

Др Саша Б. Бован\*

## ПРИРОДА ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧКА

*У раду се разматра проблем природе јуристичког закључка полазећи од гледишта која истичу значај премисе чињеничног стања (мале премисе) за сагледавање ове проблематике. Основна хипотеза овог истраживања указује да је структура мале премисе сложенија него што се мисли, односно да она под разумева утврђивање и квалификацију чињеница, али и објашњење чињеница, које следи након њиховог утврђивања и описа и које претходи квалификацији чињеница. Ову димензију мале премисе превиђају чак и гледишта која потенцирају значај чињеничних питања за разумевање јуристичког расуђивања. Објашњење чињеница је димензија мале премисе која битно одређује природу јуристичког закључка, односно показује да правно расуђивање има у исто време логичку, аксиолошку али и каузалну природу (јуристичко резоновање као *telos*, *phronesis*, али и као *episteme*).*

*У наставку ове хипотезе изводи се тврдња да каузална природа правног закључка заправо значи да ово расуђивање поприма, између осталог, облик једне развијене социолошке анализе, и по том основу, пре свега облик индуктивног закључивања. Правно расуђивање, по овом приступу, добија силогистички облик накнадно и небитно за разумевање његове суштине.*

*У изложеном правцу, подвргавају се критици постојећа гледишта о природи правног закључивања: модел силогистичке интерпретације, модел херменеутичке циркуларности, модел дијалектичког расуђивања и модел постмодернистичке реконструкције. Критика ових гледишта не заснива се са позиције њихове искључивости већ комплементарности, где социолошки угао посматрања отвара простор како за дубље разумевање правног расуђивања, тако и за синтезу постојећих гледишта о природи јуристичког закључка.*

**Кључне речи:** *Правна херменеутика. Природа јуристичког закључка. Механичка и стваралачка јуриспруденција. Социолошки метод у тумачењу и примени права.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [bovan@ius.bg.ac.rs](mailto:bovan@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОД

Значај чињеничних питања за објашњење природе јуристичког закључка већ је уочен у литератури из правне методике.<sup>1</sup> Међу ауторима који су указивали на овај приступ нарочито истичемо Бернда Ритерса и Арни Упмајера. Б. Ритерс упозорава да се у поступку изрицања правде превиђа значај чињеничних питања иако судије највише времена потроше на њихово утврђивање и анализу.<sup>2</sup> У истом правцу крећу се и размишљања А. Упмајера. Он каже да се „у квантитативном смислу далеко највећи део посла, нарочито нижестепених судова састоји у образлагању емпиријских поставки“,<sup>3</sup> тако да теорија мале премисе мора бити „интегрални део сваке филозофије права која тежи ка потпуности“.<sup>4</sup> Проблематика утврђивања чињеничних питања систематски је можда најопсежније изложена код Ханс-Јоакима Коха и Хелмута Рисмана, али без извођења свих могућих консеквенци ове тематике на питање природе јуристичког закључивања.<sup>5</sup>

Независно од појединих аутора, ова проблематика је једна од централних тема филозофије где се расправља унутар дилеме о односу фактичког и нормативног. Тада, у логици и епистемологији,

<sup>1</sup> У области правне методологије, и методологије иначе, влада својеврсна појмовно термилошка конфузија, заправо, слободно се може рећи, права подивљалост језика: Hubert Rottleuthner, *Richterliches Handeln Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt/Main 1973, 1 3, Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 13 21. У овом раду се употребљавају као синоними термини правна методика, правна методологија и правна херменеутика који се, логиком издвајања материјала, односе на јуристички начин рада те обухватају проблематику канона тумачења права и природу јуристичког закључка, док методи спознаје права спадају у општу методологију и гранају се на методе научног и филозофског сазнања права. Такође, гледиште које се овде заступа успоставља знак једнакости између правне методике и правне догматике: Н. Rottleuthner, 2; Жорж Гурвич, *Социологија права*, Подгорица 1997, 26. Још једно отворено питање јесте однос правне методологије и јуриспруденције. По једним гледиштима (Ц. Остин, Ж. Гурвич) јуриспруденција се донекле изједначава са правном методологијом јер представља вештину погодну искључиво за практичне циљеве: Ж. Гурвич, 26. Друга гледишта (М. Фриман, Н. Симондс, код нас Б. Кошутић) изједначавају јуриспруденцију с општом теоријом права: Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 11 14. Трећа опет (А. Рос), истичу непрецизност термина јуриспруденција јер обухвата разнолика општа учења о праву (делом и методолошка), па га са резервом употребљавају: Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 23.

