

# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 1 Januar 2017.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

---

## Zakonska nejasnost kao temelj stvaralačke jurisprudencije: primer Republike Srbije

**Petar Mitrović**

Strane: 7-26

Online na: <http://www.ivrserbia.org/article/0101/>

## ZAKONSKA NEJASNOST KAO TEMELJ STVARALAČKE JURISPRUDENCIJE: PRIMER REPUBLIKE SRBIJE\*\*

*Cilj ovog rada jeste da doprinese analizi sudijskog stvaralaštva u Republici Srbiji. Preciznije rečeno, tvrdnja koja se u radu zastupa jeste da presuđivanje u slučajevima nejasnosti nužno uključuje stvaranje prava. Rad je podeljen u šest delova. Uvodni deo ističe značaj koji ovo pitanje ima u modernoj jurisprudenciji. Drugi deo se bavi analizom zakonskih neodređenosti, sa posebnim osvrtom na nejasnost. U narednom delu se obrađuju pitanja: (1) ko je obavezan da rešava problem zakonske nejasnosti i (2) na koji način srpski sudovi kao središnji organi kojima je povereno pravno tumačenje to čine. Četvrti deo iznosi argumente u prilog tvrdnji da je rešavanje nejasnosti stvaralačka delatnost, dok se peti bavi potencijalnim prigovorima koji se mogu uputiti toj tvrdnji. Na kraju, šesti deo obrazlaže sam značaj rada i ističe njegova ograničenja u smislu eksplanatorne moći.*

**Ključne reči:** *Stvaranje prava. – Nejasnost. – Apsolutno granični slučajevi. – Stvaralačka jurisprudencija. – Supsidijarni zakonodavac.*

### 1. UVOD

Iznoseći uvodne napomene u svom delu *Taking Rights Seriously*, Dworkin (*Dworkin*) konstatuje da svaka opšta teorija prava,

---

\* Autor je student osnovnih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, [petarmbg@gmail.com](mailto:petarmbg@gmail.com).

\*\* Prva verzija ovog rada je predstavljena na Trećoj studentskoj konferenciji iz teorije i filozofije prava, održanoj 21. oktobra 2016. Zahvalan sam prof. dr Miodragu Jovanoviću, svom mentoru, kao i doc. dr Bojanu Spaiću, na korisnim savetima i kritičkim osvrtima koje su dali prilikom različitih faza izrade ovog rada. Zahvalan sam i svom komentatoru sa Konferencije, Lidiji Zečević.

između ostalog, mora sadržati i teoriju presuđivanja.<sup>1</sup> Za ovu tvrdnju se može reći da uživa status aksioma među modernim juristima. To svakako nije slučajno. S jedne strane, presuđivanje je u neraskidivoj vezi s konceptom prava; naime, svaki stav o presuđivanju nužno pretpostavlja određene konceptualne tvrdnje o samom pravu. S druge strane, kako Dworkin takođe pokazuje, delatnost presuđivanja nam nameće različite moralne izazove. Suočavajući se sa sudijskim stvaralaštvom, normativni juristi bez izuzetka moraju pokušati da odgovore na brojne moralne dileme koje ono pred nas postavlja.<sup>2</sup>

U tome se ipak ne iscrpljuju razlozi za veliko interesovanje koje među pravnim filozofima vlada za ovu oblast. Iako je kontinentalna doktrina odavno napustila ideje mehaničke jurisprudencije, koja je pravne norme posmatrala kao „samoprimenjujuće“, a sudije kao „usta zakona“, ona je sudijama i dalje pripisivala relativno skromnu ulogu. Uloga sudova se, prema tom shvatanju, iscrpljuje u postupku tumačenja (i primene) prava, pri čemu se tumačenje shvata kao pronalaženje *pravog* značenja norme. Dakle, bez obzira na to što delatnost sudova nije mehanička, pa je samim tim i „stvaralačka“ u određenom smislu, ona se i dalje mora odvijati u granicama zakona. Ovakvo shvatanje je u poslednjih nekoliko decenija dovedeno u pitanje zapažanjima da i sudije u evropsko-kontinentalnom sistemu prava imaju velikog udela u stvaranju prava. Ono je još više uzdrmano tvrdnjama (1) da je sudijsko stvaranje prava ne samo „eksces“ već i nužnost u određenim situacijama, te da je (2) moguće pronaći moralno opravdanje za to što sudije čine. Cilj ovog rada će biti da podrži tvrdnju pod (1), iz čega sledi da će sva normativna pitanja ostati izvan njegovog domašaja. Drugo ograničenje koje je radom postavljeno jeste da će se odnositi samo na jednu državu kontinentalnog prava – Republiku Srbiju.

Značajna pažnja u savremenoj jurisprudenciji se pridaje odnosu prava i jezika. Uzimajući u obzir da je jezik opšteprihvaćen način iskazivanja pravno obavezujućih standarda ponašanja, nije teško zaključiti zašto se pitanje njihove (ne)određenosti uobičajeno

---

<sup>1</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977, Harvard University Press, vii.

<sup>2</sup> Dworkin izdvaja dva prigovora „sudijskoj originalnosti“: (1) da zajednicom treba da upravljaju ljudi koji su izabrani i odgovorni većini, što sudije svakako nisu; (2) da sudijsko stvaranje prava nužno vodi ka njegovoj retroaktivnoj primeni, čime se stranka koja izgubi u sporu kažnjava za kršenje novostvorene dužnosti. Vid.: *Ibid*, 84.

posmatra kao posledica nesavršenosti samih prirodnih jezika, odnosno manjkavosti koje proizilaze iz njihove upotrebe. O značaju tog pitanja verovatno najbolje govori konstatacija koju je izneo Pošer (*Poscher*): naime, da se žalbeni i vrhovni sudovi uglavnom ne bave „razmršavanjem činjenica slučajeva, već neodređenostima prava“.<sup>3</sup> U ovom radu ćemo se pozabaviti jednom značajnom vrstom neodređenosti koja je široko rasprostranjena u pravnim tekstovima. Potom ćemo pokušati da na tim osnovama izgradimo stav o nužnoj stvaralačkoj delatnosti srpskih sudova. Drugim rečima, tvrdnja koja će se u nastavku braniti se može odrediti kao: stvaranja prava je *nužno svojstvo* judiciranja u barem nekim situacijama.

## 2. NEODREĐENOST ZAKONSKIH TEKSTOVA: NEJASNOST

Makar i letimičan pregled zakona neke od modernih država sveta, pa tako i onih koje pripadaju kontinentalnoj tradiciji, neizostavno nas suočava sa jednom činjenicom: zakonski tekstovi „pate“ od neodređenosti. Suvišno je reći da pravo Republike Srbije ne predstavlja izuzetak. Bez obzira na to da li govorimo o građanskom ili krivičnom pravu, neprestano se suočavamo s pitanjima o normativnom sadržaju zakonskih odredaba. Ta pitanja se pre svega odnose na (1) karakter i sadržaj prava i obaveza adresata, a ređe, ali nikako manje bitno, na (2) samo pitanje ko je adresat određene norme.

