

Др Саша Б. Бован, редовни професор
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
bovan@ius.bg.ac.rs

ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА ПОСМАТРАНО СА СТАНОВИШТА ЈЕДНЕ СОЦИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

Сажетак: У овом раду је изложен предлог једне прагматичке, али, у исто време, и синтетичке дефиниције постојећег тумачења права који треба да изрази јединство субјективне и објективне теорије правног расуђивања. Осим тога, покушаћемо да докажемо како постојеће тумачење права одређује као откривање “воље законодавца” или “воље закона”. Коначно, биће иружени аргументи да један такав постојећи у највећој мери корелира са правном праксом, односно да се постојећи правнички резонавања у судници заиста одвија по овом моделу.

Теоријска платформа овог постојећег тумачења изражена је кроз једну социолошку теорију тумачења права коју смо формулисали у серији ранијих радова из ове области. Суштина ове теорије је у хипотезирању мале претпоставке јуристичког закључка, када се указује на моменат објашњења чињеница који се уклапа између њиховог утврђивања и квалификације, што постојећу тумачења права даје изглед једне развијене микросоциолошке анализе.

Кључне речи: Тумачење права. – Субјективна и објективна теорија правног расуђивања. – Природа јуристичког закључка. – Социолошка теорија тумачења права.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Социологизација јуристичке херменеутике, тј., заснивање једног реалистичког и прагматичког приступа овој материји је наша интелектуална преокупација у последњих десетак година. Овај наум, по себи амбициозан, подразумевао је, наравно, одређене теоријске изворе и узоре. У том смислу,

два најчвршћа епистемолошка међаша ових напора оличени су у теорији правног расуђивања америчких и скандинавских правних реалиста. Њихов значај за истраживања у изложеном правцу био је велики, поготово имајући у виду уврежено схватање у литератури из ове области да наука (социологија) најмање има шта да каже на тему природе правног расуђивања.¹

Међутим, у читавој овој интелектуалној авантури некако је испало да је у свим нашим радовима из области правне херменеутике најмање цитирано управо аутора који су представници ове две теоријске оријентације. Тако је дошло време за враћање академских дугова. У том правцу, у једном од последњих радова детаљно смо приказали на који начин социолошка теорија права кореспондира са америчким правним реализмом.² Драго нам је да се реафирмација и реинтерпретација њихових идеја, нарочито на тему тумачења и примене права, управо одвија у америчкој правној филозофији, на пример код Б. Лајтера, Б. Таманахе, Џ. Зарембија, В. Твининга, итд..³ Када се ради о скандинавском правном реализму, нарочито нас је задужио А. Рос, сигурно најзнаменитији представник овог теоријског правца. Наиме, у финализацији сопственог гледишта на ову тему, управо Росова радикална критика постојећих теорија правног расуђивања понајвише нас је инспирисала у правцу формулисања једне синтетичке дефиниције тумачења права која ће изразити: (1) јединство субјективне и објективне теорије тумачења права; (2) једну нову равнотежу у односу велике и мале премисе јуристичког закључка; и (3) релативно јасно формулисане критеријуме правне интерпретације; (4) те изразити поступак тумачења права онако како се он и заиста одвија у судници.

2. ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО „ОТКРИВАЊЕ” ЗНАЧЕЊА ОПШТЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Но, вратимо се на почетак. Посматрано у нашој литератури, пре свега оној уџбеничког карактера јер монографских дела из правне херменеутике практично нема (осим Р. Лукића), наилазимо на доминантно одређење тумачења

¹ Један такав приступ у нашој литератури, на крају догматски и површан, код: Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова љравна логика као нова рејџорика*, Београд 2006, 101-102..

² Саша Бован, „Амерички правни реализам као покрет праведног права“, *Правни живоић* 12/2017, 475-497

³ Justin Zaremby, *Legal Realism and American Law*, New York-London-New Delhi-Sidney 2014. William Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, Cambridge 2012. Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist – Realist Divide: The role of Politics in Judging*, New Jersey 2010, 91-108. Dragan Milovanović, *An Introduction to the Sociology of Law*, New York 2003, 109-117. Brian Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalize Jurisprudence”, *Texas Law Review* 2/1997, 267-285.

права где се каже, на пример код Д. Митровића, да је у питању утврђивање правог (истинитог, исправног, тачног) значења правне норме,⁴ при чему остаје могућност (према различитим школама) да право значење правне норме може бити само њено језичко значење или да право значење не мора бити везано за језичко значење норме (чиме се отвара питање судског стварања права).⁵

Иначе, идеју о тумачењу права као откривању правог значења правне норме увео је у нашу литературу Р. Лукић. Конструкција „право значење правне норме” код њега подразумева оно значење које изражава улогу норми у друштву.⁶ Овим приступом Лукић стаје на позицију објективне теорије тумачења права, а својим ставом да се језичко и право значење правне норме врло често не подударају,⁷ отвара простор једном правнохерменеутичком релативизму који нас може одвести даље од одређења где се каже да је тумачење права откривање значења правне норме. Лукић ипак није направио тај корак даље, ка идеји тумачења права као “формирању” а не “откривању” значења правне норме. Он наиме сматра да се исправљање језичког значења правим значењем ипак испољава као избор између једног од могућих језичких значења неке правне норме.⁸

Ово Лукићево гледиште, али у смислу потпуног епигонства и неинвентивности проналазимо и код Б. Кошуте. Иако указује на идеје херменеутичког релативизма, те говори да тумачење права није само откривање значења већ и једна врста вредновања,⁹ он опстаје на Лукићевој позицији тумачења права као избору између могућих језичких значења, али у једној немуштој формулацији (тумачење права као утврђивање најприхватљивијег значења правне норме).¹⁰

У нашој старијој литератури из ове области (рачунајући аутор из региона), помињемо тек оне најпознатије, пре свега Н. Висковића и М. Павчника, који међутим и сами стоје на становишту да је тумачење права избор између једног од могућих језичких значења правне норме.¹¹ Наравно, овим ауторима није страна идеја да се тумачење права посматра са становишта херменеутичког релативизма (Висковић – када указује на контекст тумачења и вишезначност норми, Павчник – исто, само што контекст тумачења посматра са становишта

⁴ Драган М. Митровић, *Увод у њраво*, Београд 2014, 247, 266.

⁵ *Ibid.*, 267-268.

⁶ Радомир Д. Лукић, *Тумачење њрава*, Београд 1961, 73-74.

⁷ *Ibid.*, 49, 185.

⁸ *Ibid.*, 78, 185.

⁹ Будимир Кошуте, *Увод у јурисџруденцију*, Подгорица 2008, 262-263.

¹⁰ *Ibid.*, 264.

¹¹ Никола Висковић, *Теорија државе и њрава*, Загреб 2006, 242-243. Маријан Павчник, *Теорија њрава*, Љубљана 2007, 477-478.

Гадамеровог појма предразумевања),¹² али, коначно, тумачење права се ипак посматра као избор једног од могућих значења које је „право значење“ или „најпогодније значење“ с обзиром на интенције творца нормe и других чинилаца везани за контекст примене норми.

