uštedu vremena i energije“, „sredstva za optimizaciju odluka“, doprinose „predvidljivosti“ i omogućavaju pravnu „jednakost“. Jedna od najznačajnijih tvrdnji *PiD* jeste da *formalnost* nije isto što i *formalizam*.<sup>24</sup> Formalnost je tipična karakteristika pravnih pravila u odnosu na ostala pravila, ali se na osnovu formalnosti pravila ne može zaključiti da je formalizam tačna teorija pravnog tumačenja. U tom smislu *PiD* je pokušaj da se pokaže upravo ono što profesor Novak tvrdi – da pravna pravila nisu neodređena u meri u kojoj to naizgled zahteva stanovište po kojem sudije uvek pripisuju značenje pravnog tekstu. U tom smislu se jedina preostala nesaglasnost može formulirati kao pitanje da li se jednoobraznost u postupanju na osnovu pravnih pravila može objasniti jezičkom jasnošću, kao što to tvrdi formalizam, ili je u obzir neophodno uzeti i druge faktore koje nazivam determinantama pravnog tumačenja. *Ako PiD predstavlja bilo kakav doprinos antiformalističkoj literaturi, on se sastoji upravo u nastojanju da se efikasnost prava – konvergencija postupanja subjekata prava po pravilima koja su izražena pravnim aktima – objasni razlozima koji nisu formalistički, tj. koji nisu zasnovani na jezičkom značenju normativnih rečenica i normativnih iskaza koji su sadržani u pravnim aktima.*

Upravo je u tom smislu pogrešno shvatiti *PiD* kao monografiju koja zastupa poziciju tvrdog skepticizma po kojoj „tumač može da pripiše pravnom tekstu bilo koje značenje“. Ta pozicija je neuverljiva, ali od toga je važnije da nije ni neophodna u cilju kritike formalizma. Dovoljno je, naime, da pokažemo da se i u pozadini automatskih pripisivanja značenja pravnim tekstovima kriju pretpostavke koje nisu

24 Razlika je temeljnije obrazložena u skorijem članku o pravnom formalizmu: Spaić 2023.

zasnovane na jezičkom značenju tih tekstova niti na njihovoj logičnoj primeni na dati slučaj. Uostalom, pripisivanje značenja pravnom tekstu jeste određeno determinantama pravnog tumačenja kojima je posvećen poslednji deo ovog članka.

#### 4. LEGITIMNE I NELEGITIMNE DETERMINANTE TUMAČENJA

Legitimne i nelegitimne determinante sudijskog tumačenja prava utiču na sudijske odluke o značenju pravnih tekstova u *kognitivnom smislu* i u *volitivnom smislu*. 1) Kognitivno – određuju kako će sudija formulisati moguća normativna značenja pravnog teksta; 2) volitivno – određuju odluku sudije o normativnom značenju pravnog teksta. Same determinante nisu normativni standardi sudijskog tumačenja prava već predstavljaju klasifikaciju stvarnih izvora uticaja na sudijsko tumačenje prava.<sup>25</sup> *PiD* se izričito agnostički odnosi prema različitim interpretativnim doktrinama, tj. prema različitim normativnim teorijama o ispravnim (*sic!*) načinima pripisivanja značenja pravnim tekstovima. Odnos antiformalizma koji je u *PiD* formulisan, prema normativnim teorijama pravnog tumačenja, može se sažeti u (kontroverznoj) tvrdnji da antiformalista u konceptualnom i deskriptivnom smislu može biti formalista u normativnom smislu.

