

FRANZ BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre**

Facultas, WUV, Wien, 2005, str. X + 127.

Iza prava se krije mnogo više od teksta norme; u njemu su sjedinjeni zatečeno stanje koje treba regulisati; iskustvo, tradicija i društvene posebnosti kao neke od mnogobrojnih polaznih osnova; ciljevi ka kojima se stremi; principi kao fundament samog pravnog poretka. Pravo, prema tome, treba shvatiti u jednom širem smislu i kloniti se iluzije da je odlično poznavanje pozitivnopravnih propisa dovoljno za pravilno i pravedno stvaranje i primenu prava. Neizbežni jaz između slučaja *in concreto* i norme *in abstracto* valja prevazići uz pomoć metoda koje nam stoje na raspolaganju. Napisati knjigu o metodama određene nauke je zadatak koji je sam po sebi vrlo zahtevan. Taj zadatak se, kako se već iz uvodnih rečenica može nazreti, uneliko usložnjava ukoliko autor kao oblast proučavanja odabere metodologiju pravnih nauka i time sebi postavi kao cilj da u svom delu izloži, uporedi, kritički preispita i valjano obrazloži svoju argumentaciju koja će poslužiti kao osnova za (dalje) izučavanje prava. Stoga ne treba da čudi što udžbenici i monografije metodologije pravnih nauka pretenduju na određeni obim, s obzirom na kompleksnost same teme. Franz Bydlinski je u svom radu „Osnovi nauke o pravnim metodama“ (*Grundzüge der juristischen Methodenlehre*) nameravao da spoji nizažgled nespojivo – složenu temu i relativno skroman obim dela, ne oduzimajući

pritom ništa od same kompleksnosti oblasti i rezultata proučavanja. Pre samog prikaza strukture i sadržaja knjige, kao i odgovora na pitanje da li je u tome uspeo, sledi par reči o autoru pomenu tog dela.

Franz Bydlinski, profesor emeritus građanskog prava i pravne metodologije na Univerzitetu u Beču, član više akademija nauka¹ i počasni doktor nekoliko univerziteta², spada među najuticajnije austrijske pravne teoretičare, pri čemu se njegov doprinos pravnoj dogmatici posebno ističe. Kao kritičar pravnog pozitivizma, on se zalagao za šire tumačenje pravne norme, što je došlo do izražaja i u njegovim delima, od kojih kao najvažnije treba pomenuti *Juristische Methodenlehre* (“Nauka o pravnim metodama“ iz 1982. godine), *Fundamentale Rechtsgrundsätze* (“Osnovna pravna načela“ iz 1988. godine) i *System und Prin-*

* Ova knjiga Franza Bydlinskog biće od početka naredne godine dostupna i našoj čitalačkoj publici, kao i studentima master i doktorskih studija, kada se očekuje objavljivanje njenog prevoda u izdanju CID iz Podgorice.

1 F. Bydlinski je član Austrijske Akademije Nauka, Getinške Akademije Nauka, Poljske Akademije Nauka, kao i Bavarske Akademije Nauka. www.oeaw.ac.at; pristupljeno sajtu: 1.10.2010.

2 Počasni doktorat dodeljen mu je od strane Univerziteta u Minhenu (Nemačka), Salzburgu (Austrija), Katovicu (Poljska) i Trnavi (Slovačka).

zipien des Privatrechts (“Sistem i principi privatnog prava“ iz 1996. godine).

I u svojoj najnovijoj knjizi Bydlinski ostaje veran svom „omiljenom“ predmetu izučavanja, ovoga puta govoreći na jedan uopšten i sažet način o osnovima nauke o pravnoj metodologiji. Što se sadržaja rada tiče, on se grubo može podeliti na tri celine – tumačenje prava, stvaranje prava i sudijsko pravo, a sama sistematika je nešto složenija. Materija je, naime, podeljena u pet delova – poglavlja; pre toga se autor u predgovoru obraća čitaocima i pojašnjava nastanak knjige, te nadovezuje registar skraćeni- ca, a na kraju knjige se nalazi i kratak registar pojmova.

U kratkom predgovoru autor govori o povodu za nastanak ove knjige (možda bi čak pre mogao da se upotrebi izraz „knjižica“, s obzirom na njen format i broj stranica). Ona predstavlja sažetak njegovih metodoloških shvatanja, koja su razvijena u tri prethodno objavljene knjige i u brojnim člancima, a ugledala je svetlost dana 2003. godine, kada se našla među literaturom namenjenom jednom užem krugu saradnika Naučnog instituta za srednje- i istočnoevropsko privredno pravo Ekonomskog univerziteta u Beču. Nastala je na osnovu predavanja autora, koje je on držao na poziv više strana te iste godine na Univerzitetu u Brnu (Češka Republika).