У нашој новијој литаратури из ове области проналазимо решења која су на трагу управо представљених. Тако је у случају К. Чавошког који под тумачењем у првом кораку подразумева откривање значења неког текста (законске нормe),¹³ а да потом у другом кораку, полазећи од природе правних норми те њихове неодређености услед тога, заузима релативистичку позицију критикујући улогу правосуђа посматрано кроз топос судије као логичког аутомата.¹⁴

Најновији уџбеник из Увода у право на Правном факултету у Београду такође садржи дефиницију где се тумачење права испољава као откривање или утврђивање значења правне нормe.¹⁵ Исто тако, указује се на потребу посматрања интерпретације права са становишта херменеутичког релативизма,¹⁶ мада идеја тог релативизма није „уграђена“ у дефиницију тумачења права, нити је изведена на равни одређења циљног тумачења (објективно – функционалног тумачења по овим ауторима), које се сасвим неодређено посматра као сазнавање циља или циљева нормe, те откривање аргумената „да ће конкретна одлука у конкретном случају бити у складу са тим циљем или циљевима“.¹⁷

Посматрано на равни шире литературе поменућемо неколико аутора чији радови у последњих 20-30 година дају основни тон развоју правне херменеутике. Тако на пример Р. Алекси, предлаже једну типологију средстава тумачења права (*die Mittel der Interpretation*) гд се поред стандардних канона тумачења права појављују и општи практички аргументи,¹⁸ које он дели на телеолошке и деонтолошке.¹⁹ Алекси придаје већи значај овим аргументима у односу на институционалне аргументе (стандардни канони тумачења: језичко, систематско, генетичко),²⁰ тако да у неком смислу његова теорија представља прелаз од субјективне на једну мешовиту теорију тумачења

¹² Никола Висковић, *Појам њрава*, Сплит 1981, 289-290. Маријан Павчник, “О Лукићевом тумачењу права“, *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића* (ур. Д. Баста, С. Аврамовић), Београд 2015, 13.

¹³ Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у њраво*, Београд 2011, 358, 365.

¹⁴ *Ibid.*, 371-378.

¹⁵ Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у њраво*, 325.

¹⁶ *Ibid.*, 323-324.

¹⁷ *Ibid.*, 352.

¹⁸ Robert Alexy, „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 84.

¹⁹ *Ibid.*, 89.

²⁰ *Ibid.*, 88.

права са јаким ослоном на силогистику када говори о интерном оправдању пресуде, тј. о аргументативној структури правне аргументације. Међутим, када даје дефиницију тумачења права он се враћа на субјективну теорију и на идеју о тумачењу као откривању (избору) значења када каже да се правна интерпретација састоји у избору између више интерпретативних алтернатива на основу аргумената (*Die Interpretation besteht daher aus der Wahl zwischen mehreren Interpretationalalternativen aufgrund von Argumenten*).²¹

Тако је и код Макормика који такође тумачење посматра као одлучивање о значењу које се сматра најразумнијим у датом контексту (*Interpretation is forming a judgment to resolve the doubt by deciding upon some meaning which seems most reasonable in the context*).²²

Ипак, најодлучнији повратак на управо изложену дефиницију тумачења права проналазимо код А. Барака, израелског судије највиших судова и теоретичара права, чију је књигу о тумачењу права високо оценио и Р. Алекси. Но, питање је да ли код њега има неког квалитативног искорака. Барак је на ову тему прво неодређен када каже како је тумачење права рационална активност којом се приписује значење неком тексту,²³ Он се потом више пута изјашњава на ову тему када се изричито враћа на позицију субјективне теорије тумачења права јер тврди да је правна интерпретација избор једног од могућих лингвистичких значења (емантичких могућности) текста.²⁴ Он наравно признаје судијску креативност у поступку примене права, али је, забринут за правну сигурност и принцип поделе власти, ипак заговорник једне у суштини субјективне теорије тумачења права што се види и из дефиниције коју брани.

Наравно, дискусија на ову тему не може проћи без указивања на идеје америчке правне теорије, у овом случају на ставове текстуалиста (оригиналиста), који стоје на позицији субјективне теорије правног расуђивања и појмовног одређења тумачења права где се оно посматра као избор између једног од могућих језичких значења текста. Овом приликом помињемо два можда најупорнија, а може се рећи и најстраственија заговорника ове концепције: једно је А. Скалиа, судија Врховног суда САД, а друго, из области правне теорије, Р. Познер. А. Скалиа је заправо најдоследнији заговорник субјективне теорије тумачења права у САД који инсистира да се под тумачењем права подразумева само откривање оног значења које је у текст закона утиснуо законодавац (семантичко значење текста).²⁵ Овако резонује

²¹ *Ibid.*, 78.

²² Neil MacCormik, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris* 6/1993, 20.

²³ Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005, 3.

²⁴ *Ibid.*, 7, 23, 89, 91, 208, итд.

²⁵ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton- New Jersey 1997, 23-24. Још оштрије и исцрпније у том правцу: Antonin Scalia, Brian A. Garner,

и Р. Познер, који упорно иступа са тезом да је објективно тумачење заправо субјективније од субјективног,²⁶ а који присталице објективне теорије означава синтагмом „хиперактивно судство”.²⁷ Овде не треба ићи даље у доказивању кореспонденције између оригинализма и дефиниције тумачења права као „откривања” ауторовог значења (воље законодавца), између осталог и стога што је једно овакво одређење, како каже. П. Брест, најупечатљивија одлика оригинализма као доктрине правног расуђивања.²⁸ Иначе, увек при помињању спорова у америчкој правној теорији указујемо и на Р. Борка, судију и теоретичара права који у својим радовима можда најубедљивије износи теоријско – идеолошку платформу оригинализма, а све против судијског активизма који по њему субверзивно мења систем традиционалних вредности америчког друштва.²⁹

Најзад, остаје нам да се критички осврнемо на дефиниције тумачења права које наступају под заставом тумачења права као „откривања” воље законодавца, тј. једног од могућих језичких значења закона. У том правцу најважније је указати на следеће:

(1) Све могуће дефиниције тумачења права које реферирају ка семантичкој димензији текста (закона) кореспондирају са субјективним теоријама тумачења права унутар којих се воља законодавца појављује као кључни критеријум тумачења закона;³⁰

(2) С обзиром да воља законодавца није поуздан критеријум правне интерпретације из разлога неспорних у теорији тумачења права,³¹ у правној

Reading Law: The Interpretation of Legal Text, St. Paul 2010.

²⁶ Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, 365.

²⁷ *Ibid.*, 364. Видети више Драгутин Аврамовић, „Ричард Познер подвлачи црту – правни реализам као одговор на изазове данашњице“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1231-1245.

²⁸ Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review* 60/1980, 204-238.

²⁹ Нарочито у књизи: Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, D. C. 2003. Видети више Драгутин Аврамовић, „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, 311-325.

³⁰ Унутар ових теорија поред воље законодавца који је више или мање јасно изражена појављује се као критеријум тумачења права и легислативна прошлост закона. Детаљније код: Andrei Marmor, „Textualism in Context”, *Legal Studies Research Paper* 2012, 2-3. G. Hassold, «Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung», *Ztschr. for Zivilproces* 2/1981, 199. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1956, 80. Alf Ros, *Pravo i pravda*, Podgorica 1996, 168-169, итд.

