

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

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 korespodenciju

Miodrag Jovanović,

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 konstituiše 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* determinantama 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 efektnom 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,¹ 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.² 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 zao-kružene 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)³ – 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)⁴ niti to što nam naizgled deluje da ništa ne može zauzdati diskrecionu vlast sudija i obezbediti pravnu sigurnost⁵ 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).⁶

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“.⁷ 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.