Prvo, uvodno poglavlje (str. 1–9), kako i sam njegov naslov kaže, daje odgovor na pitanje šta je nauka o pravnim metodama i koja je njena svrha. Nakon određenja pojma i zadatka, govori se o nužnosti nauke o metodama. Sledi prikaz konkurentnih modela i kratka rasprava o tome da li nauka o metodama služi primeni prava uopšte ili pojedinim

oblastima prava, čime se zaokružuje ovaj uvodni deo, sastavljen iz pomenute četiri podceline.

Bydlinski se zalaže za konkretizaciju definicije nauke o metodama u odnosu na onu koju je dala pravna dogmatika, pa polazeći od praktičnih potreba pravne zajednice ukazuje sa jedne strane na neposredni predmet tumačenja, a to je pravo shvaćeno u širem smislu, dok sa druge strane govori o zadatku sudske prakse, oslonjene na teoriju, a koji se sastoji u racionalnom izdvajanju nastupelih ili mogućih pravnih problema iz važećeg prava. Nužnost postojanja nauke o metodama dolazi do izražaja prilikom primene prava na konkretni slučaj, kada postaje jasno da se neizbežna distanca između konkretnog slučaja i apstraktne norme mora prevazići uz pomoć jedne razumne i sadržinski ispravne argumentacije. Cilj jeste iznalaženje pravnog pravila koje će biti bliže problemu od postojeće polazne norme i koje će rešiti konkretni slučaj, a to će se ostvariti putem metodološki uređenog spajanja relevantnih delova prava sa problematičnim delovima konkretnog slučaja. Korake jednog takvog iznalaženja racionalnog prava Bydlinski nagoveštava u drugom delu uvodnog poglavlja, a razrađuje ih u daljem toku rada. Govoreći o konkurentnim modelima, autor kritikuje činjenicu da se (ovde opisanim) racionalnim pravnim metodama često oštro suprotstavljaju pozitivnopravni modeli striktnog pridržavanja zakona, kao i da se „procena“ nadležnog sudije ili drugog službenog lica shvata kao jedan opšti instrument koji je u svakom slučaju primenjiv, čime se subjektivnosti „službenog“ tumača daje prednost nad izdiferenciranim i ponekad, istini za volju, komplikovanim pravnim metodama, a sve zarad navodne pravne sigurnosti.

Spoj radikalne normativne sumnje i pravnog realizma, čija se ekstremna varijanta ogleda u sumnji da zakoni, zbog svoje apstraktnosti, uopšte imaju jasnu sadržinu koja bi mogla da se primeni na međuljudske odnose, takođe je podvrgnut kritici, s obzirom na to da autor između „pripisivanja“ određene sadržine zakonskom tekstu od strane sudske prakse i samog zakonskog teksta ne vidi značajnu razliku. I argument o „nevrednosti“ pravnih metoda zato što se tumač rukovodi željenim ishodom prilikom izbora metoda, Bydlinski opovrgava. Na pojedinačnom primeru neće uvek „školski“ biti primenjeni svi metodi, ali ne zato što je tumač norme „ostraćen“, već zbog spoznaje da pojedini metodi u konkretnom slučaju očigledno nisu primenjivi ili je evidentno da su pojedini metodi dovoljni. Česta je situacija i da se samo poziva na postojeću teoriju i praksu, iza kojih opet stoje, doduše ranije primenjeni, metodi. Aktuelni trend zamene metodologije važećim ustavom je takođe kritikovan, i to iz više razloga: ustav ne sadrži izričita metodološka načela; i on, kao i svaki drugi pravni tekst, iziskuje tumačenje; a inače važi argument da se metodološki kriterijumi ne izvode iz važećih, formalnih izvora, već iz osnovnih pravnih načela (poput pravednosti, pravne sigurnosti, srazmernosti) i pravničkog iskustva i tradicije. Kodifikacija metoda, kao što je to slučaj sa delimičnom kodifikacijom u Austriji, može da bude od koristi, ali svakako ne predstavlja neophodnost. Ispravnost konkurentnih modela Bydlinski priznaje samo u jednom ograničenom obimu; naime, neka pravna pitanja, poput graničnih slučajeva ili pravnih praznina, ni nakon svih metodoloških napora ne mogu se sa punom sigurnošću rešiti. Isto tako tvrdnja da „za svaki pravni