³¹ Типично о тим разлозима у новијој немачкој литератури из ове области код: Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen 2011, Детаљније о тешкоћама тумачења права (где спадају пре свега: 1. семантичка неодређеност језика; 2. инхерентна неодређеност правног језика с обзиром на општост правних норми и коришћење правних

херменеутици преовлађују мешовите теорије тумачења права по матрици о којој говори Г. Хасолд: субјективна теорија допуњена (употпуњена) са елементима објективне теорије.³² Као типичан пример у овом смислу може да послужи теорија Енекеруса и Нипедрија, који полазе од воље законодавца као критеријума тумачења закона. Они чак изричито тврде да је само откривање воље законодавца примена права *secundum legem*, док је све друго примена права *praeter legem* или чак *contra legem*.³³ Међутим, свесни ограничености субјективне теорије, у своју формулу тумачења права укључују и елементе објективне теорије у виду „корекције тумачења према вредности резултата”,³⁴ када се заправо тумачење подешава према одговарајућим етичким, друштвеним или привредним схватањима.

Овде се у суштини ради о покушајима релативизације позиција субјективне теорије тумачења права према владајућим трендовима у општој (филозофској) херменеутици, нарочито после Гадамера. Ублажава се тврда позиција субјективне теорије тумачења права по којој је тумачење откривање воље законодавца, тј. откривање једног и несумњивог значења правне норме. Међутим, тај херменеутички релативизам, тј. признавање извесне судијске креативности и слободе, поготово имајући у виду тешкоће пред којима се налази судија који доноси одлуку, остаје суздржан и сапет, тј. није добио одговарајући правнохерменеутички израз. Коначни домет овог приступа је дефиниција тумачења права по којој се овде ради, не о откривању значења правне норме него о избору једног од њених могућих језичких значења.

(3) Изложене дефиниције тумачења права оптерећење су силогистиком и телеологизмом. Полази се од тога да одговарајућа логичка форма (силогистика – *modus barbara*) омогућава поуздани закључак, при чему се тумачење права коначно испоставља као одлучивање полазећи од циљева регулисања, када се заправо и дефинитивно одиграва суштинска епистемолошка и (практичка) дискриминација мале премисе јуристичког закључка.

(4) Потребно је нарочито нагласити да дефиниције тумачења права које се свде на откривање једног или више могућих језичких значења правне норме, када се открива воља законодавца, показују једну неоправдану претензију на објективност. Овде би једна, тек квантитативна анализа садржаја ових дефиниција, убедљиво показала да је „објективност у одлучивању”

стандарда; 3. динамика, сложеност и идеологичност друштвених односа; 4. садржинска неодређеност основних правних начела (циљевљ регулисања правног поретка – правда, правна сигурност, мир); 5. међусоби однос циљева регулисања – циљеви регулисања могу бити застарели, противречни, алтернативни, конкурентски постављени, у нашој књизи: Саша Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логики*, Београд 2014, 50-66.

³² G. Hassold, 210. Тако и Барак: A. Barak, 152-153.

³³ Ludvig Ennecerus/Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, vol.1, Tübingen, 324-325, 326.

³⁴ *Ibid.*, 331.

реч која се у највећој мери везује за њих. Наравно, овде није место једној таквој анализи, али преглед оних дефиниција тумачења права из наше литературе недвосмислено указује на једну овакву тенденцију. Уосталом, сужавање херменеутичког контекста на његов семантички оквир, што је неспорно у овим дефиницијама, само по себи је доказ да се сматра како семантика, потпомогнута са силогистиком и телеологизмом, подразумева и објективност у тумачењу права (доношењу судске одлуке).

(5) Најзад, непоузданост воље законодавца као критеријума тумачења правних норми, те коначно непоузданост изложених дефиниција правног резонувања, нарочито долази до изражаја приликом покушаја да се изложи схватање које ће у себи укључити оправдане и озбиљне критике упућене семантичким дефиницијама. Б. Ритерс, један од најреспектабилнијих аутора из ове области, у чланку где је у полемици са В. Хасмером у најјаснијем и оштром виду изложио становиште субјективне теорије тумачења права (полемика вођена у часопису *Rechtstheorie* 2008-2009. године), имајући у виду поменуте критике из табора објективне теорије, закључује, сасвим неуверљиво па и бизарно, како је кључни критеријум тумачења права размишљајућа послушност (*denkedem Gehorsam*) према закону.³⁵

3. ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО „ФОРМИРАЊЕ” ЗНАЧЕЊА ОПШТЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Према изложеној матрици чини се неспорним да дефиниције тумачења права које говоре о формирању значења треба (1) везати за објективне теорије тумачења права и (2) да оне подразумевају широко отварање простора судијској креативности и слободи. Ове се дефиниције могу изразити тако што ћемо рећи да је тумачење права откривање значења правне норме полазећи од тренутка примене (*ex nunc*), а не према времену доношења неког закона (*ex tunc*).

Оваквих дефиниција има две врсте – идеалистичке и реалистичке (прагматичке). У идеалистичким се дефиницијама, на пример код К. Ларенца, тумачење права испољава као откривање објективног смисла закона (*objektivierter Geist*),³⁶ односно објективираних опште правних воља (*objektivierten allgemeinen Rechtswillen*).³⁷ Ипак, у литератури преовлађују реалистичке дефиниције тумачења права које имају превагу и над оним утемељеним на субјективним концепцијама правног расуђивања. Унутар ових дефиниција

³⁵ Bernd Rütters, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 283.

³⁶ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 239-240.

³⁷ *Ibid.*, 240.

указује се на контекстуални карактер правне интерпретације, односно да се као основни критеријум тумачења појављују садашњи (реални, данашњи, савремени) друштвени односи, односно актуелне потребе и интереси заједнице. Тако је на пример код Ф. Бидлинског који каже да је тумачење права, у својој суштини и када се нађемо пред тешким случајевима „откривање релевантне садржине закона тако што се стручно и са дужном пажњом оцењује ообјављени текст у контексту садашњих односа”.³⁸ Убедљиво у том смислу делује и резоновање Р. Ципелијуса који каже да „онда када јасно препознатљиве законодавне одлуке о циљевима и сврсисходности више не одговарају социјално – етичким представама које данас важе, сасвим је легитимно закон интерпретирати сходно савременим представама” (*Auch dann aber, wenn deutlich erkennbare gesetzgeberische Ziel und Zweckmäßigkeitentscheidungen den heute herrschenden sozailethischen Vorstellungen nicht mehr entsprechen, ist es legitim, das Gesetz den heutigen Vorstellungen gemäß umzuinterpretieren*).³⁹

У дефиницијама овог типа, у коначници, тумачење права се испољава као трагање за вољом закона, односно откривање језичког значења које изражава ту вољу. Код Ларенца је то објективна воља закона (правнохерменеутички идеализам), док је код већине аутора то воља закона која изражава савремене потребе, интересе и културне вредности неке заједнице (правнохерменеутички реализам, прагматизам).⁴⁰

Овде се поставља питање како закон може имати своју вољу независно од воље законодавца, односно како се воља законодавца може разликовати од тренутка доношења до тренутка његове примене, или мало кроз шалу и афористички речено, како нешто жељено и намеравано, може и само да жели и намерава. Такође је у том духу и Енгишова констатација да према објективној теорији испада да закон може да буде паметнији од законодавца, а интерпретатор паметнији од закона.⁴¹ Како указује И. Пупе, овде се очигледно ради о фикцији којом се воља законодавца замењује вољом онога ко тумачи закон.⁴²

Коначно, белодано је да се унутар ових дефиниција иза еуфемизма о „откривању воље закона“, заправо крије одређење где се каже да је тумачење права увек и неизоставно „формирање“ значења опште правне норме.

У социолошкој теорији тумачења права коју ћемо сасвим сажето изложити у следећем одељку брани се ова позиција. Међутим, поставља се питање,

³⁸ Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31-32.