<sup>2</sup> В. Rütters, *Rechtstheorie*, München 1999, 377.

<sup>3</sup> А. Upmeyer, „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hrsg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 124.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>5</sup> Н. J. Koch, Н. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 271 345.

ова се антиномија испољава као питање о поузданости индуктивног закључивања,<sup>6</sup> док се у етици антиномија фактичко/нормативно испољава као питање о могућности индуктивног заснивања морала.<sup>7</sup> Унутар моралне филозофије, етички реализам је правац који представља покушај разрешења ове антиномије хипостазирајући њен фактички пол. У теорији тумачења овај приступ проналазимо у концепцијама херменеутичке логике, где се истиче значај искуства за логичко мишљење, односно да логичка истина проистиче из животне истине (фактичности, људске егзистенције).<sup>8</sup> Индуктивистичка традиција у изложеном смислу снажно је присутна и у литератури која инклинира ка јуристичкој херменеутици. Подсетимо се на пример Перелмановог покушаја индуктивног заснивања морала полазећи од Леви-Брила. Перелманово настојање да изгради логику вредносних судова није успело да моралну филозофију спасе усуда арбитрности. Ипак, иако се не могу доказивати, вредности се могу рационално оправдавати.<sup>9</sup> Тада, у духу практичке филозофије, Перелман указује да критеријум њиховог образлагања јесте пре свега појединачни контекст (искуство) неког појединца,<sup>10</sup> што значи да се вредности могу изводити из искуства, да је људска пракса најпоузданији критеријум вредновања.

Перелманов индуктивизам – који отвара простор за одговарајуће позиционирање фактицитета у разрешење антиномије чињенично/нормативно, а у контексту циљева овог рада, омогућава дубље разумевање природе правног расуђивања – остао је тајна за тумаче његовог дела. Међутим, његови ставови на које се позивамо, и његово позивање на индуктивну теорију морала Леви-Брила, довољан су разлог да се Перелманов опус посматра и из ове перспективе. Додуше, овом прикривању индуктивизма кумовао је и сам Перелман. Песимизам у погледу изградње логике вредносних

<sup>6</sup> У овој области преовладава Хјумов песимизам који је у најоштријој форми изразио Џ. Мур који покушај извођења вредносних исказа из чињеница проглашава натуралистичком грешком: Џорџ Е. Мур, *Принципи етике*, Београд 1964, 14.

<sup>7</sup> У моралној филозофији могућност преласка од фактичког ка нормативном допушта тзв. етички реализам. Међу ауторима који имају разрађене концепције на ову тему помињемо пре свега П. Рејлтона: Peter Railton, „Moral realism“, *The Philosophical Review* 2/1986, 163 207.

<sup>8</sup> С обзиром на то да се посредовање између искуства и логике одвија путем језика, ова логика се означава као херменеутичка логика. Њена заснованост на искуству и индуктивни карактер проистиче из значаја појмова као што су „предметност исказа“ код Миша: Георг Мисцх, „Евоцирајући израз и херменеутичка обликовања“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб 1998, 101, 110 113, и „ситуационо мишљење“ код Липса: Ханс Липс, „Формална и херменеутичка логика“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), 145, 149.

<sup>9</sup> Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 41.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 87.

судова навео је Перелмана на закључак да ни искуство ни логичко извођење не омогућавају прелаз са „јесте“ на „треба“, већ да се до садржине моралних императива или до правичне пресуде долази одговарајућим техникама аргументовања, тј. дијалектичким и реторичким расуђивањем (нова реторика). Напросто, Перелманов индуктивизам је остао прикривен и теоријски неискоришћен јер ни он сам није успео да формулише теорију преласка од чињеница ка вредностима.

Изложени закључак може се применити и на топичку јуриспруденцију, за коју такође сматрамо да се напросто нуди за једну индуктивистичку интерпретацију, поготово у контексту циљева овог рада. Другим речима, сматрамо да новим читањем топике, она може послужити као основа за изградњу одговарајуће теорије мале премисе, а све у правцу комплекснијег сагледавања процеса тумачења и природе јуристичког расуђивања.

Топичкој традиција као облик проблемског резоновања, утемељена је на случају (проблему) тумачења, што значи да је превасходно окренута садржини а не форми мишљења. Посматрано на равни правне херменеутике то неминовно подразумева фокусирање на малу премису јуристичког закључка. Задржаћемо се на овој констатацији.