problem postoji samo jedno rešenje“ ne može se naučno verifikovati, sve dok se to ne potkrepi odgovarajućim, dovoljno uverljivim obrazloženjem. Bydlinski smatra da postojanje više suprotstavljenih argumenata samo po sebi ne treba da zabrinjava, sve dok je moguće da se za određeno rešenje nađu valjani argumenti. Jedino ukoliko to nije moguće, treba se okrenuti sudijskoj proceni, ali opet samo u prethodno određenom racionalnom okviru. Kao zaključak iz toga proizlazi da se intelektualni napor, uloženi u metodološku aktivnost koja prethodi obrazloženju, ne može ni tada izbeći. U poslednjem, četvrtom segmentu uvodnog poglavlja govori se o polju primene metodologije i ističe se da se njena pravila u načelu, za koja je kao polazna osnova izabrano privatno pravo³, mogu primeniti na sve grane prava. Autor svoju odluku, da u radu analizira metodologiju privatnog prava, obrazlaže time što ona u tom domenu raspolaže najobimnijim i najizdiferenciranijim instrumentarijumom, te da on sâm upravo u toj oblasti ima najviše iskustva. To, naravno, ne znači da ne postoje odstupanja/specifičnosti u drugim granama prava, pa se tako kao najvažnija ističe zabrana analogije *in malam partem* u krivičnom pravu, u skladu sa načelom *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Kao primeri za odstupanja, navedena su i neka rešenja iz oblasti ustavnog prava, poreskog prava i prava konkurencije,

3 Autor na ovom mestu pominje interesantno rešenje: u Austriji postoji, naime, delimična kodifikacija pravne metodologije, i to u oblasti privatnog prava (§§ 6 ABGB), čija se pravila, prema opštem mišljenju, mogu primeniti i u drugim pravnim oblastima, s obzirom na to da ne polaze od pozitivno-pravnih rešenja određene pravne materije, već suštinski izvire iz ideje prava. Franz Bydlinski, str. 7.

kao i iz evropskog prava i tamo važećeg *effet utile*.

Drugo poglavlje knjige (str. 11–54) nosi naslov „Tumačenje (u užem smislu)“ (*Auslegung im engeren Sinn*) i sastoji se iz pet delova, koji se opet dele na uže deobne jedinice. U prvom delu govori se o jezičkom (gramatičkom) tumačenju; u drugom delu o sistematsko-logičkom tumačenju; sledi segment o istorijskom (subjektivnom), zatim o objektivno-teološkom tumačenju i naposletku, kao peti deo drugog poglavlja, tumačenje u izrazito spornim slučajevima.

Sistematizacija prvog dela drugog poglavlja, koje nosi naslov „Jezičko (gramatičko) tumačenje“ započinje prethodnom napomenom o kriterijumu za izbor metoda; zatim sledi primer iz naslednog prava uz pojašnjenje da je on izabran zbog svoje jasnosti i varijabilnosti, a ne toliko zbog svoje važnosti, i koji će se ponavljati tokom izlaganja u knjizi. Kao predmet tumačenja na ovom nivou javlja se opšta upotreba jezika, uz napomenu da čak i kod zakonskih definicija postoji potreba za njihovim tumačenjem. Norma se tumači sa aspekta jezika koji koristi većina stanovništva, s tim što se moraju imati u vidu specifični izrazi koje koriste pojedine grupe, poput trgovaca ili lovaca. U poslednjem, četvrtom segmentu prvog dela naglašava se da ni prilikom rešavanja jednostavnih slučajeva nije isključeno tumačenje, pošto se ocena da se činjenično stanje bez teškoća može podvesti pod određeno pravilo zasniva na prostoj dedukciji. Kada govori o razlikovanju jednostavnih od komplikovanih slučajeva, Bydliński kao orijentir koristi „jezgro izraza“, „predvorje izraza“ i oblast koja se nalazi van svake upotrebe izraza, pri čemu sva tri kriterijuma posmatra sa stanovišta opšte upotrebe jezika. Potreba za tumačenjem će se najčešće javiti kod „predvorja izraza“.

U drugoj podcelini drugog dela raspravlja se pitanje sistematsko-logičkog tumačenja, kada se primenjuje sadržaj pravila istog ili drugog zakona, koji je sistematski povezan sa pravilom koje se tumači. Ta povezanost može biti uočljiva već iz samog redosleda odredbi, kao i iz činjenice da regulišu isto činjenično stanje. Korišćen je isti, malopre pomenuti primer iz naslednog prava, s tim što je postavka problema, u skladu sa drugačijim metodom tumačenja, drugačija.

„Istorijsko (subjektivno) tumačenje“ je naslov trećeg dela drugog poglavlja, koje se dalje deli na raspravu o „subjektivnom“ ili „objektivnom“ cilju tumačenja, sredstvo tumačenja, objašnjenje putem primera i odgovor na pitanje „ko je zakonodavac“.

