

Mila ĐORĐEVIĆ, MA*

Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.

*Tvrdnja da je sudska presuda zasnovana na zakonu
znači samo to da se drži okvira koji zakon predstavlja;
to ne znači da je reč o jedinoj mogućoj individualnoj normi...*

Hans Kelzen¹

Najpoznatiji primer u teoriji prava koji treba da ukaže na svu složenost sudijskog odlučivanja jeste Hartov primer sa vozilima u parku.² Zamislimo da postoji jedno, na prvi pogled vrlo jednostavno pravilo: zabranjena su

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *mila@ius.bg.ac.rs*.

¹ Jedan od najvećih doprinosa pravnoj teoriji Hans Kelzen je dao idejom o stupnjevitosti, odnosno hijerarhijskom ustrojstvu pravnog sistema. Ipak, normativizam Hansa Kelzena nikada nije podrazumevao formalističko shvatanje pravnog tumačenja. Za njega je viša norma okvir, a ne precizno uputstvo. Više norme određuju način stvaranja nižih normi, ali ne i njihov sadržaj. Zato Kelzen smatra da je svaka primena normi ujedno i stvaranje normi i da je neodređenost prava nezaobilazna (Kelzen 2007, 66).

² Primer je prvi put objavljen u Hartovom članku koji je zamišljen kao odgovor pravnim realistima. Članak je izišao 1958. godine u *Harvard Law Review* (Hart 1958). Navodno, ideja za taj primer je nastala prilikom čitanja odluke sudije Holmsa iz 1931. godine, u kojoj je tvrdio da avion nije vozilo (*McBoyle v. United States*). Mekbojl je prevezio avion za koji je znao da je ukraden i tužilac je podigao optužnicu na osnovu *The National Motor Vehicle Theft Act*, kojim se reguliše kažnjavanje u slučaju krađe motornih vozila koji za svoje kretanje ne koriste prugu. Sudije su Mekbojla oslobodile optužnice tvrdeći da se pojam vozilo iz tog zakona ne odnosi na avione. Za više informacija videti: *McBoyle v. United States*, 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, poslednji pristup 1. novembra 2021.

vozila u parku. Isprva deluje da pravilo ne može biti jednostavnije i da sudije neće imati mnogo problema sa primenom tog pravila. Ukoliko postoji vozilo u parku, pravilo je prekršeno. Ipak, zamislite situaciju u kojoj u park ulaze ambulanta kola zato što je nekome u parku pozlilo. Da li ambulanta kola krše dato pravilo? Odgovor je nesumnjivo pozitivan. Ali, da li je opravdano kazniti lekara koji je pravilo prekršio da bi nekome spasio život? Ili ne moramo zamišljati tako izuzetne okolnosti, šta je sa električnim biciklima u parku ili sa sada vrlo popularnim električnim trotinetima? Da li oni spadaju u vozila? Naš imaginarni sudija koji treba da primeni normu tako dolazi do pitanja: šta je vozilo? Ako zaključimo da je vozilo sve što ide na motorni pogon, da li onda dečji autić sa motorom krši tu zabranu? Kao ispomoć u presuđivanju, naš imaginarni sudija može da se okrene i traženju cilja koji je zakonodavac imao na umu kada je zabranu postavio i da na osnovu intencije zakonodavca presudi. Šta je zakonodavac želeo da postigne tom zabranom? Ukoliko je cilj tog pravila da se spreči buka u parku, onda je vožnja ta dva električna prevozna sredstva dozvoljena, ali ako je cilj norme da se zaštite deca, dopuštenost korišćenja i električnog trotineta i električnog bicikla postaje upitna. Takođe, vrlo opravdano se može postaviti pitanje na osnovu čega sudija može da odredi cilj norme, odnosno intenciju zakonodavca da bi znao kako da normu primenjuje?

Taj vrlo jednostavan primer nam pokazuje svu složenost sudijskog poziva. Sudijski posao ne može da se svede na dedukciju, gde sudija ima zadatak da manju premisu (utvrđeno činjenično stanje) podvede pod veću (zakonsku normu) i donese presudu. Priroda sudijskog tumačenja i kritika takvog shvatanja sudijske aktivnosti tema je Spaićeve nove knjige, a glavna teza autora je da sudije nisu puka usta koja izgovaraju slova zakona već pojedinci koji voljno odlučuju o značenju pravnog teksta.