Krivac za takvo stanje u modernim pravnim sistemima se, po pravilu, pronalazi u nesavršenosti prirodnih jezika. To nije nimalo iznenađujuće budući da pravo, za razliku od nekih drugih oblasti ljudskog stvaralaštva, ostaje u velikoj meri zavisno od njih. S obzirom na to da se kao nesporna uloga prava navodi sprečavanje nepoželjnog i obezbeđivanje poželjnog postupanja u konkretnoj političkoj zajednici<sup>4</sup>, pravo mora biti sposobno da komunicira sa, ako ne svim, onda svakako ogromnom većinom njenih članova. Jasno je već na prvi pogled da ta uloga ne bi mogla da bude ostvarena ukoliko bi pravnici koristili neki od tehničkih jezika. Shodno tome, vidimo da je pravo,

---

<sup>3</sup> Ralf Poscher, *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, 1, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1651465](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1651465), 29. novembar 2016.

<sup>4</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press 2009, 2nd edition, 169.

barem još uvek, osuđeno na upotrebu prirodnih jezika, a time i na sve manjkavosti koje njihova upotreba sa sobom donosi.

Saglasno Voldronu (*Waldron*), najveći značaj za pravo imaju tri oblika neodređenosti: (1) višeznačnost, (2) nejasnost i (3) spornost.<sup>5</sup> S jedne strane, višeznačnost je, kako ističe Voldron, oblik neodređenosti koji je najlakše definisati ali i najlakše rešiti<sup>6</sup>, dok s druge, konceptualno razgraničenje spornosti od nejasnosti predstavlja ne tako lak zadatak, budući da su sporni koncepti po pravilu i nejasni. Zbog toga ćemo se zadovoljiti sa time da naša razmatranja u tekstu koji sledi ograničimo na nejasnost i ispitivanje tvrdnje da li ovaj oblik neodređenosti daje dovoljno osnova da se zaključi da srpske sudije, barem nekada, stvaraju pravo.

Nejasnost, nažalost, nije jednostavno odrediti, pre svega zbog postojanja različitih teorija koje pokušavaju da odgovore na pitanje o poreklu ovog oblika neodređenosti, te da ponude odgovarajuća rešenja. Ipak, postoji načelna saglasnost da se nejasnost može definisati uz pomoć graničnih slučajeva. Problem sa definisanjem nejasnosti na taj način leži u tome što, kako nam pokazuju u svojoj analizi Bueno (*Bueno*) i Kolivan (*Kolyvan*), takve definicije su nekada konstruisane tako da prejudiciraju način rešavanja problema nejasnosti.<sup>7</sup> Uprkos tome, smatramo da se može iznaći jedan opšti, dovoljno širok koncept graničnih slučajeva. Za potrebe ovog rada, pod graničnim slučajevima ćemo podrazumevati *slučajeve u pogledu kojih postoji sumnja da li se mogu podvesti pod određeni izraz*. Verujemo da je ova definicija dovoljno široka, tako da ne isključuje, kako je njihova analiza nekih definicija pokazala, epistemicizam, odnosno teorije supervaluacije i subvaluacije.

Po Sorensenu (*Sorensen*), granični slučajevi se dele u dve vrste: relativno i apsolutno granične.<sup>8</sup> Kod relativno graničnih slučajeva problem je rešiv: uz dodatna saznanja o graničnom slučaju, nejasnost se može prevazići. Sorensen ovakve slučajeve, štaviše,

---

<sup>5</sup> Jeremy Waldron, „Vagueness in Law and Language: Some Philosophical issues“, *California Law Review*, 1994, 512-514.

<sup>6</sup> *Ibid*, 515.

<sup>7</sup> Otávio Bueno, Mark Colyvan, „Just What Is Vagueness?“, *Ratio* XXV 1, 2012, 19-33.

<sup>8</sup> Roy Sorensen, „Vagueness Has No Function in Law“, *Legal Theory* 7, 2001, 393.

odbija da nazove nejasnošću. Kod apsolutno graničnih slučajeva stvari stoje znatno drugačije; naime, bez obzira na prikupljenu količinu informacija, granični slučaj ostaje graničan, te je sumnja neotklonjiva. Iz toga vidimo da je apsolutna nejasnost *par excellence* konceptualni problem, budući da se sastoji iz nedovoljne određenosti samog koncepta koji je denotiran određenim izrazom. Kako je apsolutna nejasnost konceptualno nerešiva, sledi da nismo u stanju da utvrdimo da li granično  $x$  poseduje nužna i dovoljna svojstva tako da pripada konceptu  $A$  koji je denotiran izrazom  $S$ . Upravo je takva nejasnost značajan problem za pravnike praktičare i ona koja predstavlja okosnicu tzv. teških slučajeva.

Samim tim što poseduju apsolutno granične slučajeve, nejasne koncepte odlikuje još jedno svojstvo: podložnost soritskom paradoksu. Pod pretpostavkom da je čitalac upoznat sa istim, mi se na ovom mestu nećemo upuštati u njegovo opširno definisanje. Soritski paradoks, ukratko rečeno, predstavlja argument čije premise se čine istinitim, dok je zaključak očigledno pogrešan.<sup>9</sup> Značaj soritskog paradoksa za pravo, kako ističe Spaić, se sastoji u tome što nam on pokazuje svu teškoću razgraničenja graničnih od nesumnjivih slučajeva, tj. slučajeva koji nedvosmisleno potpadaju pod nejasan koncept.<sup>10</sup> Pomenuti paradoks može postojati u numeričkim i nenumeričkim verzijama, te su njemu podložni kako oni koncepti koje odlikuje kvantitativna (nejasnost stepena), tako i oni koje karakteriše kvalitativna (kombinatorna) nejasnost.<sup>11</sup> Kako će biti pokazano u nastavku, oba tipa nejasnosti su prisutna u pravnim tekstovima i

---

<sup>9</sup> U udžbeničke primere soritskog paradoksa obično spadaju njegove numeričke verzije:

Jedno zrno pšenice ne čini gomilu. Ako jedno zrno pšenice ne čini gomilu, dva zrna takođe ne čine gomilu.

Ako dva zrna pšenice ne čine gomilu, tri zrna takođe ne čine gomilu.

...

Ako 9.999 zrna pšenice ne čine gomilu, 10.000 zrna takođe ne čine gomilu.

Dakle, 10.000 zrna pšenice ne čine gomilu.  
Primer preuzet sa: <https://plato.stanford.edu/entries/sorites-paradox/>, 5. februar 2017.

<sup>10</sup> Bojan Spaić, „Institucionalno rješavanje problema semantičke neodređenosti u pravnom tumačenju“, *Savremeni problemi pravne i političke filozofije* (ur. B. Spaić, D. Banović), Šahinpašić, Sarajevo 2016, 129.