Rasprava o subjektivnom (namera istorijskog zakonodavca) i objektivnom (relevantni sadržaj zakona) cilju tumačenja je danas u suštini prevaziđena, pošto se oba moraju uzeti u obzir, a jedino od postavke problema zavisi koji od pomenuta dva cilja će biti primaran. Bydliński ističe da se u sadašnjem pravnom poretku i sadašnjoj pravnoj zajednici mora tražiti ono tumačenje koje će imati najbolje obrazloženje, pošto je to važno za primenu pozitivnog prava. Kada govori o sredstvu tumačenja, on pominje sve ono što može uputiti na volju istorijskog zakonodavca, a kao pomoćna sredstva navodi stanje u zakonodavstvu pre donošenja određene norme, shvatanja tadašnje teorije, upoređivanje konačnog teksta sa nacrtima koji su mu prethodili, opštu političku polaznu osnovu od koje se krenulo prilikom donošenja zakona, a kao posebno korisna navodi „zakonske materijale“, tj. sva pisana svedočenja o prvim idejama, nacrtima, pa sve do zabeleženih rasprava u parlamentu, navodeći za ovu vrstu tumačenja pome-

nuti primer iz naslednog prava uz, naravno, određene modifikacije. Četvrtu podcelinu drugog dela zaokružuje rasprava o tome šta se pod pojednostavljenim pojmom „zakonodavca“ treba zapravo smatrati. Shvatanja o tome da u jednoj demokratskoj, pravnoj državi nije moguće odrediti jednog jedinog čoveka kao zakonodavca čija je volja uticala na zakon pošto se ona ne može iskristalizovati iz parlamentarne većine, te da dalje kolektivnu volju ne treba prihvatiti, jer je ona samo jedna konstrukcija, autor odbacuje kao prividne probleme. On je uverenja da je, iako kolektivnu volju takođe smatra konstrukcijom, itekako moguće da su individualne volje više ljudi usmerene u istom pravcu, kao i da je moguće da pojedinci preuzimaju tuđu volju kao svoju, te da treba poći od toga da u jednom zakonodavnom procesu učestvuje mnogo ljudi u različitim ulogama neformalnih i formalnih zakonodavaca, pri čemu ovi prvi (stručnjaci u savetodavnim telima, ustanove koje pripremaju nacрте zakona) više pažnje posvećuju detaljima u samoj izradi zakona, te i da se prirodno u većoj meri bave mogućim problemima tumačenja. To shvatanje je Bydlinski uneo i u definiciju zakonodavca koju daje u nastavku teksta, uz dodatno pojašnjenje pitanja kako je moguće da jedan neformalni učesnik može da utiče na volju zakonodavca, odnosno na sâm zakon. Formalni zakonodavac, naime, preuzimajući i usvajajući predloženi tekst bez svojih dodatnih intervencija i stavljanja rezervi, prihvata ne samo zakonski tekst, već i ono što stoji iza njega, a to su određene namere i shvatanja, što autor jednim izrazom označava kao „teoriju paktova“ (*Paktentheorie*).

Četvrti deo drugog poglavlja nosi naslov „objektivno-teleološko tumače-

nje“ i deli se na sedam užih deobnih jedinica. U prvoj od njih, autor ocenjuje da je suprotstavljanje objektivne svrhe zakona subjektivnoj svrsi zakonodavca paradoksalno, te da se sudija, kao predstavnik pravne zajednice, nalazi u obavezi da što je moguće više svoju odluku postavi na temeljima naučnih metoda, pre nego što se u krajnoj liniji uopšte odluči da rešenje postavi na svojoj sopstvenoj proceni. U narednom odeljku data je osnovna šema iznalaženja smisla, odnosno kako autor kaže „svrhe norme putem iznalaženja hipoteze koja je u konkretnom slučaju najverovatnija“, i to sa stanovišta jednog dobro informisanog ocenjivača, koji dela u okviru koji je postavio pravni sistem i koji će objektivno odrediti odnos sredstvo-svrha. Ukoliko se, pak, naiđe na više alternativnih svrha, onda će se njihova dalja selekcija vršiti putem osnovnih pravnih načela. Teleološko-sistematsko tumačenje se u trećem segmentu na primeru iz obligacionog prava slikovito pojašnjava; tačnije, princip pravednosti, kao dodatni kriterijum za iznalaženje svrhe norme, upotpunjuje se ne konkretnim sadržajem druge norme, kako je to slučaj sa prethodno objašnjenim metodom tumačenja, već vrednosnim osnovama na kojima počiva ta druga norma. Polazi se, naime, od toga, da se u jezgru norme nalazi isti ili slični konflikt interesa, s tim što se činjenične konstelacije naravno razlikuju. Kako tumačiti i upotrebiti pojam „prema prirodi stvari“, o tome je više rečeno u narednom, četvrtom segmentu. Ovaj izraz može da posluži kao sredstvo tumačenja kada se ne svede na prosto opisivanje činjenica, već se u njemu otkrije određena normativna sadržina, što je moguće samo kada se radi o „stvari“ koja se u realnosti često javlja kao određeni istovetni odnos koji je