³⁹ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 51-52.

⁴⁰ G. Hassold, 200.

⁴¹ K. Engisch, 104.

⁴² I. Puppe, 95.

како се идеја о тумачењу закона као формирању значења конкретно испољава и развија унутар објективних теорија правног резоновања?

Тада се заправо сусрећемо са једним херменеутичким антропоморфизмом који се у првом кораку испољава као аксиологизација мале премисе јуристичког закључка, док се у другом кораку хипостазирањем велике премисе одвија процес аксиоматизације правног тумачења. Антропоморфизам ових теорија огледа се у чињеници да судија није више неко ко тумачи закон већ се ставља у позицију законодавца. Аксиологизација мале премисе испољава се тако што се једном телеолошком инверзијом „садашњи друштвени односи“ који треба да изразе случај тумачења у његовом фактицитету и одређеном емпиријском оквиру идеализују кроз појмове као што су „доминантне културне вредности“ или „савремене представе заједнице“, итд. „Садашњи друштвени односи“ се тада испољавају као један вредносни садржај и исти такав критеријум тумачења права. Елем, тумачење се тада испољава као једна објективно – телеолошка операција у којој се хипостазира велика премиса јуристичког закључка (чињенице се мере према циљевима, а не обрнуто, где треба циљеве регулисања самеравати према чињеницама случаја који се нашао пред судијом). Коначно, ово хипостазирање велике премисе подразумева, логички посматрано, њену аксиоматизацију и силогистичку форму јуристичког закључка (судијског одлучивања)..

У сваком случају, удаљавањем од воље законодавца полазећи од фикције воље закона и сличних, критеријуми тумачења закона постају неодређени и магловити, а дефиниција по којој је тумачење права формирање значења опште правне норме постаје крајње непоуздана и прексеолошки неплаузибилна, оптерећена хипотеком субјективности и арбитражности.

У том правцу поучно и убедљиво делује упозорење Б. Ритерса који тврди да због оптерећености разноразним херменеутичким фикцијама објективна теорија тумачења права постаје субјективнија од субјективне теорије. Он доказује ван сваке сумње да размишљање сходно конкретном поретку (*das Denken in konkreten Ordnungen*),⁴³ или трагање за објективним смислом закона (*Objektiver Sinn der Norm*),⁴⁴ није ништа друго него једна фикција којом се прикрива судијско стварање права. На ту тему он каже „да не постоји једна засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача“ (*Einen eigenen Willen des Gesetzes gibt es nicht. Seine fiktion führt in eine juristische Märchenwelt. Wenn der Wille und der Geist des Gesetzes beschworen werden, erscheint nichts anderes als der Wille des Beschwörers*).⁴⁵

⁴³ B. Rüthers, 260.

⁴⁴ *Ibid.*, 264.

⁴⁵ *Ibid.*, 262.

У литератури из ове области на тлу САД, унутар објективне теорије тумачења права, овај поступак се такође посматра кроз идеју формирања значења само што се тамо користи појам „приписивање значења“, на пример код А. Мармора.⁴⁶ Он долази до дефиниције тумачења као приписивања значења (*attribution of meaning*) указујући на контекстуални и конструктивни карактер тог поступка. У оквиру опште теорије тумачења Мармор обрађује контекстуални карактер тумачења позивајући се на лингвистичку прагматику тврдећи како значење неког исказа у највећој мери одређује контекст његове употребе, а то значи одређени ванјезички садржај.⁴⁷ Указујући на контекстуални карактер тумачења Мармор развија идеју о конструктивном карактеру тумачења. Наиме, он тврди како тумачење не можемо изједначавати са разумевањем значења једног текста, већ је оно нешто наметнуто (додато) значењу (*Hence the conclusion that interpretation should not be equated with understanding the meaning of an expression, but be seen as parasitic on the latter*).⁴⁸ Другим речима, Мармор тврди да је тумачење увек нешто друго и ново у односу на буквално (језичко, семантичко) значење.

У оквиру теорије правног разумевања Мармор је присталица, сасвим логично, објективне теорије тумачења права. Његов пут ка овој херменеутичкој опцији полази од критике субјективне теорије тумачења када прави разлику између непосредних и даљих намера (*further intentions*) законодавца где постојање ових других указује на све апорије историјског тумачења.⁴⁹ Када говори о судијском одлучивању његов концепт приписивања (формирања) значења у поступку тумачења изражен је ставом где каже: „Судијске одлуке увек додају тексту нова правна значења, а стога и нова правна рачвања и тиме мењају, у правном смислу, и сам текст, а не само наше разумевање текста“ (*Judicial decisions attach new legal meanings, and thus new legal ramifications, to the text, and in this they change, in the legal sense, the text itself, not only our understanding of it*).⁵⁰ Међутим, синдром аксиологизације погађа и његову теорију правног расуђивања. Наиме, као кључни критеријум тумачења код Мармора искрсавају „моралне и етичке вредносни које су заједничке за целу заједницу“,⁵¹ где уочавамо идеализацију концепта „садашњих друштвених односа“ који је иначе базични критеријум интерпретације права унутар објективних теорија.⁵²

⁴⁶ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 10.

⁴⁷ *Ibid.*, 19.

⁴⁸ *Ibid.*, 15-16.

⁴⁹ *Ibid.*, 127-129.

⁵⁰ *Ibid.*, 165.

⁵¹ *Ibid.*, 161.

⁵² Критика оригинализма (текстуализма) и залагање за објективну теорију тумачења права, у истом духу као код Мармора, код: Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford 2013, Steven Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, D.C.,

Критички осврт на дефиниције тумачења права које правно расуђивање посматрају као откривање воље закона, тј. полазећи од идеје „формирања значења“ подразумева следеће закључке: (1) Овај тип дефиниција ослања се на објективне теорије тумачења права, нарочито оне које су израз једног херменеутичког реализма и прагматизма; (2) У овим теоријама се широко отварају врата судијској креативности и слободи која код неких аутора иде до граница отвореног волунтаризма;⁵³; (3) Као неминовна последица претходног подразумева се да су критеријуми тумачења унутар ових теорија и истих таквих дефиниција још непоузданији него у случају субјективних теорија тумачења права; (4) Ове су дефиниције тумачења права оптерећене телеологизмом, попут оних субјективних, што значи да се не увиђа значај мале премисе за разумевање поступка тумачења права; (5) Дефиниције тумачења права које овај поступак посматрају као формирање значења правне норме такође претендују на објективност која ипак остаје њихов недостижни сан;⁵⁴ (6) на крају крајева, када ове дефиниције суочимо са критикама из табора субјективних теорија права оне показују немоћ (као и у супротном случају) да пруже једну реалну и оперативну дефиницију тумачења права кроз коју ће судије, тужиоци и адвокати препознати оно чиме се заиста и баве у судници. Тако на пример Мармор, у покушају да коначно сагледа поступак тумачења права полазећи од правне праксе и критика којима је изложена објективна теорија тумачења права не успева да закључи ништа друго него да каже како се судије у свом раду морају придржавати здравог моралног расуђивања (*sound moral judgment*).⁵⁵

Посматрано како на равни субјективних тако и објективних теорија тумачења права управо изложени став А. Мармора, као и онај Б. Ритерса на крају претходног одељка, показују како ове теорије не успевају да формулишу поуздане критеријуме интерпретације права, па на крају ни одговарајуће дефиниције којима ће сагледати поступак тумачења права у свој његовој

2007. David O. Brink, „Legal Interpretation, Objectivity and Morality“, *Objectivity in Law and Morals* (ed. B. Leiter), Cambridge 2001, 12-57.