Miodrag Jovanović osporava upravu tu tvrdnju, ističući da je agnostičnost antiformalizma prema različitim normativnim teorijama tumačenja prava nespojiva sa stavom da pravni tekstovi nemaju jedno određeno značenje. Prema njegovom mišljenju, antiformalistički nalaz da pravni tekstovi imaju više mogućih značenja isključuje mogućnost postojanja dužnosti sudije da pripíše tekstu jedno jezičko značenje. Sledstveno, sudija ne može biti obavezan na nešto što nije u stanju da učini, pa je nemoguće zauzeti formalističko stanovište u normativnom smislu, ako je antiformalizam tačna teorija prirode sudijskog tumačenja. Ne deluje da se može sporiti da činjenica postojanja mogućnosti ne isključuje važenje pravila koje nalaže koja

25 Shvatanje determinanti koje izlažem blisko je Pečenikovom shvatanju izvora prava. Osnovna podela tih izvora, za koje i sam autor kaže da su „idealizacije“ i da ih je moguće beskrajno rafinirati, jeste na „mora izvore“, „treba izvore“ i „može izvore“. „Mora izvori“ prava su formalnopravno obavezujući – zakon i drugi formalni izvori prava; „treba izvori“ prava su materijali koje je preporučljivo uzeti u obzir, ali njihovo zanemarivanje ima manje posledice od zanemarivanja „mora izvora“ – sudija redovnog suda u Srbiji po pravilu ne uzima u obzir Ustav prilikom odlučivanja, pa za njega on ne predstavlja „mora izvor“ već „treba izvor“; „može izvori“ se mogu uzeti u obzir, ali njihovo zanemarivanje ne povlači posledice – delovi pravne nauke često imaju status „može izvora“ (Peczenik 2005, 16). Pozivanje na Pečenikovo shvatanje je ilustracija jer se iz različitih razloga klasifikacija determinanti u *PiD* ne podudara sa izloženom klasifikacijom izvora. Uostalom, njegova ideja u pogledu klasifikacije jeste argumentativno opravdavajuća, dok je ideja u pogledu determinanti deskriptivno uopštavajuća.

će se mogućnost izabrati. Ako su moguća normativna značenja pravnog teksta T, norme  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$  i  $N_4$ , to ne isključuje postojanje pravila koje će odrediti koje će od N biti pripisano T. Jedan od primera tog pravila može da bude (a u nekim pravnim porecima i jeste): „sudija je dužan da pripiše pravnom tekstu ono normativno značenje koje reči teksta imaju na osnovu rečnika prirodnog jezika objavljenih u vreme usvajanja pravnog teksta“. To pravilo može da bude sastavni deo doktrine pravnog tumačenja koja je nesumnjivo formalistička, ali se njime neće na bilo koji način poništiti činjenica da tekst izražava veći broj normativnih značenja. Sudija koji slepo sledi pomenuto pravilo može, dakle, biti uvereni antiformalista u pogledu prirode sudijskog tumačenja prava, a da istovremeno njegovo postupanje bude formalističko u normativnom smislu.

No ključ za razumevanje mogućnosti zastupanja formalizma u normativnom smislu i antiformalizma u deskriptivnom smislu sadržan je već u prethodnim izlaganjima. Nema sumnje da normativne rečenice i normativne iskaze razumemo kao nosioce nekog značenja. Naše automatsko, difolt, pretpostavljeno razumevanje nije isto što i jezičko tumačenje u smislu u kojem se taj izraz koristi u teorijama prava. Uzmimo za primer neka pravila koja se najčešće navode kao pravila jezičkog tumačenja: „Nijednu reč ne treba smatrati suvišnim u tekstu norme“, „Svakoju reči treba dati njeno osnovno značenje“, „Rečima bez dovoljno razloga ne treba davati pravno značenje“ i sl. (Lukić 1961, 69–72). To nisu pravopisna, morfološka, semantička, leksička pravila srpskog ili bilo kog drugog jezika koja određuju naše osnovno, podrazumevano razumevanje napisane ili izgovorene reči. To su specifična pravila koja su uvezana u određenoj zajednici pravnika ili su pak propisana od određenog pravnog autoriteta. Uprkos tome, svako od tih pravila sudija može iskoristiti kao odlučujuće prilikom utvrđivanja mogućih značenja pravnog teksta (kognitivno) i prilikom izbora normativnog značenja pravnog teksta (volitivno).