pravno priznat kroz odgovarajući „pravni institut“. Drugim rečima, u tu kategoriju bi spadali izrazi poput „ugovora“, „imovine“, ali ne i „prijateljstvo“ koje iako postoji u stvarnosti i predstavlja određeni odnos, nije pravno regulisan. Kao ilustrativni, dati su primeri iz obligacionog, odnosno privrednog prava. *Argumentum ad absurdum*, kao moguće sredstvo tumačenja u okviru objektivno-teleološke interpretacije, bliže je opisano u petom segmentu. Načelo pravne sigurnosti, naime, nalaže da pravni poredak jedne određene pravne zajednice treba da bude usaglašen sa pravnim shvatanjem većine u društvu. Ukoliko jedna takva većina, pod pretpostavkom da poseduje sve relevantne informacije i da njome nije medijski manipulirano, odbije predloženo tumačenje, onda od njega treba odustati. Tumačenje uzročne veze, omeđeno pojmom „adekvatnosti“, predstavljeno je na primeru naknade štete u nastavku teksta. Suprotstavljene norme ne mogu da posluže kao orijentir ljudskog ponašanja, tako da je neophodno teškoće koje proizlaze iz sukoba normi svesti na minimum. Upravo o tome se govori u pretposlednjem segmentu i u njemu opisanoj podvrsti teleološko-sistematskog tumačenja čiji je cilj da usaglasi normu sa odredbom jače pravne snage. Autor na ovom mestu posebno kritikuje prekomerno, a često i neopravdano korišćenje principa *effet utile* u evropskom pravu. Što se uporednopravnog tumačenja tiče, njemu treba pribeći samo kada su rešenja proistekla iz domaćeg zakonodavstva suviše neodređena ili suprotstavljena, a preuzeta rešenja iz stranih zakonodavstava se shvataju kao konkretizacija univerzalnih načela. Bydlinski ukazuje na opasnost od nekritičkog preuzimanja stranih rešenja, kao i na manjkavosti pokušaja unifikacije

prava, čime zaokružuje četvrti deo drugog poglavlja svoje knjige.

Peti deo drugog poglavlja knjige Franza Bydlinskog posvećen je iznalaženju pravog smisla norme u izrazito spornim slučajevima. U četiri podceline govori se o tome da su upotrebljiva rešenja ona koja prevazilaze neodređenosti konkretne norme sa jedne strane, a da sa druge strane nisu u nesaglasju sa principima i ciljevima prava. Jedno savršeno rešenje naravno ne postoji, ali pre nego što se izlaz traži u sudijskoj proceduri, treba normativne argumente tražiti u pravu i svim njegovim sistematskim slojevima i metodološkim kriterijumima, pri čemu se kompleksna sporna pitanja rešavaju putem pravnodogmatskih teorija. Nakon definisanja pojma „teorije“, autor na primeru iz naslednog prava objašnjava moguće pristupe, kao i delovanje principa i njihov sukob.

Sledeće poglavlje knjige (str. 55–80) nosi naslov „Dopunjujuće stvaranje prava“ (*ergänzende Rechtsfortbildung*) i sastoji se iz četiri dela. Prvi deo, „Osnove“, deli se dalje na tri podceline. U prvoj od njih se nakon brižljive analize odnosa dopunjujućeg stvaranja prava sa tumačenjem u užem smislu dolazi do zaključka da je razgraničavajući kriterijum smisao reči: metodološki rezultati koji se kreću u okviru mogućeg značenja reči, smatraju se tumačenjem. Ukoliko se taj okvir prekorači, radi se o stvaranju prava. Autor kritikuje stav pojedinih teoretičara koji kriterijum razgraničenja vide u nameri zakonodavca, potkrepljujući svoje argumente primerom iz krivičnog prava i tamo važeće zabrane analogije na štetu učinioaca. Metodološku posebnost dopunjujućeg stvaranja prava on vidi u potrebi dokazivanja da jedno činjenično stanje, koje se ne može podvesti pod važeću normu, čak ni kada je ona shvaćena

u svom najširem jezičkom smislu, ipak zahteva pravno ocenjivanje, pri čemu se ono ne može nazvati tumačenjem prava u širem smislu. Pozitivistička shvatanja, prema kojima izvan pozitivnopravnih propisa ne postoji pravo, odnosno prema kojima su činjenična stanja koja se ne mogu podvesti pod zakoniti tekst pravno irelevantna, te da shodno tome ne proizvode bilo kakvo pravno dejstvo, opisana i opovrgnuta su u drugoj podcelini. U trećoj podcelini, Bydlinski se bavi preduslovom za stvaranje prava, tj. prazninom u zakonu. On je definiše kao „nepotpunost mimo plana“ postojećih pravnih propisa. „Mimo plana“ ne znači da je zakonodavac imao neki „generalni plan“ kog se nije držao, već da prilikom stvaranja norme nije u potpunosti i konzekventno poštovao smisao i principe kojima se tom prilikom prvobitno bio rukovodio. Razlozi za to, kao i vrste pravnih praznina, opisani su u nastavku teksta.