⁵³ Тако код: Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22. Овај аутор чак сматра да се једини критеријум тумачења права налази у „глави судије“ и његовој разумној процени случаја без позивања на било које каноне правне интерпретације: *Ibid.*, 17-21.

⁵⁴ Типично код Ларенца код кога се општа правна воља или дух закона или смисао морме увек појављује уз квалификатив „објективности“. Тако је на пример и код Ципелијуса када говори о томе како су схватања правде у једној заједници или правно – политичке представе „објективне“ у смислу своје интересубјективности, па чине тако и тумачење полазећи од њих објективним: R. Zippelius, 22.

⁵⁵ А. Мармор, 168. Тако је и код Дворкина, који сматра да у пресуђивању тешких случајева, када се позивамо на принципијелне аргументе (опште правне принципе), судија „компликоване случајеве треба да пресуђује са свом потребном смерношћу“: Роналд Дворкин, *Суштинна индивидуалних права*, Београд-Подгорица 2001, 170.

комплексности и онако како се и заиста тај поступак одиграва у судници. Сасвим је интересантно, у случају поменутих аутора, да се на крају, независно од теоријске супротстављености, обојица (што важи и за обе кључне теорије тумачења права – субјективну и објективну) залажу за један најмање објективан, а заправо и коначно, персоналистички критеријум тумачења права – то је судија који се у свом одлучивању руководи професионалном одговорношћу, личном моралношћу и смерношћу према закону. Како видимо, у овој и сличним изјавама, тј. дефиницијама нема, нити позивања на циљеве регулисања (воља законодавца или воља закона), нити на легислативну прошлост закона, нити на друштвени контекст битан приликом пресуђивања (потребе и интереси заједнице). Заправо, нема ничега осим празног телеологизма и фикција којима се прикрива непоузданост критеријума тумачења на које се позивају. И онда, када се конкретно изјашњавају о поступку правног расуђивања читава конструкција јуристичког закључивања се своди, ни мање ни више, на савесност и одговорност судија. Најважније, и као њихова највећа мањкавост, у дефиницијама где се тумачење права представља као откривање значења (откривање једног значења или избор једног између више могућих значења) или формирање значења опште правне норме (приписивање значења полазећи од аргумената, контекста, итд), занемарује се значај мале премисе за дубље разумевање поступка правног расуђивања и за заснивање одговарајуће дефиниције која ће комплексно сагледати и изразити поступак тумачења права.

4. ЕЛЕМЕНТИ ЈЕДНЕ СОЦИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Социолошка теорија тумачења права о којој је овде реч развијана је уназад десетак година у више наших радова и две монографије. Она је заснована на сопственој консултантско – правној пракси и пажљивој обради праксе Европског суда за људска права када је исцрпно обрађено око педесетак пресуда ове институције, а све у покушају да се покаже како то ново прецедентно право почива на развоју и примени херменеутичких инструмената који у суштини имају наглашено социолошку природу. Идејни корени ове теорије чине концепције правног расуђивања у којима се може препознати посматрање ове проблематике из социолошке перспективе.⁵⁶ Иако је социо-

⁵⁶ Овде пре свега мислимо на амерички и скандинавски правни реализам као и на слободноправни покрет у Немачкој. Код нас елементе социолошког приступа у тумачењу права можемо открити пре свега код Ж. Спасојевића и Р. Лукића о чему смо се изјаснили у два научна рада: Саша Бован, „Социолошка теорија права Живана Спасојевића”, *Социолошки њреглед* 1/2012, 279-297. Саша Бован, „Социолошкоправна херменеутика Радомира Д.

логизам ових концепције понекад тек наслућен, а у неким случајевима се ради о неосвешћеном или несвесном социологизму, постоји једна епистемолошка тачка која је њихов заједнички именитељ. То је околност да се правно расуђивање посматра пре свега из угла мале премисе јуристичког закључка. У концепцији која се овом приликом излаже то је такође случај, само што је овде у питању покушај да се пронађе равнотежа између велике и мале премисе, али полазећи ипак од извесног хипостазирања мале премисе правног расуђивања (премисе чињеничног стања).⁵⁷

Суштина овог приступа јесте у томе да се покаже како је тумачење права не само телеолошко – нормативни већ и каузално – нормативни поступак, и то пре свега ово друго. Тада, приступамо проблематизацији мале премисе тако што се посвећујемо дубље питањима: (1) структуре, (2) природе и (3) херменеутичког статуса мале премисе.

(1) Када се ради о структури (садржини) мале премисе полази се од тога да се она мора посматрати реалистички, у свом фактичком капацитету и опсегу, тј. кроз оптику чињеница које творе случај тумачења (случај који је предмет судијског одлучивања), а без аксиологизације и онтолошке трансформације премисе чињеничног стања у неодређене категорије (културне вредности, потребе заједнице, итд.). Социолошки приступ овом питању подразумева, додатно, да се чињенице случаја посматрају у ужем или ширем социјалном контексту када судија одлучује у којој мери ће се тај контекст ширити односно сужавати. Такође, социологизација поступка тумачења подразумева да се као део контекста подразумева и упућивање у легислативну прошлост неког закона или правног института у мери у којој је то потребно или могуће (рачунајући овде и анализу начелних ставова појединих судских инстанци или анализу аутентичних тумачења која евентуално постоје а тичу се случаја тумачења). Овде се ради о Гадамеровом стапању хоризоната интерпретације (*Horizontverschmelzung*), што значи да је тумачење дијалог не само између интерпрета и текста већ и интерпрета и аутора текста.⁵⁸

(2) Најважније аспекте социологизације поступка тумачења права тичу се природе мале премисе када полазимо од тога да малу премису морамо посматрати не само кроз утврђивање и квалификацију чињеница већ и кроз њихово објашњење које се умеће између утврђивања чињеница и њихове квалификације. Иначе, потпуно је невероватно да правној херменеутици измиче овај

Лукића”, *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића* (ур. Д. Баста, С. Аврамовић), Београд 2015, 303-321.

⁵⁷ Темелје овог приступа проналазимо и у општој (филозофској) херменеутици, пре свега код Х. Г. Гадамера, и поготово у његовом осврту на правно тумачење где се он више пута изричито изражава на ову тему ставом да „јуриста смисао закона схвата полазећи од датог случаја”: Ханс Георг Гадамер, *Исїина и метод*, Сарајево 1978, 359, и даље 360-362.

⁵⁸ *Ibid.*, 339.

аспект правног расуђивања. Овде је у питању једна наглашено каузална анализа заснована на сложеном детерминистичком моделу обраде података када треба утврдити круг битних чињеница за доношење одлуке, релативни детерминистички значај тих чињеница и када је потребно те чињенице поставити у међусобни однос.⁵⁹ Иначе, објашњење чињеница у изложеном смислу, које, како је указано, измиче традиционалној теорији правног расуђивања није спектакуларна новина овог приступа посматрано из угла правне праксе. Напросто, овај поступак белодано долази до изражаја у сваком образложењу појединачних судских одлука (онда када судије савесно и одговорно раде свој посао, а не онда када у образложењу судске одлуке само понављају тј. поново набрајају утврђене чињенице без њихове каузалне интерпретације).