<sup>11</sup> R. Poscher, *Ibid*, 8-9.

predstavljaju ozbiljan izazov za tradicionalno shvatanje uloge kontinentalnih sudija.

Nezavisno od ispravnosti Sorensenovog epistemicizma, verujemo da je pomenuto razlikovanje između relativno i apsolutno graničnih slučajeva korisno za dalje razmatranje središnjeg pitanja ovog rada. Jer, ono čemu ćemo u nastavku rada posvetiti pažnju jeste da se pokaže da apsolutno granični slučajevi daju dovoljno osnova da se zaključi da srpske sudije nekada nužno stvaraju pravo. Drugim rečima, ono što je za našu dalju raspravu bitno jeste da utvrdimo da slučajevi apsolutne nejasnosti postoje. Da li je tvrdnja koja stoji iza epistemicizma tačna – naime, da postoji jasna konceptualna granica koja deli „gomilu“ od „ne-gomile“, „religiju“ od „ne-religije“ itd., koju ne znamo ili nismo u mogućnosti da spoznamo<sup>12</sup> – nije od neposrednog značaja za ispravnost zaključaka koji slede u nastavku.

S obzirom na to da su zakoni kao opšti pravni akti usmereni na to da regulišu veliki broj različitih pravnih situacija i odnosa, nije teško zaključiti zašto je nejasnost u toj meri prisutna u zakonskim tekstovima. Ipak, nikako ne treba smetnuti s uma da uzrok nejasnosti nije opštost zakona po sebi. Naime, opštost je svojstvo zakona ili pravne odredbe prema kojoj se odnosi na neodređen broj pravnih subjekata. Samim tim, prisustvo opštosti je logički nezavisno od nejasnosti.<sup>13</sup> Bez obzira na očiglednost ove činjenice, nije retkost među pravnim autorima pronaći primere poistovećivanja opštosti i nejasnosti. Pošer, na primer, primećuje da se takvo poistovećivanje nekada pripisuje Hartu (*Hart*).<sup>14</sup> Kako je njihovo konceptualno razgraničenje moguće, u pravnim tekstovima se mogu pronaći odredbe koje su opšte, ali nisu nejasne. Tako, odredba koja kaže da ostavioca u prvom naslednom redu nasleduju njegovi potomci i bračni drug (čl. 9 ZON) jeste opšta, ali nije nejasna. Sledi da se uzrok same nejasnosti nikako ne može pronaći u opštosti, ali da je njeno značajno

---

<sup>12</sup> Epistemičke teorije nejasnosti spadaju u one koje soritski paradoks pokušavaju da reše odbacivanjem neke premise. Prema epistemicizmu, postoji trenutak u soritskoj seriji induktivnih koraka kada *n* zrna pšenice postaje gomila. Dakle, epistemičke teorije nejasnosti smatraju da objektivna neodređenost ne postoji, te zbog toga neki od induktivnih koraka mora biti pogrešan. Najistaknutiji predstavnih epistemičkih teorija je Timoti Viliđamson, vid.: Timothy Williamson, *Vagueness*, London: Routledge 1994. Za kritiku njegove teorije vid.: Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000, 99-134.

<sup>13</sup> R. Poscher, *Ibid*, 5.

<sup>14</sup> *Ibid*, 6.

prisutvo u zakonima moguće opravdati usmerenjem prava da reguliše raznovrsne slučajeve. Da je to slučaj svedoče primeri namerne nejasnosti u zakonskim tekstovima (npr. pravni standardi), ali i drugi nejasni koncepti čija je upotreba manje ili više nužna, a nikako posledica voljnog akta zakonodavca.

### 3. OTKLANJANJE NEJASNOSTI U ZAKONSKIM TEKSTOVIMA

#### 3.1. Ko je obavezan da otklanja nejasnost?

Prethodno rečeno nas neminovno vodi ka jednom intuitivnom zaključku: zakoni, sa svim neodređenostima koje poseduju, sprečavaju primenu; da bi zakonski tekstovi mogli da se primene na konkretne slučajeve, neophodno je prevazići sporove o normativnom sadržaju njihovih odredbi. Jednostavnije rečeno, da bi se zakon primenio, neophodno je najpre razumeti šta nam zakon kaže. Ovakav zaključak nas, pak, neizostavno suočava sa pitanjem ko je obavezan da rešava probleme zakonskih neodređenosti.

Načelno govoreći, ta pitanja treba da rešava svako ko treba da primeni zakon, tj. lice koje je adresat neke pravne odredbe. To uključuje kako državne tako i nedržavne subjekte, ubrajajući tu i fizička lica. Pravni sistemi, kako danas tako i odvajkada, ljudima nameću obavezu poznavanja prava. O tome najbolje govori princip *ignorantia legis nocet*, koji je svoje mesto našao u svim pravnim sistemima i čija primena trpi tek neznatna ograničenja. Da i ljudska bića kao članovi političke zajednice imaju obavezu poznavanja prava, svedoči i rasprostranjena upotreba pravnih standarda. Pravni standardi, kao normativni koncepti, subjektima prava nalažu obavezu da ocenjuju svoje ponašanje u odnosu na standard postavljen u zakonu. Na taj način, subjektima je implicitno nametnuta obaveza da saznaju sadržaj prava, a time i neophodnost da se pozabave problemima koje uzrokuje neodređenost zakona. Međutim, uzimajući u obzir osnovnu karakteristiku javnopravnih odnosa – subordinaciju<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2013, 16-17.



– mišljenja onih državnih subjekata u čijoj nadležnosti je sprovođenje zakona ima naročitu težinu.<sup>16</sup>

Od momenta stupanja na snagu određenog zakona, obaveza je izvršne vlasti da ga sprovodi. To znači da je izvršna vlast, u načelu, prva koja se suočava sa problemom neodređenosti zakonskih tekstova koji, shodno prethodnom, mora da reši kako bi zakon primenila. Jasno je da će se sporno pitanje u nekom trenutku postaviti i pred stvarno nadležni sud, a potom i pred žalbeni ili najviši sud. Žalbeni, odnosno najviši sud, je onaj državni organ koji će svojim autoritativnim tumačenjem u vidu pravnih shvatanja izraženih u sudskim odlukama, dati poslednju reč u pogledu spornih pitanja koja uzrokuje neodređenost zakona. To je prirodna posledica *instancione kontrole tumačenja*, prema kojoj je neposredno viši i, u konačnici, najviši sud, autoritetom svojih argumenata a najčešće samo autoritetom obaveznosti i konačnosti njegovih odluka, u stanju da određeno tumačenje zakona nametne nižim sudovima, te svim ostalim državnim i nedržavnim subjektima.<sup>17</sup>

### 3.2. Načini otklanjanja nejasnosti

Međutim, ukoliko je instanciono viši, odnosno najviši sud, taj koji daje poslednju reč u sporovima koje uzrokuje zakonska nejasnost, mora se odgovoriti na pitanje na koji način to pomenuti sudovi čine i, što je još bitnije, da li pravno rasuđivanje u koje se tom prilikom upuštaju predstavlja stvaralačku delatnost. Ukoliko pogledamo sudsku praksu, videćemo da postoje barem dva načina na koje se srpski sudovi bore sa nejasnošću: (1) definisanje nejasnih koncepata *in abstracto* ; (2) definisanje na strogo određen način.

