

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

Bojan Spaić

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.12



0000-0002-8887-9683

Cite this article

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

DOI: 10.51204/IVRS_24205A

Keywords

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

Author for correspondence

Bojan Spaić,
bojan.spaic@ius.bg.ac.rs

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

Sudije, jezik i tumačenje prava: odgovor na kritike

Bojan Spaić

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.12



0000-0002-8887-9683

Referenca

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

DOI: 10.51204/IVRS_24205A

Ključne reči

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

Autor za korespondenciju

Bojan Spaić,

bojan.spaic@ius.bg.ac.rs

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

1. UVOD*

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

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

* Ovaj rad je rezultat istraživanja sprovedenog u okviru Tvining projekta Horizont „Advancing Cooperation on the Foundations of Law – ALF“ (projekat br. 101079177). Projekat finansira Evropska unija.

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

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

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

2. TUMAČENJE PRAVA I SUDIJSKO TUMAČENJE PRAVA

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Naučno tumačenje prava i sudijsko tumačenje prava

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Laičko tumačenje prava i sudijsko tumačenje prava

Profesor Novak i profesor Dajović, čini se, ne prigovaraju u značajnoj meri tom razlikovanju između naučnog i sudijskog tumačenja⁶ već problemu pristupaju iz perspektive razumevanja prava od strane laika. U prilog tome da sudovi ne pripisuju značenje pravnim tekstovima govori činjenica da adresati pravnih pravila, laici, tumače pravne tekstove jednoobrazno, bez posredovanja sudova i pravne nauke. Profesor Novak tvrdi da je usmerenost filozofije prava na sudove i sudije omogućila značajne uvide, ali je izazvala i miopiju koja se pre svega odnosi na poštovanje pravila od strane laika na koje se ta pravila odnose. Ako bi pravo koje se odnosi na njihovo ponašanje bilo određeno, neobjašnjivo bi bilo generalno postupanje po pravnim pravilima. Sličnu kritiku upućuje i profesor Dajović tvrdeći da sudovi ne odlučuju uvek iz dva osnovna razloga: 1) u praksi sudova nije svako pitanje sporno pitanje, 2) postupanje građana bi takođe zavisilo od tumačenja, pa bi i građanima bio potreban pravni savetnik da bi postupali u skladu s pravom (jer bi u suprotnom pravni sistem bio neefikasan). Ako bismo prihvatili antiformalizam, adresatima pravnih pravila bi, tvrdi Dajović, ukoliko nameravaju da postupaju s pravom, bio potreban celodnevni pravni tutor koji bi umesto njih tumačio i vrednovao.⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. PRIRODNI JEZIK I PRAVNI JEZIK

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. LEGITIMNE I NELEGITIMNE DETERMINANTE TUMAČENJA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. ZAKLJUČAK

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

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

LITERATURA

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

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