(3) Коначно, у погледу херменеутичког третмана (статуса) мале премисе, а као последица изложеног, указује се на претежни карактер мале премисе за разумевање поступка правног тумачења. Ово заправо значи да поступак правног расуђивања посматрано у логичком смислу има првенствено индуктивни карактер.⁶⁰ То даље значи да у формули тумачења права где се оно коначно испољава као вагање интереса полазећи од вагања чињеница силогистички аспект правног расуђивања долази до изражаја тек на крају овог поступка, а битан је пре свега за уклапање судских одлука у правни поредак и за поступање по правним лековима. У садржинско и суштинском смислу силогистика ни на који начин не доприноси судијском одлучивању.⁶¹

Полазећи од изложеног можемо формулисати дефиницију тумачења права која ће: (1) изразити јединство субјективне и објективне теорије тумачења права; (2) изразити равнотежу између велике и мале премисе јуристичког закључка; (3) изразити релативно јасно одговарајуће критеријуме тумачења правних норми; (4) изразити поступак тумачења права онако како се он и заиста одвија у судници; (5) изразити индуктивну логичку природу овог поступка.

⁵⁹ С. Бован, 114-120.

⁶⁰ У том правцу Х. Г. Гадамер: 364, 554. Класична теорија правног расуђивања и на овом питању показује своју јаловост. Приликом отклона у односу на категорички силогизам у представљању логичке природе јуристичког закључивања, она је успела да направи готово неважан помак тврђом да правни закључак има форму дијалектичког силогизма с обзиром да његове премисе нису нужне него само вероватне. Овим није направљен дубљи помак у разматрању логичке природе и најдубље суштине јуристичке интерпретације, а поготово је бизарно како се не увиђа предност приступа где се логичка природа правног закључка посматра кроз индуктивну оптику, бар у његовом најбитнијем делу.

⁶¹ Један овакав приступ, где се поступак судијског одлучивања посматра по логици развијене социолошке анализе, а указујући пре свега на значај мале премисе у изложеном смислу, нарочито долази до изражаја код америчких правних реалиста са почетка 20. века. На пример: Karl N. Llewelyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago 1962, 28-29. Herman Oliphant, „A return to stare decisis“, *American Bar Association Journal* 14/1928, 71. Max Radin, „The theory of Judicial Decision: Or How Judges Think“, *American Bar Association Journal* 11/1925, 357-358.

Међутим, треба рећи још нешто. Један овакав приступ у односу на постојеће дефиниције тумачења права, осим што може показати извесне предности у изложеном смислу, може омогућити да се теоријска саморефлексија правне херменеутике уздигне на виши ниво, и то једним разоткривајућим и разобличавајућим потенцијалом који поседује, и то по два основа: *јрво*, у смислу јачине аргумената којима се брани идеја социологизације поступка тумачења права: *друго*, у смислу да белодано указује како се у теорији правног расуђивања на један бизаран и аутистичан начин, прикрива права (дубља, тј. социолошка) природа поступка тумачења права.

Поред америчког правног реализма (фн. 61), сматрамо да овакав епистемолошки и самоспознајући потенцијал има теорија изрицања правде А. Роса чија се критика постојећих тенденција унутар теорије правног расуђивања због своје проницљивости и оштрине уздиже изнад сличних настојања у литератури, где наравно проналазимо сијасет покушаја да се на недогматски начин изложи природа поступка тумачења права.⁶²

А. Рос у том правцу користи још јаче и теже речи. Он практично говори о томе како се теорија правног расуђивања користи крупним обманама у покушају да одбрани силогистику, празни телеологизам и наводно поуздане критеријуме тумачења права онако како су присутни у литератури.

У свом осврту на процес примене права овај аутор, у складу са прагматичком традицијом, указује на контекстуални,⁶³ и конструктивни карактер поступка тумачења права.⁶⁴ Оштрина Росових ставова у изложеном смислу испољава се на пример када каже да су „природа ствари“ или „циљеви рагулисања“ догматски постулати, потпуно безвредни и бескорисни као канони тумачења

⁶² Овде мислимо на читав покрет стваралачке јуриспруденције, нарочито на прагматичке варијанте објективне теорије тумачења права. Међутим, с обзиром на изречене критике у другом одељку рада, може се речи да све такве теорије ипак показују једну основну слабост: недоречени прагматизам и неосвешћени социологизам. У сваком случају, међу покушајима превазилажења слабости постојећих теорија тумачења права, по својој оштрини Росу се могу приближити на пример (заправо пре свега) Х. Перелман и Х. Канторович. Перелман указује врло радикално да изједначавања судског расуђивања са силогизмом (категоричким али и дијалектичким – прим. С. Б) значе маскирати саму природу практичног расуђивања, па и оног правног које је изразити пример оваког резонувања: Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 95. Реч „маскирати“ у овој Перелмановој изјави треба читати као „прикривати“, имајући у виду неке његове друге изјаве на исту тему (*Ibid.*, 102-103, 106.), а поготово имајућу у виду значај који у својим радовима придаје малој премиси јуристичког закључка (*Ibid.*, 106-107), даље, његов коначни и скептични став према логици вредносних судова (*Ibid.*, 41, 58, 62-63), као и извесно нагињање према етичком индуктивизму Леви – Брила (*Ibid.*, 87-88, 90-94). Када се ради о Х. Канторовичу треба рећи да смо се више пута изјаснили о разорној критици силогистике у његовим радовима, коју смо именовали као „поглед преко кинеског зида догматског метода“: С. Бован, 83-88.

⁶³ Алф Рос, *Право и њрава*, Подгорица 1996, 140, 143, 144, 161-162.

⁶⁴ *Ibid.*, 163, 165, 166.

права.⁶⁵ Исто тако, приликом излагања критике топоса судије као логичког аутомата (критика категоричког силогизма), он закључује како таква слика судијског рада нема никакве сличности са оним што се и заиста дешава у судници.⁶⁶ Затим, у истом тону он констатује како позиција механичке јуриспруденција има за циљ одржавље привида да судија представља уста закона и ништа више, односно да сакрије креативну улогу судије у процесу тумачења права.⁶⁷ У исто време, каже Рос, и судије учествују у овом прикривању правога стања ствари. Наиме, сви канони тумачења права само су аргументативне технике које имају за циљ да прикрију судијску слободу (канони тумачења као оправдавајућа фасада) и да одрже привид судске одлуке као модела просте супсумције.⁶⁸ Он даље одбија да технике тумачења права означи термином „канони тумачења“, већ користи реч „стилови тумачења“, чиме свесно и са намером и на семантичком плану оспорава њихов интерпретативни потенцијал.⁶⁹ У критици постојећих теорија тумачења Рос указује како се разни телеолошки изрази попут „воље законодавца“ или „воље закона“ судије користе по логици: „Све оно што сам судија сматра исправним, он љубазно приписује стварној или хипотетичкој вољи законодавца“.⁷⁰ На исту тему и ово: „Судија обично неће признати да његово тумачење има конструктивни карактер, већ ће покушати, техником аргументације, да представи како је до одлуке дошао објективно и да је она обухваћена значењем закона или намером законодавца“.⁷¹

Конечно, у истом духу је и Росов закључак приликом анализе постојећих теорија правног расуђивања. Он каже: „Може представљати интересантан проблем социјалне психологије зашто се жели прикрити оно што се стварно дешава приликом изрицања правде. Овде се морамо задовољити тврдњом да изгледа да постоји универзални феномен претварања да је изрицање правде проста логичка дедукција из правних правила без икаквог вредновања од стране судије“.⁷²

5. ДЕФИНИЦИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА ПРЕМА СОЦИОЛОШКОЈ ТЕОРИЈИ ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

Позивањем на изложена становишта, тј. на један правнохерменеутички радикализам који се на пример негује код америчких правних реалиста, те

⁶⁵ *Ibid.*, 161.