*Determinante u kognitivnom značenju* predstavljaju faktore koji **određuju moguće normativne sadržaje pravnog teksta**. Uzmimo za primer pomenuto pravilo kojim je izraženo krivično delo ugrožavanje sigurnosti, a koje glasi „Ko ugrozi sigurnost nekog lica pretnjom da će napasti na život ili telo tog lica ili njemu bliskog lica, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine“. U pravnoj nauci i pravnoj teoriji u Srbiji kažemo da su adresati tog pravila državni organi, pre svega sudovi, a posredno i ona lica koja su ispunila uslove date u pretpostavci norme. No adresati nisu navedeni u samom tekstu pravila. Nisu navedeni čak ni u Krivičnom zakoniku. Lakoća sa kojom ih identifikujemo nije zasnovana na našem poznavanju prirodnog jezika već 1) na normativnim obzirima koji se ogledaju u činjenici da pravilu da se pravni tekstovi ne tumače izolovano nego se tumače u vezi sa drugim delovima jednog pravnog akta i drugim pravnim aktima; 2) na određenom institucionalnom odnosu između sudova u hijerarhiji sudova u Srbiji, zahvaljujući kojem

niži sudovi postupaju iz prudencijalnih, praktičnih razloga na isti ili sličan način kao i viši sudovi; 3) na značajnoj količini pravničkog znanja sadržanog prevashodno u teorijskopравnim spisima srpskih teoretičara i filozofa prava, koji su u jednom trenutku prihvatili Kelzenovo shvatanje pravila o sankciji te i njegov zaključak da su primarni adresati pravila o sankciji zapravo državni organi. Svi ti elementi, i verovatno još neki dodatni, neophodni su da bi se odgovorilo na početno, jednostavno pitanje kome je uopšte upućeno jedno pravno pravilo.

Naravno, determinante ne određuju samo adresate već i ostatak normativnog sadržaja pravnog teksta. Sadržaj obaveze, ovlašćenja ili zabrane koji se ustanovljavaju pravnim pravilom takođe su rezultat brojnih uticaja: 1) autoritativna odluka o značenju pravnog teksta doneta je pre mnogo decenija, pa ni same sudije ne znaju da li je to značenje ustanovio hijerarhijski najviši sud,<sup>26</sup> što bi značilo da je reč o institucionalnoj determinanti tumačenja, ili je ustanovljeno zbog epistemičkog autoriteta suda koji je na hijerarhijski istom nivou, ili je pak preuzeto iz pravne teorije zahvaljujući epistemičkom autoritetu nekog profesora prava, pravnom obrazovanju ili uticajnom komentaru zakona; 2) institucionalni odnosi između viših sudova u Srbiji i nižih sudova u Srbiji dovode do toga da niži sudovi rutinski i bez posebne rasprave tvrde da uslovne pretnje nisu zabranjene u vezi s krivičnim delom ugrožavanja bezbednosti; 3) o normativnoj podlozi tog tumačenja možemo samo da spekuliramo, ali je izvesno da pravila jezičkog i sistemskog tumačenja nisu uticala na to da se pretnja podeli na ozbiljnu i uslovnu. Moglo bi se takođe tvrditi da sud prihvata veoma usko značenje pretnje, što je u skladu sa pravilima o restriktivnom tumačenju pravnih tekstova koja su dominantna u krivičnom pravu. No daleko je verovatnije da je logički neopravdano sužavanje dosega pojma pretnja rezultat bavljenja namerom tvorca pravnog teksta ili rezultat razmatranja posledica koje bi različita normativna značenja tog pravnog teksta imala.

Ne deluje da nas bilo koja količina umešnosti u prirodnom jeziku može dovesti do upravo izloženog normativnog sadržaja teksta „Ko ugrozi sigurnost nekog lica pretnjom da će napasti na život ili telo tog lica ili njemu bliskog lica kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine“. Tekst pravila ne određuje njegov normativni sadržaj. Cilj izlaganja o determinantama jeste upravo da objasni postojanje normativnog sadržaja, i to ne nekog minimalnog normativnog sadržaja već konkretnog i supstancijalnog normativnog sadržaja koji su pravnom tekstu pripisale sudije u jednom pravnom poretku.