1. Definisane *in abstracto* postoji u situaciji kada sud, pri susretu sa nejasnim konceptom, ponudi određenu opštu definiciju pod koju potom podvodi činjenično stanje konkretnog slučaja. Kroz proces ujednačavanja sudske prakse, to pravno shvatanje pridobija *erga*

---

<sup>16</sup> Zbog toga, bez obzira na to što i privatni pravni subjekti imaju obavezu da tumače pravne standarde, koje ponašanje odgovara pravnom standardu postavljenom u pravnoj normi i čijim se činjenjem izbegava sankcija zavisi u krajnjoj liniji od tumačenja nadležnog državnog organa. Vid.: Kosta Čavoški, Radmila Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2011, 260.

<sup>17</sup> B. Spaić, „Hart, Dvorkin i institucionalna kontrola pravnog tumačenja“, *Nasleđe političke i pravne filozofije Ronalda Dvorkina*, Beograd 2015, 134.

*omnes* važenje i time postaje opšti obavezni kriterijum na osnovu kojeg se utvrđuje pravna kvalifikacija činjeničnih stanja u drugim slučajevima. Kao primer za ovakav način rešavanja nejasnosti se može navesti oblik teškog ubistva – lišenje života na svirep način (čl. 114 KZ). Kako bi se pojasnio zakonski koncept svireposti i time predupredili budući sporovi, sudovi su nam ponudili sledeću objektivno-subjektivnu definiciju:

„[...] pored napred navedene objektivne komponente svireposti koja se ogleda u nanošenju nepotrebnih patnji žrtvi, neophodno je postojanje i subjektivne komponente svireposti koja se sastoji od namere okrivljenih da muče žrtvu, odnosno da su okrivljeni bili svesni da svojim postupanjem nanose prekomerne bolove i patnje oštećenom i da su isto hteli, a što je sve od značaja za pravnu kvalifikaciju radnji koje se okrivljenima stavljaju na teret.“<sup>18</sup>

Očigledna mana definisanja *in abstracto* jeste što su ovakve definicije i same najčešće nejasne, te u praksi ostavljaju nerešenim mnoga pitanja. Drugim rečima, koncepti upotrebljeni u takvim definicijama i sami neretko poseduju apsolutno granične slučajeve. Naime, opravdano se može postaviti pitanje koja količina patnje mora da postoji da bismo govorili o „nepotrebnim patnjama žrtve“ ili koji intenzitet bola mora biti prisutan kod oštećenog da bismo ustanovili da se radi o „prekomernim bolovima“. Ipak, nesumnjiva prednost ovakvih definicija se ogleda u tome što, bez obzira na to što ne rešavaju problem nejasnosti u potpunosti, daju određeni kriterijum na osnovu kojeg se vrši subsumcija činjeničnog stanja pod nejasan zakonski koncept. Dakle, izrazita nejasnost zakonskog koncepta se zamenjuje uglavnom manjom nejasnošću definicije koju nudi sudska praksa.

I onda kada nam sudska praksa daje jedan opšti kriterijum, on može biti formulisan na način koji ne ostavlja previše sumnje u to koji slučajevi se mogu podvesti pod nejasan zakonski koncept. Kao primer takve vrste nam može poslužiti zakonski koncept smrti. Koncept smrti, jednako kao i koncept života, odlikuje izrazita nejasnost. U oba slučaja se ne može sa sigurnošću utvrditi u kom trenutku oplodena jajna ćelija postaje ljudsko biće (ličnost), odnosno od kog trenutka se živo ljudsko biće smatra mrtvim, i samim tim prestaje da bude čovek. Iako je koncept smrti od velikog značaj za više grana prava, srpski

---

<sup>18</sup> *Bilten Višeg suda u Beogradu* 82, Beograd 2012, 26.

zakonodavac ne nudi nikakav kriterijum za utvrđivanje trenutka nastupanja smrti ljudskog bića. Bilo je neophodno da se sudovi odrede prema različitim metodama i da na kraju prihvate tzv. Harvardske kriterijume.<sup>19</sup>

2. Definisanje na strogo određen način postoji u onim situacijama kada sud nejasan koncept odredi na način koji ne ostavlja sumnju u pogledu njegovog sadržaja. Drugim rečima, sud će tada, od jednog kocepta koji poseduje apsolutno granične slučajeve, stvoriti koncept sa strogo oivičenim granicama, tako da je nemoguće da se apsolutno granični slučajevi jave (tzv. *clear-cut* koncept). Tipične primere ovakve vrste pronalazimo u krivičnom pravu, po pravilu kod definisanja dopunskih odlika radnje ili posledice krivičnog dela. Ovde ćemo navesti dva primera. Osnovni oblik nedozvoljene trgovine (čl. 243 KZ) ima tri alternativno postavljene radnje izvršenja, od kojih se prva sastoji u nabavljanju robe, odnosno drugih predmeta *u većoj vrednosti* u svrhu prodaje. Sa druge strane, da bi bila ostvarena obeležja bića krivičnog dela zloupotrebe prava na štrajt, neophodno je da nastupi posledica u vidu opasnosti po život ili zdravlje ljudi, ili *imovinu većeg obima* (čl. 167 KZ). Prirodno, pred nadležne sudove se postavilo pitanje šta treba uzeti pod „veću vrednost“, odnosno šta treba smatrati „imovinom većeg obima“. Na kraju je Vrhovni sud Srbije, danas Vrhovni kasacioni sud, zauzeo pravno shvatanje prema kojem „veća vrednost“ predstavlja vrednost koja prelazi iznos od 300.000 dinara, a da je „imovina većeg obima“ ona čija vrednost prelazi iznos od 1.200.000 dinara.<sup>20</sup>

#### 4. OTKLANJANJE NEJASNOSTI KAO STVARALAČKA DELATNOST

Nakon kratkog pregleda nekoliko spornih pitanja iz srpskog pravnog života, ostaje da se pozabavimo odgovorom na pitanje: da li se može tvrditi da sudije u tim i sličnim situacijama stvaraju pravo?

Ako se vratimo na početnu definiciju nejasnosti, izgleda da možemo doći do tog zaključka. Naime, ako su apsolutno granični slučajevi oni koji nas *ostavljaju* u nedoumici da li potpadaju pod

---

<sup>19</sup> Zoran Stojanović, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd 2014, 7.