⁶⁶ *Ibid.*, 163.

⁶⁷ *Ibid.*, 165.

⁶⁸ *Ibid.*, 165, 178.

⁶⁹ *Ibid.*, 166.

⁷⁰ *Ibid.*, 175.

⁷¹ *Ibid.*, 178.

⁷² *Ibid.*, 181.

Роса и Канторовича, подразумева да се ни на који начин не можемо враћати на старе идеје и теорије које у суштини пружају пример једног недореченог еклектизма у комбиновању субјективне и објективне теорије тумачења права.

Према томе, остаје нам да изложимо дефиницију тумачења права за коју сматрамо да може бити корак даље у разматрању ове материје. Тај корак даље, поновимо још једном, подразумева превазилажење бизарног догматизма, разноразних телеолошких заблуда и позитивистичких фикција које доминирају у литератури, потпуно глувих и слепих у односу на потребе правне праксе и стварни живот права онако како се он одвија у судници.

У том правцу, у првом кораку, указујемо пре свега да се тумачење иначе, што у потпуности важи и за тумачење права, мора посматрати као вредновање на основу одговарајућег контекста. Сва херменеутичка поља правне интерпретације потврђују овај приступ: непоузданост канона тумачења, језичке и остале тешкоће које стоје на путу правне интерпретације, слобода и стваралаштво тумача тј. његова субјективност која се мора признати, указују да је тумачење права увек и неизоставно конструктивна делатност, акт воље како каже А. Рос, односно вредновање у пуном смислу те речи.⁷³ То вредновање се одвија, што је такође неспорно, увек у одређеном контексту, семантичком и ситуационом.⁷⁴

У другом кораку, имајући у виду неравнотежу између велике и мале премисе, односно телеологизацију поступка тумачења права где се хипостазира велика премиса јуристичког закључка (и унутар субјективне и објективне теорије тумачења права, само на разне начине), указујемо на приступ где се тумачење права посматра као вагање интереса полазећи од вагања чињеница. У једну овакву, на први поглед једноставну и неодређену формулу, могу се уклопити и постојећа одређења тумачења права унутар субјективних и објективних теорија. Међутим, њена конструкција је таква да отвара могућност дубљег размишљања на тему херменеутичког статуса мале премисе, а потом и на тему логичке природе јуристичког закључка генерално. Када ово кажемо, мислимо пре свега на радове К. Енгиша и А. Кауфмана

⁷³ А. Рос, 162. Потребно је указати да се у оквиру модерне социоллингвистике и само значење третира као вредносна категорија. О томе код: Hilary Putnam, "The Meaning of Meaning", *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* 7/1975, 131-193. На вредносну природу значења као таквог указује и Витгенштајн својој тврдњом да значење увек изражава социјалне услове употребе знака: Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска исцртаживања*, Београд 1980, 56.

⁷⁴ А. Рос, 140-141, 143. Видети о томе и наша рад: Саша Бован, "Тумачење права као вредновање на основу контекста – прилог конструктивној теорији тумачења", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 83-107. Не заборавимо да и у науци о језику већ одавно, нарочито развојем лингвистичке прагматике, доминира гледишта о контекстуалном карактеру језика (и тумачења). У нашој литератури о томе код: Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986, 262-263, Милка Ивић, *Правци у лингвистици књ.2*, Београд 2001, 125-126. Такође и: Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002, 51.

који су управо полазећи од изложене формуле посматрали поступак правног расуђивања и извели одговарајуће закључке на поменуте теме.

Формула тумачења права као вагања интереса полазећи од вагања чињеница непосредно долази до изражаја у Енгишевој идеји „лутајућег погледа“ (*ein Hin und Herwaidern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*),⁷⁵ где он говори о дијалектичком прожимању велике и мале премисе (теорија изједначавања), које се никако не може уподобити једном силогистичком поступку већ више представља модел закључивања по аналогији (супсумција као поистовећивање норме и случаја – *Subsumtion als Gleichsetzung*).⁷⁶

А. Кауфман је најдетаљније разрађивао формулу тумачења права као вагања интереса на основу вагања чињеница. Његова теорија изједначавања (он користи исти термин као Енгиш), подразумева став да је остваривање права увек једно огледање норме у чињеницама и чињеница у нормама (*ein Wiedererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhalts in der Norm*).⁷⁷ Полазећи од ове матрице Кауфман се изричито изјашњава о аналогној а не силогистичкој природи поступка тумачења права.⁷⁸

Ипак треба истаћи да су Енгиш и Кауфман (и други, на пример Фикенчер, итд.) превасходни значај посветили проблему херменеутичког значаја (статуса) али не и структури мале премисе, тако да њихова теорија у том смислу има карактер једног недореченог прагматизма и неосвешћеног социологизма (као код многих аутора који су заступали објективну теорију тумачења у прагматичкој варијанти).

У том смислу, у трећем кораку, управо удубљивање у проблем структуре мале премисе (превасходни значај објашњења чињеница које се умеће између утврђивања и квалификације чињеница), омогућава нам да направимо корак даље у правцу једне доследно реалистичке, синтетичке, а коначно, и социолошке дефиниције тумачења права.

Али, кренимо прво од велике премисе. Имајући у виду *йрироду велике йремисе* правног закључивања (намерна недовршеност закона – А. Кауфман, отворен садржај закона – Х. Харт), откривамо општост законских норми које се односе на читаве класе појава и односа и инхерентну неодређеност

⁷⁵ Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963, 14-15, 19.

⁷⁶ *Ibid.*, 26. Тако и код: Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts – in vergleichender Darstellung*, Band IV, Tübingen 1976, 129-130, 202.

⁷⁷ Arthur Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, Heildeberg 1982, 41.

⁷⁸ *Ibid.*, 37-38, 42. Тако и у: Arthur Kaufmann, „Das Hermeneutische Verstandnis der juristischen Methode“, Архив за правне и друштвене науке 4/1996, 998. Такође, у једној од најпрецизнијих формулација: „Свака примена права има аналоган карактер, јер се нерашчлање аморфан случај, емпијско бивство, не може без даљег доделити (супсумирати) појмовно – апстрактној норми, општем требању. Такво додељивање је могућно тек ако су случај и норма међусобно доведени у прикладност, тј. у однос сличности“ (Артур Кауфман, *Право и разумевање йрава*, Београд-Ваљево 1998, 245).

правних принципа (циљева регулисања) и правних стандарда који чине ко-стур правног система С обзиром на ту околност, тумачење права се испоста-вља као једна конструктивна делатност (као акт воље, извесно вредновање, тј. формирање значења) која се исцпољава као доврцавање значења закона, ијј. као идентификација и прецизирање циљева закона, ије прецизирање са-држине цојединих цравних инсцијцијом чија је цримена у иицијању. Овом се дефиницијом постижу два циља: (1) прави се отклон према „вољи законо-давца“ и „вољи закона“ онако како егзистирају у субјективним и објективним теоријама тумачења права – а наиме, као телеолошке фикције; (2) указује се на херменеутички потенцијал мале премисе за разумевање поступка тумачења права.