„Analogija i razlog suprotnosti“ tema su drugog dela, sastavljenog iz tri podceline. Nakon uvodnih objašnjenja postupka primene analogije i razloga suprotnosti, autor ističe da je pogrešno shvatanje o „navodnom klatnu“ između ova dva metoda „koja uvek stoje na raspolaganju, te su stoga bezvredna“, jer se to može prihvatiti samo ako se polazi od (pogrešne) premise da su pravno relevantni samo pisani pravni propisi. Nasuprot ovom mišljenju „slovnih akrobata“, kako ih on naziva, Bydlinski ocenjuje da je bitno da li se relevantni smisao zakona prostire samo na opisano činjenično stanje (tada se primenjuje *argumentum e contrario*), ili se on, pak, nadilazi (tada se zaključuje putem analogije). Ilustracije radi naveden je primer iz obligacionog prava. Nakon osvrtnja na *argumentum e silentio* i odgovaraju-

ćeg primera iz porodičnog prava, sledi konstatacija da se svesna odluka zakonodavca o isključenju analogije u smislu „zakon je obuhvatio te i samo te slučajeve“ ne sme pretpostaviti. Vrste analogije i odgovarajući primeri opisani su u drugoj podcelini, dok se u trećoj autor osvrće na *argumentum a minori ad maius* i na *argumentum a maiori ad minus*, takođe uz odgovarajuće primere.

„Teleološka redukcija (restrikcija)“ opisana je u trećem delu. Primena ovog antipoda analogiji dolazi u obzir kada značenje zakonskog teksta, već shvaćenog u najužem smislu, prevazilazi svrhu norme. I ovde, kao i u dosadašnjem izlaganju, dati su odgovarajući primeri.

Četvrtim delom „Primena opštih pravnih načela“ zaokružuje se treće poglavlje knjige. U napomenama se na početku ukazuje da se opšta pravna načela pominju još ranije, kod tumačenja u užem smislu i kod analogije, te da je njihova neposredna primena poznata u većini razvijenih pravnih sistema; nekada čak i sâm zakon upućuje na njih. Ovaj supsidijerni način iznalazjenja smisla norme je, uprkos svojoj relativnoj neodređenosti, ipak nezaobilazan. Ono što njegovi kritičari mogu da ponude, a to je sopstvena procena tumača, u većoj meri implicira pravnu nesigurnost. Druga, od ukupno četiri podceline, prikazuje iznalazjenje i svojstva načela. Nakon ukazivanja na razliku između njih i svrhe zakona, sledi navođenje najvažnijih principa iz pojedinih oblasti prava, kao i definicija načela prema starijoj teoriji. Novija teorija, čije je polazište *Wilenburgova* teorija o „pokretnom sistemu“ (*Theorie vom beweglichen System*), istakla je jednu strukturalnu specifičnost koja principe razlikuje od drugog tipa normi („pravila“), a to je da oni ne traže potpuno poštovanje, već da sadrže „za-

hteve optimizacije“, odnosno očekivanja koja se mogu stepenovati i koja samo po mogućnosti, posebno uzimajući u obzir sukob sa drugim principima, treba ispunjavati. Postoje dva pristupa iznalaženju opštih pravnih načela, a Bydlinski se zalaže za kombinaciju oba. On, naime, smatra da treba početi sa indukcijom iz pozitivnog prava, praveći razliku u odnosu na analogiju, da bi se potom opšte vrednosne osnove ustanovile na osnovu ponašanja većine, tj. nauticajnijih članova društva i u njima sadržanih vrednosnih preferenci. Prazninama u principu posvećena je treća podcelina, dok iscrpno objašnjenje primera sledi u četvrtoj podcelini.