Када се ради о суштини топичког учења, најчешће се истиче, полазећи од Фивега, да је она облик дијалектичког а не аподиктичког мишљења,<sup>11</sup> да је вештина разговарања (аргументовања код Цицерона),<sup>12</sup> односно вештина налажења аргумената за неко поступање или непоступање.<sup>13</sup> Међутим, сматрамо да ако је топика вештина налажења, онда је она првенствено вештина налажења премиса (топоса, тачки гледишта), као што истиче и сам Фивег.<sup>14</sup> Тада се као кључно, поставља питање како се проналазе премисе. Фивег у одговору на ово питање остаје недоречен и конфузан. Иако на једном месту истиче везаност премиса за проблем,<sup>15</sup> а на другом говори о стању ствари (чињеницама неког случаја тумачења) којем је потребна правна обрада,<sup>16</sup> он, сва је прилика, није до краја сагледао релацију премисе – проблем, увидео индуктивистичку позадину топичког закључивања, те извео одговарајуће консеквенце у односу на питање природе јуристичког закључка. Чини се да је то због тога што под проблемом резоновања Фивег подразумева, сасвим неодређено, питање које допушта више од једног одговора, а не искуствени оп-

<sup>11</sup> Т. Фивег, *Топика и јуриспруденција*, Београд 1987, 26.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 105.

сег неког случаја тумачења, како чини нам се, треба протумачити и појам *ендоха* код Аристотела (истинитост према уваженом мњењу = истинитост полазећи од искуства које је неспорно свима, или већини, или најпознатијима и највиђенијима).

Када топички поступак посматрамо као трагање за премисама полазећи од чињеница неког случаја који се налази пред судијом, те као облик индуктивног закључивања, топика се у највећој мери приближава интересној јуриспруденцији, а у контексту циљева овог рада, она се посматра као метод. Међутим, топика тада није метод откривања аргумента или метод образлагања, већ пре свега поступак који има обележја каузалне (социолошке) анализе, када се полазећи од проблема (чињеница које творе случај тумачења) трага за вредностима које треба остварити, или се те вредности испуњавају садржином у конкретном случају изрицања правде.<sup>17</sup>

Можда се чини да је изложена интерпретација топичког учења исувише смела, и изведена како би се по сваку цену оснажила основна хипотеза овог рада. Међутим, чињеница да је обнова топике пре свега покушај супротстављања тиранији аподиктичког (системског, силогистичког) мишљења, чини сасвим легитимном интерпретацију по којој је топика учење које истиче значај премисе чињеничног стања и индуктивни карактер, те каузалну природу правног расуђивања (стога је указивање на дијалектичку природу топичког мишљења можда чак сувишно јер не погађа његову суштину, мада признајемо, позивање на дијалектику увек звучи убедљиво).

Топичка реконструкција је изложена у једном провокативном облику, између осталог и стога што је пример како се унутар покрета стваралачке јуриспруденције истиче улога вредновања у примени права, односно да правни закључак има не само логичку већ и аксиолошку структуру, али се превиђа значај мале премисе за разумевање тог проблема.

Осим аутора и школа које истичу непосредно значај чињеничних питања за разумевање природе правног закључивања, или оних који то раде посредно, указивањем на значај антиномије фактичко/нормативно за јуристичку херменутуку, уз све заблуде и недостатке у том правцу, и поједине гране права или проблеми у примени појединих њихових института такође указују на потребу проблематизовања постојећих концепција о природи правног закључка. Овде пре свега мислимо на процесно законодавство, где у много израженијем облику него у материјалном праву долази до изражаја проблематика

<sup>17</sup> Ауторитет за област топичке јуриспруденције у нашој литератури је Ј. Хасанбеговић. Међутим, чини се да у својим разматрањима, пре свега понављајући Фивегове идеје, она није успела да открије шире методске потенцијале топичког приступа (топичка анализа као облик социолошке анализе): Јасминка Хасанбеговић, *Топика и право*, Београд 2005, 315 329, 402 419.