А сада оно најважније. Имајући у виду црпироду мале цремисе, тј. димен-зију објашњења чињеница које се одвија као социолошка (каузална) анализа, тј. полазећи од једног сложеног детерминистичког модела,⁷⁹ једна потпуни-ја дефиниција би гласила да је тумачење права доврцавање значења оицијом цравне норме ијј. идентификација и прецизирање циљева закона, ије преци-зирање садржине цојединих цравних инсцијцијом цолазећи од објашњења чињеница случаја који се нашао цред судијом (случај тумачења).

Конечно, имајући у виду изложено, у једној сажетикој и донекле апстракт-нијој дефиницији може се закључити да је тумачење права исцпољавање садржином цребања из оицијом цравне норме цолазећи од чињеница слу-чаја тумачења посматраних у ужем или цширем социјалном коницијом.

Један овакав приступ теорији правног расуцивања, и једна оваква дефи-ниција тумачења права, белодано указују на неутемељеност, површност па и бизарност оних дефиниција које тумачење права посматрају кроз матрицу „воље законодавца“ или „воље закона“, а на начин присутан у литератури где се испоставља да су тада у питању најобичније телеолошке фикције а не поуздани критеријуми тумачења права. Поделићемо са читаоцима овог ра-да једну велику збуњеност у том смислу, збуњеност која траје годинама увек када се враћамо изложеним гледиштима, имајући у виду како се процес изрицања правде и заиста одиграва у судници, а како се упорно али нетачно представља у теорији тумачења права (како проциљиво закључује Ц. Дјуи: Нити један адвокат није никада разматрао случај свога клијента под усло-вима силогизма).⁸⁰

У сваком случају, заузета перспектива у раду и дефиниција која се предлаже носе у себи, бар се тако чини, извесне новине, како на теоријском тако и на практичном плану. Њене предности на теоријском плану су: (1) Указивање на претежно индуктивни карактер поступка тумачења права,

⁷⁹ Саша Бован, *Правна херменеутика између философије и лојике*, 114-120.

⁸⁰ код: К. Чавошки, Р. Васић, 396.

поготово у његовој најважнијој фази када се успоставља однос велике и мале премисе;⁸¹ (2) Успостављање дијалектичког јединства закона и случаја као критеријума тумачења права у пуном капацитету онога што може бити један „дијалектички однос“, тј. суштинско прожимање велике и мале премисе; (3) Успостављање синтезе у дубљем смислу између субјективне и објективне теорије тумачења права по изложеној матрици тумачења полазећи од природе мале премисе (а не механичко повезивање ове две теорије по логици прво субјективно па онда објективно тумачење у случају када су резултати нејасни); (4) Заузимање чврсте и јасне перспективе о телеолошко – нормативној (аксиолошкој) али и каузално – нормативној (емпиријској) природи поступка тумачења права; (5) Излаже се предлог за превазилажење дихотомије битак/требање који је оперативан са становишта правне праксе (судијског одлучивања), али има и чврсто епистемолошко утемељење, и то у теорији етичког реализма;⁸²

Предности изложеног приступа и дефиниције на практичном плану (посматрано са становишта правне праксе) могу бити: (1) приказивање поступка тумачења права онако како се оно и заиста одвија у судници, што омогућава дубљу самоспознају правничке струке;⁸³ (2) Заснивање критеријума тумачења права који нису неодређени и неприменљиви у пракси, већ су колико толико прецизно изражени у смислу свог емпиријског карактера (мала премиса као рад на чињеницама и њиховом објашњењу – почетни и базични критеријум тумачења) и егзактног карактера (велика премиса као рад на идентификацији и избору циљева рагулисања, те њихово прецизирање полазећи од чињеница случаја – завршни критеријум тумачења закона); (3) Указивање на контекстуални и конструктивни карактер тумачења права (тумачење права као формирање значења по изложеној херменеутичкој матрици), чиме се признаје и подржава судијска слобода али и најозбиљније призива судијска одговорност.

⁸¹ Ретки су примери отвореног „признавања” ове чињенице, као на пример код Е. Ерлиха, који је одлучно заступао став да је тумачење права по својој логичкој природи облик индуктивног закључивања: Eugen Erlich, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York 1979, 9. У нашој литератури, у том правцу се поприлично одлучно изјашњава К. Чавошки позивајући се на Џ. Дјуна: К. Чавошки, Р. Васић, 396.

⁸² Peter Railton, “Moral Realism”, *The Philosophical Review* 2/1986, 163-207. О могућностима превазилажења антиномије битак/требање полазећи од једне прагматичке теорије тумачења и упливу теорије тумачења у аксиологију, а не само обрнуто код: Саша Бован, *Случај тумачења као утемељење херменеутичког постојања*, Београд 2013, 112-118.

⁸³ С. Бован, 120-124.

Dr. Saša B. Bovan, *ordentlicher Professor*
Universität Belgrad
Juristische Fakultät Belgrad
bovan@ius.bg.ac.rs

Die Deutung des Rechts aus der Sicht einer soziologischen Theorie des Urteilsvermögens

Zusammenfassung: *Diese Arbeit stellt einen Versuch dar, eine pragmatische und synthetische Definition eines Verfahrens der Deutung des Rechts darzustellen. Das Ziel ist einerseits die Überwindung der Schwächen in den heutzutage bestehenden Definitionen der Deutung des Rechts innerhalb der subjektiven und objektiven Theorie des juristischen Urteilsvermögens zu erläutern, und andererseits soll es möglich sein, das Rechtsverfahren auf die Art und Weise zu deuten, wie es tatasächlich im Gerichtssaal hervorgeht. In dem Sinne sind der Kritik diejenigen Meinungen ausgesetzt, die dieses Verfahren als die Erkennung „des Willens des Gesetzgebers“ oder „des Willens des Gesetzes“ betrachten. Diese Meinungen sind, ausgehend von bestimmter Argumentation, bezeichnet als theleologische Fiktionen oder als positivistisches Irrtum. Bei einigen Autoren hat man Elemente einer soziologischen Einstellung zu diesem Thema erkannt, die doch Formen eines nicht erläuterten Pragmatismus und eines unbewussten Soziologismus beinhalten. Letztendlich bekommt diese pragmatische und synthetische Einstellung die Form einer soziologischen Theorie des juristischen Urteilsvermögens und ebenfalls so eine Definition, in welcher gesagt wird, dass die Deutung des Rechts aus den generellen juristischen Normen hervorgeht, aber ausgehend von der Erklärung der Fakten des Falls, der sich vor dem Richter befindet. Diese Einstellung stellt eine Affirmation dar und eine Hypottase von kleinen Prämissen einer juristischen Schlussfolgerung, wobei sich die größte Neuigkeit darin befindet, dass man in der Sturktur der kleinen Prämissen einen Moment der Erläuterung der Fakten sieht, der sich zwischen die Feststellung und die Qualifikation drängt. Dieser Moment gibt der Deutung des juristischen Verfahrens die Form einer entwickelten mikrosoziologischen und induktiven Analyse. Am Ende der Arbeit werden theoretische und praktische Vorteile der gegebenen Einstellung der Problematik der Deutung des Rechts präsentiert.*

Schlüsselwörter: *Deutung des Rechts, subjektiven und objektiven Theorie des juristischen Urteilsvermögens, Natur der juristischen Schlussfolgerung, soziologische Theorie der Deutung des Rechts.*

Датум пријема рада: 28.12.2018.