Bojan Spaić je gotovo celokupan dosadašnji naučni opus posvetio temi tumačenja prava. Njegova magistarska teza se tiče pravne i političke filozofije pragmatizma Džona Djujija, a njegova doktorska teza bavi se tumačenjem prava u okviru hermeneutike Emilija Betija. Prema doprinosu pravnoj teoriji, njegova najnovija knjiga *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, koja je i predmet ove kritičke analize, verovatno je i najznačajnija. Ta knjiga nije posvećena samo pravnim teoretičarima već i pravnicima praktičarima, a i široj stručnoj publici. Sam njen početak ukazuje na to da se pred čitaocem nalazi zanimljivo štivo: autor nas podseća da je sve izbor i da smo osuđeni da odlučujemo. I odluka da ostanemo pasivni ili da ne donesemo odluku – takođe je odluka.

Knjiga je podeljena na pet celina. U prvom poglavlju autor daje dobar pregled svih psiholoških i drugih istraživanja o odlučivanju i usredsređuje se na teorije odlučivanja. Za razliku od klasičnih teorija odlučivanja, koje

su postulirale idealizovanog pojedinca koji uvek i bez izuzetka postupa sa ciljem da maksimizira sopstvenu dobit, u savremenim teorijama odlučivanja koje autor citira ustanovljena su brojna odstupanja od ranije postulirane racionalnosti prilikom donošenja odluka. Iz perspektive savremenih teorija odlučivanja, donošenje suboptimalnih odluka na osnovu različitih ličnih i kontekstualnih ograničenja pojedinca pokazuje se kao pravilo, a ne kao izuzetak. Jedan od najzanimljivijih primera o (ne)racionalnosti sudijskih odluka koji Spaić prepričava u knjizi jeste onaj o uticaju blizine pauze za ručak na odluku sudije o smanjivanju kazne zatvora: što je pauza bliža a sudija gladniji, procenat odluka kojima se smanjuje kazna približava se nuli.³

U drugom poglavlju autor se bavi odlučivanjem na osnovu pravila i analizira na koji način pravila rukovode ponašanjem pojedinca, time što postaju razlozi za dalje delanje i odlučivanje. Autor pritom naglašava pravna pravila, koje naziva formalizovane ukorenjene normativne generalizacije. Subjekti odlučivanja na osnovu pravila su tim pravilima vezani. Upravo ta vezanost pravilima trebalo bi da smanji, a poželjno je i da eliminiše vezanu racionalnost i kognitivne predrasude koje postoje u svakom odlučivanju. Tako nas autor navodi na pomisao o opravdanosti formalizma, čije osnovne ideje predstavlja u trećem poglavlju knjige. Formalizam je trenutno dominantna ideologija o tumačenju prava. Prema toj teoriji pravnog tumačenja, postoji jedno i samo jedno ispravno značenje pravnog teksta i sudije treba da ga pronađu i na osnovu njega donesu odluku u pojedinačnim slučajevima. Ograničena racionalnost ljudi je prevaziđena postojanjem formalnih pravila, ali da li je zaista tako?

Tom pitanju je posvećeno sledeće, četvrto poglavlje. Zašto je formalistički pristup pogrešan? Osnovni argument je da je sudijska odluka o značenju pravnog teksta voljna i stvaralačka i da je sudijsko tumačenje zapravo autoritativno odlučivanje o normativnom značenju pravnog teksta. Pravna pravila nisu dovoljna da bi se predvideo ishod spora. Autor zaključuje da sudije nisu samo stvaraoci pojedinačnih pravnih normi i primenjivači opštih pravnih normi već saučesnici u stvaranju opštih pravnih normi na osnovu tekstova izvora prava. U prilog toj, za lokalni i globalni pravnički kontekst prilično smelom tvrdnji, autor navodi tri prigovora, koje jednom rečju naziva prigovorima neodređenosti prava. Prvi prigovor je prigovor izbora sudija: sudije odlučuju čak i kada svoju odluku predstavljaju kao jedini mogući ishod

³ Još jedno zanimljivo istraživanje koje se bavi (bizarnim) faktorima koji mogu da utiču na sudijske odluke tiče se blizine rođendana okrivljenog prilikom izricanja kazne. U tim slučajevima kazne su mnogo blaže (Chen, Phillipe 2020). U srpskim pravničkim krugovima vlada mit da sudije najblaže kazne izriču pred Novu godinu i novogodišnje praznike.

tumačenja pravnog teksta. U prigovoru neodređenosti jezika istaknuto je da je jezik kojim se pravo služi uvek nepotpun. Nepotpunost se odnosi na to što pravna pravila uključuju ili isključuju previše situacija na koje se odnose ili na to što postoji neki oblik semantičke neodređenosti ili zbog pravnih praznina i konflikata izvora prava. Treći prigovor je prigovor nerazlikovanja teksta norme i norme, u kojem autor pokazuje da pravni tekst nije isto što i pravna norma i da je norma značenje pravnog teksta koje autoritativno utvrđuje sudija aktom svoje volje.