чињеничних и правних питања. На пример у парници, овлашћења суда, положај странака, могућност предузимања, појединих парничних радњи, подизање правних лекова (посебно ревизије), у великој мери зависи од оцене да ли се ради о чињеничним или правним питањима.<sup>18</sup> У кривичнопроцесном законодавству, примена принципа *Ne bis in idem* зависи у великој мери од тога да ли ћемо идентитет дела везати за правну квалификацију или чињенице неког случаја, итд.<sup>19</sup> Сијасет дилема у овим или сличним случајевима одражавају се мање или више посредно и на питање о природи јуристичког закључивања.

Полазећи од изложеног, можемо извући одговарајуће закључке о постојећим схватањима природе правног расуђивања који ће бити детаљније тестирани излагањем појединих модела изрицања правде. Најважнији је тај да практично све теорије које припадају табору стваралачке јуриспруденције снажно и аргументовано указују на вредносну димензију правног расуђивања.<sup>20</sup> Међутим, еманципација ових гледишта спрема силогистичке логике није потпуна и одвија се само на аксиолошкој равни. Садржина норме повезује се са структуром стварности посредно, путем дилеме о улози вредновања у примени права. Другим речима, и даље је у фокусу истраживања велика премиса правног закључка, само, сада не са становишта својих формалних својстава него из угла свог аксиолошког садржаја. Мала премиса правног закључка и даље је је потцењена, што значи да аксиологизација правног расуђивања није пропраћена и социологизацијом процеса изрицања правде, зашта се залажемо у овом раду. Ево још неколико примера у том правцу.

Тако поступа познати аутор из ове области Р. Алекси. Иако припада антидедуктивистичкој традицији у правној херменеутици он ипак настоји да свој модел правног расуђивања уподоби дедуктивном извођењу.<sup>21</sup> Овај приступ смо пронашли и у радовима К. Бекера, афирмисаног припадника млађе генерације правних херменеутичара у Немачкој, иначе заговорника теорије аргументације, који не негира значај мале премисе (премисе чињеничног стања), али

<sup>18</sup> В. Ракић Водинелић, *Ревизија против пресуде*, Нови Сад 1995, 177, Никола Бодирога, „Чињенично и правно питање у ревизији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2005, 132-150.

<sup>19</sup> Извесно лутање у том погледу показало се и у пракси Европског суда за људска права. Док је у једном случају (*Oliviera v. Switzerland*, No. 84/1997/868/1080 од 30. 7.1998) истоветност ценила полазећи од правне квалификације, у новијим одлукама почев од 2009. године (*Zolotukhin v. Russia*, No. 14939/03 од 10. 2.2009) идентичност се оцењује полазећи од чињеничног стања случајева у питању.

<sup>20</sup> Исцрпан преглед ових схватања у нашој литератури код: Јасминка Хасан беговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 17-23.

<sup>21</sup> R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 2001, 20-23.

ипак истиче како је са становишта правне теорије њен значај минималан, односно да се тиче пре свега емпиријске спознаје а не теорије права.<sup>22</sup> Исти је случај у нашој литератури са Ј. Хасанбеговић, када фаворизује квалификацију чињеница у односу на њихово утврђивање и објашњење.<sup>23</sup>

Све ово указује да наслеђе механичке јуриспруденције и даље жилаво опстаје у јуристичкој херменеутици. Наиме, продор социолошке парадигме у теорију права донео је два велика удара на тврђаву нормативизма (позитивизма) – антиетатизам (теорија друштвеног права) и антиформализам (интегрална теорија права и теорија о функцијама права).<sup>24</sup> Правни позитивизам се повлачи на терен правне праксе, али и одатле бива потиснут из сфере законодавства (стварања права), да би се коначно ушанчио у области примене права.<sup>25</sup> И оно што је фасцинантно, без обзира на све критике правног (законског) позитивизма, нарочито из табора стваралачке јуриспруденције, у области примене права, тј. у правној херменеутици и даље опстају топос силогистичке интерпретације,<sup>26</sup> тј. топос логичко-механичке функције правосуђа.<sup>27</sup>

*У овом раду, поновимо још једном, природа јуристичког закључка изводи се пре свега полазећи од премисе чињеничног стања, али имајући у виду, односно третирајући равноправно и у једном синтетичком обухвату и вредносну те логичку компоненту правног резонавања. То се постиже идејом о комплексној структури мале премисе где се између утврђивања и квалификације чињеница умеће њихово објашњење, што је околност која правном резонавању даје димензију развијене социолошке анализе и индуктивног закључивања. Овај приступ омогућава синтетичко сагледавање природе јуристичког закључка јер на оптималан начин изражава дијалектичко јединство велике и мале премисе (сврха и чињеница). У исто време, овим приступом се и на терену правне херменеутике потврђује комплексна (фактичко-аксиолошко-нормативна) природа правног феномена.*

<sup>22</sup> C. Bäcker, „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründes?“, *Rechtstheorie* 3/2009, 411.