*Determinante u volitivnom značenju utiču na sudijsku odluku o značenju pravnog teksta.* U *PiD* se ne tvrdi da sve determinante nužno konvergiraju te da

26 Zahvaljujem se Aleksandru Trešnjevu, sudiji Višeg suda u Beogradu, za to što mi je skrenuo pažnju na taj upečatljiv slučaj tumačenja i za informacije o izvorima specifičnog pripisivanja značenja reči „pretnja“.

uzrokuju sudijsku odluku o normativnom značenju pravnog teksta. Tvrdnja **jeste** da se postojeća konvergencija sudijskih odluka o normativnom značenju pravnog teksta može objasniti konvergencijom determinanti u okviru onoga što nazivam institucionalna kontrola pravnog tumačenja. Analiza profesora Novaka, koja rezultira nalazom da kanoni tumačenja ne proizvode pouzdane rezultate, u tom smislu predstavlja polaznu tačku razmatranja determinanti pravnog tumačenja, a ne, kako on pretpostavlja, krajnju tačku. Tačna je, naime, realistička tvrdnja da ukupnost pravnih tekstova i prihvaćenih interpretativnih pravila koja se koriste u jednom pravnom poretku ne može da **opravda** pripisivanje jednog određenog normativnog značenja. No, ta tvrdnja ne znači da prihvaćena interpretativna pravila kao normativne determinante pravnog tumačenja ne učestvuju u skupu legitimnih i nelegitimnih faktora koji mogu da **objasne** pripisivanje normativnog značenja pravnom tekstu.

Posebna pažnja u *PiD* posvećena je **legitimnim** determinantama sudijskog tumačenja prava. Osnov za određenje tih determinanti kao legitimnih jeste informisana intuicija o pravno i društveno prihvatljivim i neprihvatljivim uticajima na sudijsko odlučivanje u savremenim pravnim porecima. Činilo mi se, i sada mi se čini, da se to složeno, filozofsko razmatranje podudara sa intuicijom koju većina pravnika ima u vezi sa sudijskim rasuđivanjem. Kada redovni sudovi odluče da „uslovna pretnja“ nije inkrimisana na osnovu nekog pravno-naučnog stanovišta (epistemička determinanta) ili na osnovu ranije sudske presude (institucionalna determinanta), njihova odluka o supstancijalnom sadržaju pravnog teksta će uticati na dalje pripisivanje značenja tom tekstu. Kada Ustavni sud Srbije formuliše doktrinu jedinstvenosti pravnog poretka na osnovu doktrine nekog međunarodnog suda (institucionalna determinanta), neke doktrine u pravnoj nauci (epistemička determinanta) ili prosto na osnovu elaboracije pojma „jedinственosti“ od nekog od sudija na osnovu rečničkog značenja reči jedinstveno (normativna determinanta), ta će doktrina neformalno obavezivati Ustavni sud u narednim slučajevima (epistemička determinanta), a formalno će obavezivati ostale sudove u Srbiji u budućnosti (institucionalna determinanta). Kada vozači, policija i prekršajni sudovi na osnovu teksta „najviše 130 kilometara na sat“ odluče da je dozvoljeno voziti preko 130 kilometara na sat, oni to čine na osnovu konvergencije u tumačenju pravnog teksta (epistemička determinanta) ili na osnovu prethodnog postupanja državnih organa (institucionalna determinanta), koji su pak mogli da slede neko pravilo ciljnog tumačenja (normativna determinanta) koje relativizuje sadržaj normativnog iskaza koji je u određenim pogledima precizan.