<sup>20</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo: priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2014, 233 i 291.

određeni koncept, to znači da ne postoji ta vrsta konceptualne analize koja nam može pomoći da jednom za svagda odgovorimo da li situacija  $x$  potpada pod koncept  $A$  koji je denotiran izrazom  $S$ . Iz toga dalje možemo izvesti dva zaključka:

1. Prvi zaključak jeste da ne postoji „pravo“ značenje pravnih normi opterećenih nejasnošću. Ukoliko zakonski tekst pati od neodređenosti, a ta vrsta neodređenosti je konceptualno nerešiva, sledi da tekst ne može posedovati nikakvo inheretno značenje koje je sudija obavezan da pronađe primenom odgovarajućih metoda tumačenja prava. Tačnije, tekst ne može posedovati značenje u svim onim situacijama koje predstavljaju apsolutno granične slučajeve ( $Xn$ ).

2. Ukoliko je problem konceptualno nerešiv, to znači da sudija nije u boljoj poziciji da zna odgovor na ovo pitanje od filozofa, jednako kao i zakonodavac. Ipak, između sudije i filozofa postoji jedna očigledna i nesamerljiva razlika – sudija ne može da kaže: „ne znam“. Dok filozof može sebi da priušti da prizna da je koncept nejasan, te da izrazi manju ili veću (ne)sigurnost prilikom podvođenja situacije  $x$  pod koncept  $A$  koji je denotiran izrazom  $S$ , sudija ne uživa takvu vrstu luksuza. Instanciono viši i najviši sudovi moraju, bez obzira na sve postojeće dileme, da donesu konačnu odluku. Kada bi bilo drugačije, pravna sigurnost kao jedna od osnovnih vrednosti koje pravo treba da postigne bi zauvek ostala izvan domašaja ljudskog iskustva.

Ako pođemo od tih zaključaka, shvatićemo da srpski sudovi iz ove, po mnogo čemu bezizlazne situacije, ipak pronalaze put: postupkom pripisivanja značenja. Naime, ukoliko sudovi u slučajevima nejasnosti ne mogu da se oslone na zakonski tekst i postojeće metode tumačenja, te ukoliko ne mogu da reše pomenuta pitanja baš zato što su konceptualno nerešiva, sledi da tada sudije uživaju diskreciju. Drugim rečima, sudije instanciono viših i najviših sudova<sup>21</sup> će uživati neograničenu slobodu prilikom utvrđivanja ili

---

<sup>21</sup> Istina, ovu diskreciju uživaju i sudije nižih sudova, a njihovo rasuđivanje u slučajevima nejasnosti može značajno uticati na stav koji će u svojim odlukama zauzeti instancioni viši i najviši sudovi. Ipak, uzimajući u obzir da nas ovde pre svega interesuje uticaj sudova na *konačno* oblikovanje prava, prirodno je da se usredsredimo na delatnost pomenutih sudova, budući da se njihove odluke ne nalaze pod pretnjom da budu odbačene od strane nekog višeg organa. Izuzetno, to može biti učinjeno od strane Ustavnog suda Srbije na dva načina: (1) u postupku ocene ustavnosti nekog zakona ili drugog opšteg akta, kada Ustavni sud, umesto da utvrdi neustavnost, utvrdi način na koji će se neka opšta pravna norma shvatati; (2) u postupku po ustavnoj

pripisivanja značenja zakonskim tekstovima: sudije će delovati kao *supsidijarni zakonodavci*. Da bismo pojasnili kakva kvazi-legislativna ovlašćenja sudovi poseduju u slučajevima nejasnosti, poslužićemo se prethodnim primerima.

Pomenuti zakonski koncept svireposti poseduje apsolutno granične slučajeve. Iako je u nekim situacijama nesporno da se može govoriti o svirepom ubistvu, postoje i one kod kojih ne možemo sa istim stepenom sigurnosti tvrditi da li se radi o svirepom ili običnom ubistvu. Sudovi su zbog toga konceptu svireposti jednostavno pripisali objektivno-subjektivno značenje, iako za to nema osnova u samom zakonu. To, dalje, znači da sudije vrše izvesno „nasilje“ nad konceptima, svesno ili nesvesno zanemarujući da je on nejasan. Ovo „nasilje“ nad konceptima se ispoljava i u tome što će sudovi nekada proširiti ili suziti sadržaj nekog svakodnevnog koncepta (tzv. termina-koncepta) koji zakon upotrebljava, tako da odgovara potrebama pravnog života. Na primeru svireposti, sudsko shvatanje nadilazi svakodnevno utoliko što zahteva i postojanje specifičnog psihičkog elementa, dok svakodnevno razumevanje dozvoljava da se određeni čin proglasi kao „svirep“ bez obzira na psihički odnos prema činu onog koji taj čin preduzima. Na taj način sudovi stvaraju tzv. polutehnički vokabular – zakoni se koriste izrazima prirodnih jezika, ali im sudovi pridaju značenje koje je šire ili uže od svakodnevnog. Nadalje, kako je i sama definicija koju sudovi prihvataju nejasna, pri susretu sa apsolutno graničnim slučajevima (koje definicija rađa) će jednostavno utvrditi da se određeno činjenično stanje podvodi pod koncept svirepog a ne običnog ubistva, ili obrnuto. Iako će neretko izneti određene razloge, oni nikako neće biti konkluzivne prirode.

Definisanje koncepta smrti nas takođe navodi na isti zaključak. Sudovi nisu u stanju da na osnovu samog zakona zaključe da li je u pitanju ubistvo ili nepodoban pokušaj ukoliko neko isključi aparate za održavanje rada srca i pluća kod osobe sa nepovratnim oštećenjem mozga. Isto tako ne mogu da zaključe koji trenutak će se smatrati trenutkom otvaranja nasleđa. Da bi mogli da odgovore na ta pitanja, prethodno bi morali da reše srodna konceptualna pitanja, što bi potom dalo mogućnost da se ustanovi nedvosmislen kriterijum za utvrđivanje trenutka smrti. Kako sudije pomenutih sudova, kao ni bilo

---

žalbi, kada utvrdi da određeno tumačenje neke opšte pravne norme predstavlja povredu Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Međutim, kako su te situacije veoma retke, za potrebe ovog rada ih možemo zanemariti.

ko drugi, nije u stanju da sa takvom sigurnošću tvrdi u kom trenutku čovek prestaje da postoji, ponovo sledi da sudije u tim situacijama pripisuju značenje, pri čemu im sam zakonski tekst, baš zato što ne sadrži takav kriterijum, ne može biti od pomoći. Tako, sudije odlučuju da se priklone tzv. Harvardskim kriterijumima, te da zanemare klasični kardiopulmonalni, kriterijum moždanog stabla ili, najnoviji, kriterijum „višeg“ mozga. Dakle, vidimo da je sudijsko definisanje i u ovom slučaju stipulativno.