<sup>23</sup> Ј. Хасанбеговић, 188.

<sup>24</sup> Н. Бобио, „О функционалној анализи права“, *Есеји из теорије права*, Сплит 1988, 76.

<sup>25</sup> М. Ивовић, „Право и логика“, *Основни проблеми филозофије права* (ур. М. Шуковић), 147 148.

<sup>26</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 51.

<sup>27</sup> R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

## 2. МОДЕЛ ЛОГИЧКЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Овај приступ проблему природе јуристичког закључивања темељи се на моделу најстаријег облика правног позитивизма – правног легализма, који на супстанцијалној равни право своди на позитивно-правне норме, или правног формализма, који на методској равни правно расуђивање посматра као форму силогистичког закључивања.<sup>28</sup> У области изрицања правде модел силогистичке интерпретације артикулише се као становиште механичке јуриспруденције,<sup>29</sup> које на судију гледа као на слугу закона односно као на логички аутомат који подводи дати случај под општу норму и путем силогизма из ове две премисе извучи одговарајући закључак (пресуду).

Модел силогистичке интерпретације почива на наивној претпоставци да се неизвесност и несигурност правног закључивања може отклонити на логичкој равни, односно да ваљани логички облик може да буде гаранција исправне садржине. Као манифестација правног позитивизма, тј. правног формализма, овај приступ се заправо темељи на идеји о логичкој и садржинској заокружености, целовитости и самодовољности правног система (позитивног права) коју су до крајњих консеквенци извели школа егзегезе и концептуална (пандектистичка) јуриспруденција.<sup>30</sup> Међутим, корени идеје о логичкој потпуности и затворености правног система сежу и дубље од правног позитивизма. Иза и пре позитивизма овај приступ се наслања на традицију филозофије права и социјалне филозофије која однос друштва и права посматра кроз оптику склада и хармоније који се нису доводили у питање.<sup>31</sup> Другим речима, односно како истиче Р. Паунд, идеју механичке примене права можемо утемељити у насушној потреби човека за општом сигурношћу односно вери „да се може изнаћи вечити, непроменљиви правни оквир у којем можемо бити мирни, и који би нам омогућио да успоставимо савршени закон који би за сва времена уредио све људске односе без неизвесности и без и какве потребе за било каквом променом“.<sup>32</sup>

Посебно бизаран облик механичке јуриспруденције никнуо је у америчкој правној теорији у делу првог и дугогодишњег декана

<sup>28</sup> Н. Висковић, *Појам права*, Сплит 1980, 11 12.

<sup>29</sup> Овај термин први је употребио Р. Паунд како би означио гледишта која примену права посматрају као дедуктивно извођење из априори концепција: Rosco Pound, „Mechanical jurisprudence“ *Columbia Law Review* 8/1908, 605 625.

<sup>30</sup> Вид: Б. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 269 271, Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 394 397, Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Београд 1997, 241 245.

<sup>31</sup> А. Молнар, *Друштво и право I*, Нови Сад 1994, 28 30.

<sup>32</sup> Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, Подгорица 1996, 40.



Правног факултета у Харварду К. Ленгдала. То је нека врста „научне јуриспруденције“ у којој се главна улога у примени права не приписује закону или судији већ науци.<sup>33</sup>

Ипак, треба истаћи да се овај модел правног расуђивања у новијој литератури из правне методологије не среће у чистом, односно у тако поједностављеном облику, као на пример код У. Клуга који правно расуђивање третира као категорички силогизам (модус *Barbara*), или код Ж. Перића који силогистичку структуру правног резонувања изводи из принципа заокружености и логичке потпуности правног система.<sup>34</sup> Већина аутора, попут К. Ларенца и К. Енгиша, знаменитих заступника становишта о силогистичкој природи јуристичког закључка, истичу да је изрицање правде много комплекснији процес који превазилази чисто супсумирање чињеница под општу норму.<sup>35</sup> Када се ради о Енгишу, може се чак рећи да његова крилатица о лутајућем погледу између норме и стварног животног стања (*ein Hin and Herwaidern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*) изражава идеју херменеутичке циркуларности и приближавање теорији аргументације.<sup>36</sup> Осим тога, наместо о супсумпцији он говори о изједначавању између случаја и закона,<sup>37</sup> и придаје велики значај премиси чињеничног стања,<sup>38</sup> па се тиме заправо заговара идеја о мешовитој, дедуктивно – индуктивној природи правног закључка.