Četvrto poglavlje knjige (str. 81–93) koje se bavi redosledom/pozicioniranjem metoda tumačenja, sastavljeno je iz dva dela – „apstraktnog pitanja o poziciji“ i „neophodnih modifikacija“. Prikazom uobičajenog pragmatičnog postupanja, koje prati redosled do sada objašnjenih metoda tumačenja, započinje davanje odgovora na pitanje kako odrediti mesto i redosled instrumenata interpretacije. Na naredni metod se prelazi tek kada i ukoliko postavljeni problem na prethodnom nivou nije mogao da bude rešen. Pritom se podrazumeva da će se „preskočiti“ očigledno nepodobni metodi, kao i da se neće uvek isprobati svi metodi. Dva aspekta Bydlinski ipak napominje: s jedne strane uvek treba napraviti probu u suprotnom smeru putem osnovnih pravnih načela, u smislu kontrole da li dobijeno rešenje odstupa od vrednosnih sudova ili je prekršilo negativni stav društva. Druga napomena se tiče cilja tumačenja; njegova svrha nije samo postepeno ispravljavanje jezičkih nedoumica, nejasnoća i višeznačnosti, već i normativno usaglašavanje sa univerzalnim pravnim

vrednostima. S obzirom na to da se ovaj redosled pravnoteorijski može potvrditi, treba ga u isto vreme shvatiti i kao hijerarhijski niz, uz određena ograničenja, o čemu autor piše u narednoj podcelini. Polazna tačka kod tumačenja jeste tekst norme, dok se kod stvaranja prava do njega tek treba doći; samim tim se predmet tumačenja i predmet stvaranja prava razlikuju. Autor ukazuje da se kod stvaranja prava sa udaljavanjem od teksta norme sve više ide ka nepredvidivosti i nejednakosti, pa dalje govori o tome koji metod *in abstracto* ima prednost kod argumenata iste snage, kao i da apstraktni redosled u jednom konkretnom primeru, koji obuhvata argumente različite snage, nema odlučujuću ulogu. Šta kritičari zameraju ovakvom shvatanju, kao i kako se ono ipak može održati, sadržaj je naredne, treće podceline. Drugi deo četvrtog poglavlja, takođe sastavljen iz tri podceline, započinje postavkom da je iz razloga pravnog mira i pravne sigurnosti neophodno da se i „problematični proizvodi“ zakonodavnog procesa poštuju, a koja prestaje onda kada su zakoni izrazito nehumani, u oštroj suprotnosti sa pravednošću (kao primeri se pominju zakoni iz doba nacionalsocijalizma i komunizma), što tim zakonima uprkos formalno ispravnom nastanku, materijalno oduzima pravni karakter (Radbruchova formula). Mimo ovih ekstremnih slučajeva, važi i dalje da je manje zlo poštovati loše zakone, nego neograničeno stvarati pravo, iako iza toga možda stoje dobre namere. Ovako postavljena de lege lata granica se opravdava time, što se zakon ne sastoji samo iz reči i rečenica koje mu daju formu, već i iz normativne ljudske volje, koja čini njegovu sadržinu. U drugoj podcelini autor govori o tome da faktičke izmene u stvarnosti ne stvaraju prav-

ne probleme pošto je norma dovoljno apstraktna da i te izmene „pokriva“, ali da se stvari komplikuju ukoliko dođe do izmene neke činjenice koja je normativno relevantna, a da je posebno problematična „funkcionalna izmena“ (*Funktionswandel*), tj. situacija kada pravni propisi formalno ostaju nepromenjeni, ali u kombinaciji sa faktičkim izmenama funkcija zakona biva bitno promenjena. Kao primeri su, između ostalog, poslužile odredbe u vezi sa hiperinflacijom u periodu posle Prvog svetskog rata, kao i pravila o razvodu iz doba nacionalsocijalizma. Raspravom o konkretizaciji generalnih klauzula i osetljivoj ulozi sudske prakse u tome, zaokružuje se poglavlje knjige koje govori o redosledu i značaju pojedinih metoda tumačenja i prelazi se na naredno poglavlje.

Peto, ujedno i poslednje poglavlje (str. 95–127) posvećeno je sudijskom pravu (*Richterrecht*). U sedam delova, počev od opisa ovog fenomena i njegovog praktičnog značaja, preko rasprave o pravnom značaju sudijskog prava, različitih pristupa njegovoj ograničenoj obaveznosti, učenja o supsidijernoj obaveznosti, praktičnih posledica, te bližem određivanju pojedinosti, pa sve do rasprave o izmeni sudske prakse kao mogućem izolovanom problemu, autor nas kroz poslednje 32 stranice knjige vodi kroz jednu oblast koja spada u red najaktuelnijih i najspornijih pitanja prava današnjice.