Da sudije iz razloga pravne sigurnosti zanemaruju mnoge konceptualne teškoće, te da idu korak dalje od samog zakona, još izrazitije svedoče primeri u kojima sudovi od nejasnih stvaraju jasne koncepte. Kako soritski paradoks do dan-danas ostaje nerešiv, sudovi jedino autoritetom sile mogu da tvrde da je „veća vrednost“ vrednost koja je viša od 300.000 dinara, a da vrednost od 299.000 ili 200.000 dinara to nije. Na ovaj način, sudovi isključuju mogućnost da se u pravnom životu pojave apsolutno granični slučajevi, iako je očigledno da je zakonski koncept „veće vrednosti“ nejasan.

## 5. PRIGOVORI

1. Prvi prigovor koji se može uputiti napred izloženom shvatanju o ulozi srpskih sudova dolazi iz oblasti ustavnog prava. S obzirom na izričitu ustavnu odredbu o tripartitnoj podeli vlasti (čl. 4, st. 2), ističe se kako je stvaranje prava određeno kao isključiva nadležnost zakonodavnog organa. Samim tim, argumentacija se nastavlja, neprihvatljivo je da sudovi stvaraju pravo. Njihova uloga jeste da pravo tumače i primenjuju na pojedinačne slučajeve. Međutim, granica između tumačenja i stvaranja nikako ne sme biti prekoračena. Ovaj argument se obično dopunjava i tumačenjem odgovarajućih odredbi o formalnim izvorima prava. U tom smislu se ističe da čl. 194 Ustava sudskim odlukama ne priznaje status formalnih izvora prava, te da sudovi, shodno čl. 145, sude na osnovu Ustava, zakona, potvrđenih međunarodnih ugovora i propisa donetih na osnovu zakona, ali da ne mogu suditi na osnovu ranije donetih presuda. Na ovakvu i slične vrste prigovora se može odgovoriti na barem dva načina, a oba imaju za cilj da dovedu u pitanje ponuđeno tumačenje ustavnih odredbi.

Prvi način se neposredno odnosi na samo poimanje podele vlasti. Kao što je u teoriji ustavnog prava odveć poznato, postoje različite koncepcije ovog ustavnog načela. Ona koja je za nas ovde

bitna je svakako tzv. „gipka“ podela vlasti koja, suprotno „krutoj“ koncepciji, dozvoljava *interferenciju funkcija*: vršenje više funkcija od strane istog organa ili vrste organa.<sup>22</sup> To, jednostavno rečeno, znači da različite vrste državnih organa imaju različite primarne funkcije, ali da, s druge strane, delimično mogu obavljati i funkcije čije vršenje spada u primarnu nadležnost druge vrste organa.

Da „gipka“ koncepcija više odgovara obliku državne vlasti koji je predviđen srpskim Ustavom, kao primer nam mogu poslužiti zakonodavna ovlašćenja egzekutive. Iako je Narodna skupština prema Ustavu „nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti“, te time za svoju primarnu funkciju ima stvaranje prava, Vlada kao nosilac izvršne vlasti ima pravo predlaganja zakona (čl. 107 i 123), a isto tako vrši i značajnu normativnu funkciju, donošenjem opštih pravnih akata podzakonske snage. Slični primeri interferencije u srpskom ali i drugim pravnim sistemima su mnogobrojni. Stoga, ukoliko pođemo od toga da je ispravno tumačenje ustavnog načela podele vlasti ono koje dozvoljava interferenciju funkcija, može se postaviti pitanje zašto je sporno ukoliko sudovi imaju određena legislativna ovlašćenja. Svakako, ovome se može prigovoriti da su primeri interferencije funkcija koje pominjemo izričito propisani Ustavom kao izuzeci, te da se isto ne može reći za pretpostavljena legislativna ovlašćenja sudova. Iako taj prigovor ima težinu, ne može se smetnuti s uma da kontinentalna doktrina jednoglasno prihvata izvesna, ma koliko ograničena, legislativna ovlašćenja sudova. U pitanju je ovlašćenje sudova da popunjavaju pravne praznine, što predstavlja primer judiciranja sa izrazito legislativnim usmerenjem. Međutim, iako je ovo ovlašćenje sudova nepodeljeno prihvaćeno od teorije i prakse gotovo svih kontinentalnih zemalja, ne postoji ni jedan ustav koji ga izričito propisuje.

Drugo, može se dovesti u pitanje i sama smislenost tumačenja koje ne dozvoljava mogućnost da se u slučajevima nejasnosti sud pojavljuje kao supsidijarni zakonodavac. Prethodno izlaganje o ulozi sudova je pokazalo da sudovi u nekim situacijama *nužno* stvaraju pravo. To ukratko znači da, pri susretu sa apsolutno graničnim slučajevima, sudija ne može da presudi ukoliko ne stvara pravo. Pod pretpostavkom da je to tačno, jedino smisleno tumačenje gore navedenih ustavnih odredbi jeste ono koje sudijama poverava izvezna legislativna ovlašćenja, upravo iz razloga što u suprotnom sudovi ne

---

<sup>22</sup> R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2013, 180.

moгу vršiti funkciju koja im je Ustavom poverena. Samim tim, svako suprotno tumačenje nas dovodi do apsurdnog zaključka: da Ustav sudovima nalaže da moraju da presude, ali da im ne dozvoljava da čine ono što je nekada nužnost presuđivanja. Drugim rečima, došli bismo u paradoksalnu situaciju da kao ispravno prihvatamo tumačenje koje sudovima kao adresatima ovih ustavnih odredbi nameće obavezu koju je nemoguće ispuniti.

2. Problem kontralegalnog judiciranja je jedan od onih koji se neprestano postavlja pred sve koji tvrde da sudije treba ili nekada nužno stvaraju pravo. Naime, ukoliko sudije nužno stvaraju pravo ili je takva aktivnost poželjna, neophodno je odgovoriti na pitanje kada je sudijsko stvaralaštvo prihvatljivo ili čak poželjno, a kada prelazi u kontralegalno presuđivanje. Međutim, ukoliko je ovo pitanje opravdano postaviti u odnosu na neke druge vidove sudijskog stvaralaštva koji stoje van opsega ovog rada, ono se ne može primeniti na sudijsko stvaralaštvo u situacijama nejasnosti. Kako smo utvrdili da u odnosu na apsolutno granične slučajeve nejasni koncepti ostaju nemi, logičkim tokom misli se dolazi do zaključka da je dihotomiju *secundum legem*–*contra legem* nemoguće primeniti u odnosu na presuđivanje u tim situacijama. Upravo zahvaljujući toj činjenici, ne može postojati ništa poput kontralegalnog judiciranja. Samim tim, aktivnosti sudova u slučaju zakonskih nejasnosti nisu ni *secundum legem* a još manje *contra legem*, budući da se pomenute odrednice mogu koristiti samo u odnosu na presuđivanje kada se pretpostavlja da se pravo može pronaći u samom zakonu. Brojni izazovi prethodno rečenom mogu biti upućeni iz grupe „s sofisticiranih“ formalista, kako iz naziva Lajter (*Leiter*)<sup>23</sup>, od kojih je Dvorkinova teorija presuđivanja svakako najpoznatija. Međutim, uzimajući u obzir ograničenja rada, te izazove ne možemo razmatrati na ovom mestu.