У нашој литератури, један облик овог становишта проналазимо код Р. Лукића који сматра да правни силогизам, као строго логички поступак, обезбеђује тачну примену права, али наравно „услов

<sup>33</sup> Критика овог приступа код: Jerome Frank, *Courts on Trial Myth and Reality in American Justice*, Princeton New Jersey 1973, 225 226. Када смо већ код американаца, треба поменути и знаменитог представника филозофије прагматизма Џона Дјуна који је у једном раду на тему правног расуђивања изложио оштрој критици силогистичко закључивање у примени права (правно расуђивање може *a posteriori* добити дедуктивну форму, али његова специфичност потиче од чинилаца који нису везани за његову формалну структуру) уз став који кореспондира са теоријом аргументације да проблем правног расуђивања није у извођењу закључка из одговарајућих премиса већ у проналажењу ставова који могу послужити као премисе: John Dewey, „Logical Method and Law“, *The Collected Works of John Dewey, The Middle Works 1899 1924, vol. 15* (ed J. A. Boydston), Carbondale 1969 1990, 71 72.

<sup>34</sup> U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin Heidelberg New York 1982, 48, Живојин Перић, *О школама у праву*, Београд 1921, 25.

<sup>35</sup> K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen Heidelberg 1960, 149 160, 261 269.

<sup>36</sup> K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1963, 14 15, 19.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 19.

за то је да су претходно решена одговарајућа правна и чињенична питања“.<sup>39</sup>

Посматрано на строго логичкој равни може се поставити питање да ли схема правног силогизма (ако Р, онда Q, имамо Р, дакле Q – *modus ponendo ponens*) уопште представља силогистичку структуру с обзиром на то да се чист силогизам састоји од три сложене реченице а у наведеној схеми друга премиса и конклузија се састоје од сингуларних реченица.<sup>40</sup> Најзад, изложена схема нам говори да правни силогизам није облик категоричког већ хипотетичког силогизма, прво, стога што у првом случају оперишемо са судовима рашчлањеним на појмове, а у другом случају са судовима као целинама,<sup>41</sup> што се дешава приликом правног закључивања, друго, схема правног силогизма не изражава однос нужности (логичка импликација) већ условљавања између премиса (материјална импликација),<sup>42</sup> што значи да закључак није аподиктичан него вероватан.

Међутим, независно од тога да ли се правни силогизам посматра као категорички (*modus Barbara*) или хипотетички силогизам (*modus ponendo ponens*) остаје проблем силогистике као такве, с обзиром да се она бави образлагањем истине (*ars demonstrandi*) а не изналажењем истине (*ars inveniendi*), а правно закључивање спада у ово друго. Другим речима, силогистика се фокусира на извођење (форму) закључивања а не на садржину закључивања (квалитет премиса), а како истиче Ј. Хасанбеговић: „Оно што је у праву битно и што је ново, не налази се у закључку дијалектичког силогизма, већ у његовим премисама. Инсистирање на силогистичкој форми само потискује та сазнања, остављајући привид логичке утемељености и исправности“.<sup>43</sup> На овој линији размишљања је и У. Нојман који такође оспорава значај силогистике у процесу правног закључивања,<sup>44</sup> те каже да „закључак који се означава као правни силогизам има супстанцијални, неаналитички карактер“.<sup>45</sup> Поменимо још Х. Перелмана који на ову тему, можда најубедљивије, истиче: „Оно што је специфично правно у расуђивању судије, то никако није формал-

<sup>39</sup> Р. Лукић, 233.

<sup>40</sup> Н. Joachim Koch, Н. Ruessmann, 6.

<sup>41</sup> Г. Петровић, *Логика*, Нови Сад Београд 1998, 109,

<sup>42</sup> Е. Тугендхат, Урсула Волф, *Логичко семантичка пропедеутика*, Врњачка Бања 2000, 85, Морис Коен, Ернест Нејгел, *Увод у логику и научни метод*, Београд 1982, 122 123, Михаило Марковић, *Логика*, Београд 1956, 111, Богдан Шешвић, *Основи логике*, Београд 1974, 273 274.