Najzad, u petom poglavlju govori se o osnovnim postavkama antiformalizma, kao alternativnoj teoriji o prirodi sudijskog tumačenja kojoj se prevazilaze greške formalizma. Autor zastupa tezu da ta teorija verno oslikava prirodu sudijskog odlučivanja. Ako prihvatimo autorovu tezu da je antiformalizam ispravna teorija o pravnom tumačenju, nameće se pitanje da li to znači da sudije odluke donose proizvoljno? Odnosno, ukoliko imaju slobodu da biraju između više potencijalnih značenja pravnih tekstova, kako njihove odluke nisu haotične i neujednačene? Autor nas ne ostavlja bez odgovora i u poslednjem delu petog poglavlja govori o determinantama sudijskog tumačenja prava. To je i najoriginalniji i najvredniji deo knjige. Autor razlikuje tri vrste determinanti sudijskog tumačenja: normativne, institucionalne i epistemičke. Normativnim determinantama autor nije posvetio mnogo prostora, te nas upućuje na praksu Vrhovnog kasacionog suda (VKS). U okviru institucionalnih determinanti razlikujemo podelu vlasti i odnose između sudova. Epistemičke determinante su one koje potiču od epistemičkih autoriteta, a to su najčešće profesori prava. Te determinante su ujedno i oblici institucionalne kontrole koji omogućavaju stabilnost u primeni prava i obezbeđuje pravnu sigurnost u savremenim pravnim sistemima.

Nedostatak ovog dela je to što obrada tema postaje sve kraća kako se približavamo kraju knjige. Najvažniji i najoriginalniji deo knjige, onaj koji govori o determinantama sudijskog odlučivanja, zauzima samo 33 strane, što čini samo petinu knjige. Recimo, pitanja o nepravim načinima tumačenja prava samo je dotaknuta, iako smo sigurni da autor ima još mnogo štošta da doda na tu temu. Spram važnosti tog dela knjige, trebalo mu je posvetiti više prostora. Na samom početku knjige autor navodi da je ova knjiga neka vrsta uvoda za jedno veće delo na engleskom jeziku *Institutional Control of Legal Interpretation*, koja tek treba da bude objavljena. Očekujemo da u tom izdanju budu detaljnije razrađene teme koje ovom izdanju nedostaju.

Prednost ovog dela je najsavremenija literatura i iz sveta prava i iz oblasti teorija odlučivanja, koja je analizirana objektivno i kritički. Takođe, autor daje značajne aluzije i osvrtne na trenutna dešavanja u svetu i popularnu kulturu te na trenutke zaboravljamo da je u pitanju pravničko štivo. Spaić zaista uspeva da nas ubedi da na sudije i na ishod njihove odluke utiče čitav

niz faktora o kojima nema ni reči u zakonskim tekstovima. Posebno će biti zanimljivo videti na koji način sudije doživljavaju ovo delo i da li se slažu sa osnovnom idejom knjige jer je „zvanična“ teorija o sudijskom odlučivanju i dalje formalistička, a sudije zdušno negiraju svoju ulogu u stvaranju prava.

Tumačenje prava je aktivnost koja se odvija u određenom društvenom kontekstu – u određenom pravnom sistemu, u određenom političkom sistemu i u određenom društvu. Društveni kontekst nesumnjivo utiče na to kakvo značenje sudije pripisuju pravnim tekstovima. Ipak, pravna nauka se najčešće ne bavi tim nepravim uticajima na sudijske odluke i negira ih, a ova knjiga je korak ka tome. Ona je dobar primer saradnje pravne nauke sa ostalim društvenim naukama i pokazatelj da jedna drugoj imaju mnogo šta da ponude – a sve sa ciljem dolaženja do istinitih naučnih saznanja.

LITERATURA

- [1] Kelzen, Hans. 2007. Čista teorija prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [2] Hart, Herbert. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [3] Chen, Daniel L., Philippe Arnaud. 2020. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. Social Science Research Network.
- [4] *McBoyle v. United States*. 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, poslednji pristup 1. novembra 2021.