Identifikacija determinanti pritom je zasnovana na sistematizaciji generalizacija o funkcionisanju pravnog poretka. Po prirodi stvari, ta će generalizacija uticati na to da se odvoje determinante koje su u redovnom toku stvari međusobno povezane. Tako će, recimo, biti veoma teško da odvojimo epistemički uticaj koji viši sud ima na niži sud od neformalnog institucionalnog uticaja koji proizlazi iz mogućnosti višeg suda

da ukine presudu nižeg suda. Pretpostavljam da je ta međupovezanost determinanti i dovela do toga da u jednom veoma vrednom delu kritičkog teksta profesor Dajović i razmotri potencijalno formalnopravni karakter pojedinih normativnih determinanti tumačenja. On, naime, tvrdi da su pravila o tumačenju u određenoj zajednici pravnika pravne, a ne socijalne ili epistemičke norme. Klasifikacija determinanti kao formalnih ili neformalnih zavisice, naravno, od kriterijuma pravnog važenja u određenom pravnom poretku, ali u kontekstu *PiD* od karakterizacije pravila pravnog tumačenja kao pravnih ili vanpravnih ne zavisi normativni sadržaj pravnih tekstova već samo teorijska klasifikacija uticaja na određenje normativnog sadržaja. U tom smislu su rafinirana razmatranja te vrste dobrodošla i nadam se da će ih u budućnosti biti više.

Primeri koje navodim uglavnom računaju samo sa legitimnim determinantama sudijskog tumačenja prava. To je uslovljeno činjenicom da se u naučnom i prosvetnom radu bavim pravnom teorijom, filozofijom i filozofijom prava. Ako su ljudi normativna bića, kao što se u poslednje vreme ističe (Roughley 2019, 3; Roughley, Bayer-tz 2019), pravnici su normativna bića sa normativnim naočarima. No ni ukupnost legitimnih determinanti pravnog tumačenja ne dovodi do jednog jedinog značenja pravnog teksta. Sasvim je moguće da sudijsku odluku o značenju ključno odredi neki od faktora koje nazivam nelegitimnim determinantama sudijskog tumačenja prava.

U prvom poglavlju knjige govori se o sada već čuvenom istraživanju odluka izraelskih sudija povodom molbi za ublažavanje zatvorske kazne. Primećeno je naime da odluke pretežno zavise od vremena u toku dana u kojem se te odluke donose (Danziger *et al.* 2011). Naravno, taj primer nikada nije zamišljen kao konkluzivan već isključivo kao ilustrativan. Nebrojena istraživanja svedoče o tome da postoje brojni uticaji na sudijske odluke koje ni u jednom savremenom pravnom poretku ne smatramo osnovanim. Mišel Benesti (Michael Benesty), francuski ekspert za poresko pravo i mašinsko učenje (*machine learning*), 2016. godine je objavio istraživanje o odlukama pojedinačnih sudija povodom zahteva za azil. Istraživanje je pokazalo da neke sudije odbijaju zahteve u 100% slučajeva, dok druge sudije imaju veoma niske procenete odbijanja. Rezultat tog istraživanja praktično isključuje mogućnost da su odluke pojedinačnih sudija određene tekstom pravnih akata kojima se reguliše dobijanje azila. Prvobitno proaktivna reakcija francuske države na to istraživanje radikalno je promenjena 2019. godine, kada je reformom pravosuđa „evaluacija, analiza, poređenje ili predviđanje ponašanja pojedinačnih sudija“ proglašena za krivično delo sa maksimalnom zaprećenom kaznom od pet godina zatvora (Barry 2020, 288–289).<sup>27</sup> Poznata su i istraživanja o sudijskoj empatiji, koja pokazuju da sudije

27 Jedno od retkih mesta na kojem je istraživanje dostupno je sledeća adresa: The impartiality of French judges undermined by machine learning. 2016. <https://medium.com/@supralegem/the-impartiality-of-some-judges-undermined-by-artificial-intelligence-c54cac85c4c4#.yfo64554t>, poslednji pristup 12. jula 2024.

koje imaju kćerke predvidljivo glasaju na način koji je naklonjen ženskim pravima u krivičnom pravu, porodičnom pravu, radnom pravu i svim onim granama prava koje uključuju rodnu komponentu (Glynn, Sen 2014).