<sup>43</sup> Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 197.

<sup>44</sup> U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, 19 28.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 24.

но исправно извођење неког закључка полазећи од премиса – по томе извођење у праву није ништа посебно – већ су то расуђивања која доводе до утврђивања тих премиса у оквиру важећег правног система“.<sup>46</sup>

Однос између образлагања истине и изналагања истине у процесу правног расуђивања у правној методологији је адекватно изразио Р. Алекси разликовањем интерног од екстерног оправдања пресуде,<sup>47</sup> где интерно оправдање пресуде говори о исправном извођењу пресуде (закључка) из премиса независно од тога да ли су премисе исправне, док екстерно оправдање пресуде говори о исправности премиса из којих се изводи пресуда. По овој терминологији, задатак судије није да на основу било каквих премиса дође до логички ваљане пресуде, већ да на основу адекватно утврђених премиса изрекне исправну пресуду.<sup>48</sup>

Ипак, иако занемарује стваралачки аспект изрицања правде и не изражава на прави начин суштину тог поступка, силогистичка форма правног расуђивања није без икаквог значаја. Напротив, она је битна за функционисање правног система јер омогућава укључивање и препознавање судских пресуда у правном поретку, и још важније, њихово функционисање јер само ако се „јасно препознају премисе неке пресуде могуће је да се та пресуда испита у погледу своје исправности“.<sup>49</sup>

Према томе, претходна излагања недвосмислено указују да природа правног расуђивања потиче од чинилаца који нису везани за његову формалну структуру. Теорија аргументације је понудила убедљивији одговор на питање који су то чиниоци.

### 3. МОДЕЛ ТЕЛЕОЛОШКЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Овај модел објашњења природе правног расуђивања можда се може најбоље изразити метафором „судија као мудрац“, а највише долази до изражаја у школи слободног права, теорији вредносне јуриспруденције (претходно интересне и циљне јуриспруденције) и теорији аргументације која је заправо један изданак овог правца. Опет, у оквиру теорије аргументације посебно долазе до изражаја покушаји обнове топичког мишљења.<sup>50</sup> Истакнимо да је трајна те-

<sup>46</sup> Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 95.

<sup>47</sup> Robert Alexy, 273.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 274 275.

<sup>49</sup> С. Väcker, 424.

<sup>50</sup> Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 402 419, Б. Кошутић, 272 275.

ковина овог правца увођење циљног тумачења као посебног канона интерпретације и схватање о правном расуђивању као телеолошко-нормативном поступку (нарочито почев од Х. Канторовича). Када се вредносна јуриспруденција и теорија аргументације поставе у међусобан однос, видимо да обе хипостазирају аксиолошку димензију правног расуђивања, али из различите перспективе: интересна јуриспруденције полазећи од истраживања функција права, а теорија аргументације полазећи од покушаја изградње логике вредносних судова.

Теорија аргументације понавља став о хипотетичком карактеру правног расуђивања, само што овај закључак не изводи полазећи од логичког односа премиса и закључка већ од квалитета, тј. садржине горње премисе.<sup>51</sup> Ова теорија указује на аксиолошку природу горње премисе правног закључка, јер се нормом увек изражавају циљеви (вредности) које треба остварити. Тада, међу осталима, највећи значај има вредност правде, с обзиром на то да „сваки правни поредак – створен било како, где и када – у сваком случају мора наступити с претензијом да буде праведан.”<sup>52</sup>

Почев од Т. Фивега и Х. Перелмана, теорија аргументације се јавља у разним облицима (дискурзивна етика Хабермаса и Апела, Алексијева теорија дискурса, Тамелова правна логика, Тулминова теорија аргументације), где поједини аутори придају мањи или већи значај логичкој структури правног расуђивања, на пример Р. Алекси који велики значај придаје питању формализације интерног оправдања пресуде.<sup>53</sup> Сматрамо да су тачке везивања свих правца теорије аргументације следеће: 1. правно расуђивање је дијалектичког а не аподиктичког карактера што значи да је правни закључак вероватан а не нужан; 2. природа правног закључка се одређује пре свега полазећи од садржаја горње (законске, велике) премисе; 3. правно расуђивање има аксиолошку (телеолошку) природу; 4. телеолошка природа правног закључка (уз доминацију објективно – телеолошког метода) намеће питање слободе као методе јуристичког рада и начина на који се та слобода може или треба методизовати.