Analizirajući „fenomen“ sudijskog prava, Bydlinski smatra da se ono nalazi na srednjem nivou apstrakcije, između zakonskih pravila i rešenja konkretnih slučajeva, te dalje argumentuje zašto su zaključci koje izvode pojedini teoretičari, a prema kojima primena metoda postaje suvišna ili gubi na značaju, pogrešni. Iako je oslanjanje na prejudici-

jelne odluke svrsishodno, a nekada čak i nužno, njihovo mehaničko korišćenje ipak ne može da zameni sopstveno pravničko razmišljanje. Autor ističe da je zadatak koji je stavljen pred pravnike i koji oni konstantno, barem posredno, treba da imaju u vidu je taj, da se iznađe rešenje postavljenog pravnog pitanja uz najracionalnije moguće obrazloženje, i to ono koje izvire iz celokupnog pravnog sistema i empirijskih postavki koje su „najbliže istini“; pri čemu je on itekako svestan ograničenja, poput onih koje postavlja praksa ili skromnih sredstava i sposobnosti pojedinog ocenjivača. Ovo se objektivno može optimirati tako što bi procesu doprineli, zajedničkim naporima i kroz diskusiju, svi oni koji praktično ili teoretski kvalitetno delaju u okviru prava. Bydlinski ne zaboravlja da na ovom mestu pomene i neke predrasude, te ocenjuje da bi bilo „začuđujuće naivno ili u potpunosti tendenciozno“ smatrati da neki rezultati *per se* imaju primat, samo zato što potiču iz sudske prakse ili iz nauke. On se zalaže za njihovu načelnu ravnopravnost, i jedini kriterijum koji prihvata jeste jačina argumenata, nebitno sa koje strane dolaze. Ovaj do sada opisani „tehničko-informativni“ značaj sudijskog prava teško se može negirati. Znatno veći spor postoji oko toga da li i koliki normativni značaj ima ovakvo „pravo“. I tu se dolazi do poznatih, suprotstavljenih stanovišta kontinentalnoevropskog i anglosaksonskog pravnog kruga, uz dodavanje jednog trećeg, manje ekstremnog shvatanja, prema kome je sudijsko pravo kao izvor prava jednakog ranga kao i zakon. U toj situaciji mu se najčešće pripisuje karakter običajnog prava, mada u manjoj meri postoje i mišljenja da je ono samostalno i ravnopravno izvor obavezujućeg prava. O netačnosti poslednje dve po-

menute postavke, autor iscrpno govori u nastavku teksta, gde ističe da zakon ipak i dalje uživa prednost⁴, te da sudijskom pravu treba priznati supsidijernu obavezujuću snagu, ostajući tako između ekstremnih pozicija da je ono „sve“ i da „nije ništa“. Svoju teoriju o supsidijernoj obaveznosti sudijskog prava (*Lehre von der subsidiären Bindungskraft*) Bydlinski opširno pojašnjava u narednom delu, uz izražavanje zadovoljstva što se stavovi Saveznog suda Nemačke u velikoj meri poklapaju sa njom.

U uvodnom delu ovog prikaza postavljeno je pitanje da li je moguće da se u jedan rad, ne preterano velikog obima, pretoče logički koherentne misli i stavovi o složenoj tematici kakva je pravna metodologija. Iako autor, što se, uostalom, i iz samog naslova dela vidi, ne pretenduje na iscrpnost i krajnju sveobuhvatnost,

4 Iako je donet u doba apsolutne monarhije (1812. godine), ABGB (Opšti građanski zakonik) Austrije, tačnije njegov glavni uređivač *Zeiller*, izričito naglašava da zakon ima prednost. Mada nije od neposrednog značaja za naše pitanje, zanimljivo je pomenuti da se *Zeiller* zalagao i za princip nezavisnosti sudije, na čije bi poštovanje, barem u etičkom smislu, bio obavezan i vladar. Franz Bydlinski, str. 106.

već „samo“ želi da postavi osnove za uvodno upoznavanje sa materijom, ipak treba reći da je možda upravo u tome i vrednost ovog rada – da u najkraćim, ali ipak razumljivim, uverljivo obrazloženim i na primerima pojašnjenim crta ma predstavi svoja, na višedecenijskom iskustvu bazirana, shvatanja o pravnoj metodologiji, čime knjiga može da postane prijemčiva čak i za nepravnike koji žele da steknu prvi uvid u metode prava. Bydlinskom treba odati priznanje i zbog činjenice da se ne libi da kritikuje i neka uvrežena mišljenja, oduzimajući im oreol nepogrešivosti. Zaključno se, dakle, može reći da je odgovor na pitanje iz uvodnog dela potvrđan, pri čemu je završna reč prepuštena samom autoru, Franzu Bydlinskom: „Možda je uvod poput ovog pogodniji od debelih i stoga retko kada u celosti pročitanih knjiga, da bi se mladi pravnici barem malo imunizovali nasuprot najekstremnijim od mnogobrojnih krivih ili nerazumljivih, nekada dakako visokoučenih izjava o zadacima, mogućnostima i granicama metodološkog iznalaženja prava.“

Ivana Marković