Naravno, empirijska istraživanja sudijskog rasuđivanja su već sada nebrojena u anglosaksonskom pravu, a njihov broj raste na evropskom kontinentu. Filozofija prava raspolaže ograničenim resursima za proveru ili osporavanje metoda i rezultata tih istraživanja. No to ne znači da na osnovu rezultata tih istraživanja ne možemo formulisati empirijski informisane hipoteze o sudijskom rasuđivanju. U američkom pravnom realizmu i njegovim novijim verzijama takve empirijski zasnovane hipoteze postale su veoma uticajne (Leiter 2007; Nayak-Young 2015; Miles, Sunstein 2008; Mertz *et al.* 2016). Sasvim je jasno da sve te nelegitimne faktore takođe možemo grubo grupisati tako da obuhvatimo lične, psihološke faktore i društvene, sociološke faktore. Psihologija, politikologija, sociologija, a u poslednje vreme i nauka o podacima (*data science*) rezultiraju empirijskim uvidima koji se mogu zanemariti samo ako zauzmemo hipernormativno stanovište koje vrednuje i opravdava odlučivanje i rasuđivanje sasvim nezavisno od bilo kakvih empirijskih podataka. U filozofiji prava se kao odgovor na relativno malo interesovanje tih disciplina za pravo i pravno rasuđivanje razvijaju eksperimentalni pristupi filozofiji prava, tj. eksperimentalna jurisprudencija (Prochownik *et al.* 2023), i sasvim je sigurno da će se upravo o uvidima empirijske jurisprudencije u narednim godinama govoriti više u vezi sa sudijskim tumačenjem prava.

Verovatno je da objašnjenje svakog pojedinačnog pripisivanja značenja pravnom tekstu zahteva posebnu, idiografsku analizu. Usud je generalizacijā da identifikuju neke elemente činjeničnog materijala koje autor smatra bitnim, a da izostave druge. Tako je i sa pretežnim izlaganjem legitimnih determinanti u *PiD*. Uverenje autora, koje je prećutano u samom radu, jeste da su legitimne determinante dovoljne da objasne dominantna sudijska tumačenja pravnim tekstovima ili bar da objasne moguća pripisivanja sadržaja tim tekstovima. Verovatno je da je i samo to uverenje zasnovano na nekim opravdanim i neopravdanim razlozima koji, za razliku od pravnog tumačenja i njegovih determinanti, izlaze izvan okvira interesovanja autora.

## 5. ZAKLJUČAK

Odgovori na kritike naučnih radova se dele na (1) one kojima kritičari nisu zadovoljni i (2) na one koji su izostali. U velikom broju slučajeva prigovori profesora Jovanovića, Dajovića i Novaka precizno identifikuju propuste *PiD*. Profesor Jovanović jeste u pravu kada kaže da aparatura i zaključci teorije i filozofije odlu-

čivanja nisu u dovoljnoj meri primenjeni na pitanja tumačenja. Profesor Dajović opravdano skreće pažnju na nedostatnost pojedinih razmatranja. Profesor Novak osnovano pokreće pitanje odnosa antiformalizma prema automatizovanim načinima rešavanja sporova. Nadam se da će u daljem bavljenju tumačenjem prava neke od tih odgovora koji su izostali pretvoriti u odgovore kojima kritičari nisu zadovoljni.