3. U pokušaju da se očuva koliko-toliko tradicionalna slika uloge sudske vlasti, pravnik-kontinentalista može pribeći drugim metodima tumačenja prava. Naime, može se tvrditi kako je prethodna analiza samo potvrdila odveć poznat stav da se značenje teksta ne iscrpljuje u jezičkom značenju, te da je potragu za „pravim“ značenjem norme moguće, a nekada i neophodno, izmestiti van okvira utvrđivanja jezičkog značenja. Samim tim, na odbacivanju mogućnosti da nam jezičko značenje može biti od pomoći, ne može se

---

<sup>23</sup> Brian Leiter, Legal Formalism and Legal realism: What is The Issue?, 2, <http://ssrn.com/abstract=1646110>, 29. novembar 2016.



graditi stav da sva ostala sredstva tumačenja takođe ostaju nemoćna pred nejasnošću. Da bi se taj stav opravdao, neophodno je pokazati neadekvatnost drugih metoda tumačenja. Svesni teškoće ovog izazova, u redovima koji slede nameravamo da isključivo naznačimo probleme koji se javljaju prilikom pokušaja da se nejasnost reši putem drugih metoda tumačenja.

a. Vladajuće shvatanje u srpskoj pravnoj teoriji jeste da je svrha logičkog tumačenja dvojaka: (1) ispitivanje da li je značenje dobijeno jezičkim tumačenjem logički moguće i (2) dobijanje značenja koje se nije moglo dobiti jezičkim tumačenjem.<sup>24</sup> Što se tiče (1), s obzirom na to da je prethodno utvrđeno da u odnosu na apsolutno granične slučajeve zakoni ne poseduju značenje, ne postoji značenje koje može biti predmet ispitivanja logičke (ne)mogućnosti. Isto se može reći i za svrhu pod (2). Naime, primena dva standardna argumenta – *argumentum a contrario* i *argumentum a fortiori*, takođe podrazumeva da je prethodno utvrđeno jezičko značenje. Tako, ako želimo da primenimo argument „od manjeg ka većem“, neophodno je najpre utvrditi šta se podrazumeva pod „manjim“. Kako „manje“ odlikuje nejasnost, a dotična sredstva nam ne mogu pomoći prilikom njenog otklanjanja, sledi da je logičko tumačenje neadekvatno.

b. Slično se može reći i za sistematsko tumačenje. Bez obzira da li govorimo o formalnom ili sadržinskom odnosu neke norme sa drugim normama, ukoliko je koncept apsolutno nejasan on to ostaje u svim normama. Ukoliko je, na primer, koncept smrti nejasan u krivičnom pravu, onda će svakako biti nejasan i u drugim granama prava za koje je on od značaja. U slučaju da postoji zakon van materije krivičnog prava koji definiše opšti pravni koncept smrti, onda on ne uzrokuje problem nejasnosti za pravnike krivičare. Tada je sistematsko tumačenje, zajedno sa jezičkim, dovoljno da dođemo do značenja norme, ali u tom slučaju i ne govorimo o nejasnosti sa kojom sudija mora da se nosi, budući da postoji norma-definicija smrti.

v. Istorijsko i ciljno tumačenje nam takođe ne izgledaju kao adekvatna sredstva za razrešenje nejasnosti. Iako je nesporno da su zakoni istorijske pojave, u tome je nemoguće pronaći izlaz iz pomenutog problema. Međutim, možda nam istorija zakona može pomoći na jedan drugačiji način? Naime, ona nas može uputiti na

---

<sup>24</sup> Radomir Lukić, Budimir Košutić, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2008, 298. Druga razmatranja kod ovog prigovora su takođe zasnovana na citiranom udžbeniku.

značenje koje je zakonodavac pripisao inače nejasnom konceptu. Ako ne daje odgovor na konceptualna pitanja koja pred nas postavlja nejasnost, možda nam može omogućiti da posrednim putem utvrdimo značenje nekog nejasnog koncepta *u očima zakonodavca*, tj. uputiti nas na zakonodavčevu stipulativnu definiciju? Iako se može zamisliti da utvrđivanje *occasio legis*-a bude od pomoći u nekim slučajevima (npr. kod koncepta smrti), nije lako shvatljivo kako istorijski povod može pomoći prilikom razrešenja mnogobrojnih apsolutno graničnih slučajeva (npr. šta će se sve smatrati pod „sredstvom podobnim da telo teško povredi“ ili „očiglednom nepravdom“).

Najzad, u pogledu ciljnog tumačenja, koje se u domaćoj teoriji, ali i šire, posmatra kao „kruna tumačenja“, može se reći sledeće: s obzirom na to da se *ratio legis* shvata u odnosu na odgovarajuće društvene interese koje pravo štiti, on je često, čak i kada govorimo o cilju pojedine norme a ne zakona u celosti, apstraktno postavljen. Tako, ukoliko govorimo o svirepom ubistvu, jasno je da *ratio legis* treba pronaći u potrebi da se teže kazne načini lišenja života koji se s moralne i/ili svakodnevne tačke gledišta smatraju neprihvatljivim u meri koja prevazilazi neprihvatljivost slučajeva običnog ubistva; slično tome, izuzetak od obaveze izdržavanja u slučaju „očigledne nepravde“ za svoj cilj ima zaštitu načela pravičnosti u odnosu na poverioca izdržavanja.<sup>25</sup> Međutim, ciljno tumačenje nam ne može decidno reći koji su to oblici, te je sudija ponovo primoran da pripisuje značenje. U najboljem slučaju, cilj pravne norme sudiju upućuje ka jednom ili drugom zaključku, ali mu nikada do kraja ne može reći kako treba da presudi.

g. Na samom kraju razmatranja ovog prigovora, možemo reći da je očigledno da nikakva sredstva tumačenja ne mogu pomoći prilikom pretvaranja nejasnih u jasne koncepte. Naime, koje god sredstvo tumačenja primenili, ne postoji način da dođemo do zaključka da „veća vrednost“ ima vrednost koju joj sudovi pripisuju. Samim tim, nesporno je da, barem u tim situacijama, ne postoji mogućnost da srpske sudije ne stvaraju pravo.

---

<sup>25</sup> Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2014, 359.

## 6. ZAKLJUČAK

Prethodna analiza nejasnosti zakonskih tekstova je pokazala da su zakoni nužno nedovršeni. Samim tim, kada nejasnu pravnu odredbu treba primeniti na neku od situacija koja se smatra apsolutno graničnom, sudija će stvarati pravo. Pritom, on to neće činiti na način da stvara opšte pravne norme, već će popunjavati njihov sadržaj u pogledu apsolutno graničnih slučajeva. Pod pretpostavkom da je tako, sličnost između uloge zakonodavca i uloge koju sudija vrši pri susretu sa apsolutno graničnim slučajem, lako izlazi na videlo. Jednako kao i zakonodavac, srpski sudovi će se upuštati u razmatranja konceptualne, moralne, ekonomske, socijalne, a moguće i političke prirode. Drugim rečima, sudije će se upuštati u čitav niz metapравnih razmatranja, kako bi došli do odgovora na sporno pitanje. To nas navodi na zaključak da je zadatak stvaranja prava, kao izvorna nadležnost zakonodavca, nekada *nužno* i nadležnost sudova – sudije nekada moraju delovati kao supsidijarni zakonodavci. Samim tim što je nužna, to znači da ne predstavlja nikakav „eksces“ srpskih sudija, već nezaobilazan rezultat teške uloge koja im je poverena u pravnim sistemima kontinentalne tradicije.

Iako je pozicija koju zastupamo suprotna pravnom formalizmu, ona se ne mora nužno poistovetiti sa shvatanjima pravnih realista. Shvatanje koje je ovde izloženo ne podrazumeva da se zakonu odriče relativno samostalno postojanje. Naime, naša jedina tvrdnja jeste da sudije u određenim situacijama dovršavaju sadržaj opštih normi, te da u tom smislu stvaraju pravo. Ona svakako isključuje strogi, pa i umereni formalizam, kao ispravne teorije presuđivanja, ali, s druge strane, ne govori ništa o tome da li zakonski tekstovi u drugim situacijama poseduju značenje kojim se sudija rukovodi (ili bi trebalo). Drugim rečima, ograničena pozicija koju smo zauzeli ostavlja otvorenim prostor za razvijanje kako hartovske umerene pozicije, tako i radikalnijih realističkih teorija.

Nije potrebno naglašavati da ovaj rad nije iscrpeo moguće uzroke sudijskog stvaralaštva. To nam nije bila ni namera, niti je tako nešto moguće učiniti u radu ovog formata. Namera nam je bila da se pozabavimo postupanjem sudija u situaciji zakonske neodređenosti, i to samo jedne, ekstremne, vrste. Sa druge strane, postoji čitava lepeza uzroka koji se nekada nazivaju problemima validnosti ili, ređe, pragmatičkom nejasnošću. Ta vrsta problema zahteva jednu drugačiju analizu, što znači da neki od iznetih zaključaka ne moraju biti od značaja za sudijsko stvaralaštvo u tim situacijama, kao i da poznaje

specifične, sebi svojstvene, probleme. Ovo pominjemo kako bismo dodatno istakli ograničene domete ovog rada.

Kako su se pređašnja razmatranja odnosila na sudove Republike Srbije, njegov primarni cilj je bio da osvetli postupanje srpskih sudija u jednom opsegu situacija koje se u praksi neretko javljaju, te zbog toga zavređuju i posebnu pažnju. Budući da sudovi vrše jednu od središnjih uloga u svakom pravnom sistemu, utvrđivanje karaktera sudijske delatnosti je od nesamerljivog značaja za shvatanje prirode pravnog sistema. S obzirom na to da se Srbija nalazi pred dugo najavljivanim ustavnim promenama, svest o sudijskoj (nužnoj) kreativnosti nas može suočiti sa pitanjem mogućeg priznanja statusa formalnih izvora prava odlukama barem nekih sudova.

Ovakve analize nam takođe pomažu da bolje razumemo samo pravo, ali i njemu bliske koncepte. Zakonska nejasnost je u velikoj meri dovela u pitanje klasično shvatanje vladavine prava, koje pravnim normama nameće obavezu izričite preciznosti. Zbog toga su se neki autori, poput Voldrona, upustili u poduhvat redefinisavanja tog koncepta, upravo uzimajući u obzir da je takva preciznost nedostižna.<sup>26</sup> Potreba za takvim redefinisanjem je možda najizrazitija u (srpskom) krivičnom pravu, gde su standardi načela zakonitosti strože postavljeni nego u drugim granama prava.<sup>27</sup>

Pored toga, iako su naša razmatranja težila ka tome da budu vrednosno-neutralna, ona, pod pretpostavkom da su tačna, moraju predstavljati polazište za svaku normativnu raspravu o ispravnoj ulozi sudova. U tom smislu, ona nam mogu biti korisna na barem dva načina. Najpre, ukoliko je zaključak do kog smo došli tačan – da je sudijsko stvaralaštvo u slučajevima nejasnosti gotovo nužnost – odbrana stava o moralnoj opravdanosti takvog postupanja je olakšana utoliko što je stvaralačkom delatnošću sudova uslovljeno samo funkcionisanje pravnog sistema. Drugo, ova razmatranja nam mogu biti korisna na način što pokazuju da se koren problema ne nalazi u sudijama, već u nesavršenosti jezika, ljudskog mišljenja, a u krajnjoj liniji u prirodi legislativnog procesa i zakona kao njegovog ishoda. Samim tim, neki od argumenata protiv legitimnosti sudijskog stvaralaštva – poput zabrane retroaktivnosti – se na kraju pokazuju

---

<sup>26</sup> J. Waldron, *Vagueness and the Guidance of Action*, <http://ssrn.com/abstract=1699963>, 29. novembar 2016.

<sup>27</sup> Miodrag Majić, „Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 1/2009*, 45-50.

kao argumenti protiv legitimnosti samog zakona koji, upravo zahvaljujući izrazitoj neodređenosti, ne poštuje ljudsku autonomiju ništa više no sudsko naknadno stvaranje prava. Iz toga sledi da rasprava o sudijskom stvaralaštvu sa sobom nosi niz dilema, kako konceptualne tako i one normativne prirode.

Najzad, bez obzira na to što su se naša razmatranja odnosila na srpske sudove, uzimajući u obzir međusobne sličnosti, ona mogu biti od posrednog značaja za sudijsko stvaralaštvo u drugim zemljama kontinentalne tradicije.

Petar Mitrović

Undergraduate student  
University of Belgrade Faculty of Law

## STATUTORY VAGUENESS AS FOUNDATION OF CREATIVE JURISPRUDENCE: THE EXAMPLE OF SERBIA

### Summary

The aim of this paper is to make a contribution to the analysis of judicial creativity in Serbia. More precisely, the claim that is advocated is that adjudication in cases of vagueness necessarily involves law-making. The paper consists of six parts: The introductory part emphasizes the importance of this issue in modern jurisprudence. The second part deals with the analysis of statutory indeterminacies with the primary focus on vagueness. In the next part, I discuss two questions: (1) who is obliged to resolve the problem of statutory vagueness and (2) what are the ways through which Serbian courts perform aforementioned activity. The fourth part lays down arguments that support my conclusion that the judicial process of resolving the problem of vagueness constitutes creative activity, while the fifth deals with possible objections against this claim. Finally, the sixth part explicates the very importance of the paper, as well as its clear limitations in terms of explanatory power.

Key words: *Law-making. – Vagueness. – Absolute borderline cases. – Creative jurisprudence. – Subsidiary legislator.*