## LITERATURA

1. Barry, Brian. 2020. *How Judges Judge*. Informa Law from Routledge.
2. Baude, William, Stephen E. Sachs. 2017. The Law of Interpretation. *Harvard Law Review* 130: 1079–1147.
3. Baude, William, Ryan D. Doerfler. 2018. Arguing with Friends. *Michigan Law Review* 117: 319–348.
4. Bulygin, Eugenio. 1982. Norms, normative propositions, and legal statements. 127–152. *Philosophy of action / Philosophie de l'action*, ed. Guttorm Fløistad. Dordrecht: Springer Netherlands.
5. Canale, Damiano, Carlo Penco. 2022. Default reasoning and the law: A dialogue. *Revus* 47.
6. Dajović, Goran. IV/2015. Nezakonitost kao razlog neustavnosti zakona. *Pravni život* 12: 527–542.
7. Danziger, Shai, Jonathan Levav, Liora Avnaim-Pesso. 2011. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 1–4.
8. Gigerenzer, Gerd, Christoph Engel. 2006. *Heuristics and the law*. Dahlem workshop reports. Cambridge, MA: MIT Press in cooperation with Dahlem University Press.
9. Glynn, Adam N., Maya Sen. 1/2014. Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues? *American Journal of Political Science* 59: 37–54.
10. Guastini, Riccardo. 2014. *La sintassi del diritto*. G. Giappichelli Editore.
11. Kelsen, Hans. 1951. *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons.
12. Konca, Paulina. 2021. Creating law of interpretation: a risky or fundamental step. *Revus*, 45.
13. Leiter, Brian. 2007. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford University Press.
14. Lukić, Radomir. 1961. *Tumačenje prava*. Beograd: Savremena administracija.
15. Marmor, Andrei. 2018. Norms, Reasons, and the Law. 95–118. *Unpacking Normativity – Conceptual Normative and Descriptive Issues*, ed. Kenneth Einar Himma, Miodrag A. Jovanović, Bojan Spaić. New York: Hart Publishing.



16. Mertz, Elizabeth, William K. Ford, Gregory Matoesian. 2016. *Translating the Social World for Law*. Oxford University Press.
17. Nayak-Young, Stephen. 4/2015. Delimiting the proper bounds of the „New Legal Realism“. *International Journal of Constitutional Law* 12: 1008–1033.
18. Paulson, Stanley L. 2/2019. Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science. *Jurisprudence* 10: 188–221.
19. Peczenik, Aleksander. 2005. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Springer.
20. Posner, Eric A., Adrian Vermeule. 2016. The Votes of Other Judges. *Georgetown Law Journal*: 158–90.
21. Prochownik, Karolina, Stefan Magen. 2023. *Advances in Experimental Philosophy of Law*. New York, NY: Bloomsbury Publishing.
22. Roughley, Neil. 2019. Might We Be Essentially Normative Animals? 3–37. *The Normative Animal?*, ed. Roughley, Neil, Kurt Bayertz. Oxford University Press.
23. Schauer, Frederick. 1993. *Playing by the Rules*. Clarendon Press.
24. Spaak, Torben, Mathieu Carpentier. 2024. Sources of Law in Continental Analytical Jurisprudence. 241–270. *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, ed. Luka Burazin, Kenneth Einar Himma, Giorgio Pino. Oxford University Press.
25. Spaić, Bojan. 2012. Dva „čitanja“ člana 994 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru. 37–67. *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti*, ur. Luka Breneselović. Beograd: Službeni glasnik – Institut za uporedno pravo.
26. — 2019. *Tumačenje prava u okviru hermenutike Emilija Betija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
27. — 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
28. — 1/2021. Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava i stvaranja prava. *Pravni zapisi* 12: 29–61.
29. — 2023. Formalism. 987–994. *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ed. Mortimer Sellers, Stephan Kirste. Springer Netherlands.
30. Miles, Thomas J., Cass R. Sunstein. 2008. The New Legal Realism. *The University of Chicago Law Review* 75: 831–851.
31. van Rooij, Benjamin. 2021. Do People Know the Law? Empirical Evidence about Legal Knowledge and Its Implications for Compliance. 467–488. *The Cambridge Handbook of Compliance*, ed. Benjamin van Rooij, D. Daniel Sokol. Cambridge University Press.
32. Vuković, Danilo, Bojan Spaić. 4/2022. Parallel Normative Reality: The Informal Order of Corruption and Clientelism in Serbia. *Sociologija* LXIV: 519–542.