Аксиолошки приступ проблематици правног расуђивања наметнуо је питање о томе да ли вредности могу бити предмет раци-

<sup>51</sup> Т. Фивег, 1987, 28, Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 59, С. Bäckert, 408 409.

<sup>52</sup> Т. Фивег, 114. Правда је централна правна вредност и код Х. Перелмана, који управо на примеру правде поставља питање да ли вредности и норме могу бити предмет рационалног испитивања: Х. Перелман, 3. И за Н. Висковића правда (праведност) је врховно начело (топос) правног поретка, поготово посматрано с етичког а не позитивноправног гледишта: Никола Висковић, *Аргументација и право*, Београд 2004, 62 64.

<sup>53</sup> R. Alexy, 274 275.

оналног испитивања. Како смо већ истакли, по истраживањима Х. Перелмана на тему изградње логике вредносних судова која ће ове учинити независним од произвољности појединаца, произлази да нема специфичне логике вредносних судова,<sup>54</sup> али, иако се вредносни судови не могу доказивати, могу се рационално оправдавати, што је централна теза Перелманове практичне филозофије.<sup>55</sup>

Овај моменат правног резоновања битан је у покушају да одговоримо на питање како умањити неизвесност и несигурност јуристичког резоновања, тј. како увећати објективност и рационалност а потиснути субјективност и произвољност у закључивању, имајући у виду да су премисе правног закључивања аксиолошког карактера и да се тумачење састоји у вредновању (конструктивна теорија тумачења).

Одговор теорије аргументације на ово питање је дијалог, аргументовање, убеђивање, што нас доводи до топике, која је *tehne* проблемског мишљења,<sup>56</sup> и која омогућава да се изгради теорија средстава убеђивања (теорија праксе аргументовања).<sup>57</sup>

Но, поставља се питање да ли овај приступ носи неку новину у односу на постојећу теорију канона тумачења, односно да ли топика има карактер метода, и ако га има, на који начин топички метод омогућава сузбијање арбитрерности у правном расуђивању. У односу на ову дилему нећемо се ближе одређивати јер предмет овог рада није технологија извођења већ природа јуристичког закључка. Ипак, треба указати да један од првих обновитеља топике у XX веку и сигурно један од највећих ауторитет у овој области Т. Фивег, сматра да топика нема карактер метода и да представља један стил мишљења односно вештину налажења аргумената за ситуације које допуштају више одговора.<sup>58</sup> Истицање да је топика стил мишљења а не метод, по нама, заправо је посредно признање топике да не успева да се суочи на одговарајући начин са проблемом арбитрерности у судијском раду, када се већ прихвати да је правно расуђивање телеолошко-нормативни поступак.

То значи да доприноси топике правној херменеутици сами по себи нису у тој мери оригинални нити велики како би се могло наслутити из таласа топичких истраживања у последњих четрдесетак година.<sup>59</sup> Све се то можда најбоље види на језичкој равни, где топи-

<sup>54</sup> Х. Перелман, 39 40.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 41 52.

<sup>56</sup> Т. Фивег, 18, 39 44, 113.

<sup>57</sup> Ј. Хасанбеговић, 409.

<sup>58</sup> Т. Фивег, 39 41.

<sup>59</sup> Критички у том правцу вид. Ф. Бидлински, 62.

чари једном особеном терминологијом ипак само замењују постојећи појмовни апарат у правној методологији. На пример, оно што су у правној теорији општа правна начела топичари означавају топосима или општим местима у праву. У контрасту са правном логиком, топос је синоним за велику премису, а аргумент синоним за малу премису. У топици се велика и мала премиса означавају као аргументативна средства, док аргументативне технике говоре о томе како се повезују велика и мала премиса итд.<sup>60</sup>

Међутим, у једном ширем смислу, као даље развијање интересне, тј. вредносне јуриспруденције,<sup>61</sup> значај топике за јуристичку херменеутику је изузетно велики. Наиме, она доноси неке нове идеје али пре свега нову енергију потребну за суочавање са законским позитивизмом, тј. механичком јуриспруденцијом која и даље жилаво опстаје у правној методологији и правној пракси (судници). У том правцу, на пример, сматрамо нарочито инспиративним Фивегова разматрања о односу топике и аксиоматике где се говори о томе како аксиоматизација није довољна да би се схватила структура правног резонувања и каква је улога топике у томе.<sup>62</sup>

Полазећи од метафоре „судија као мудрац“ под модел телеолошке природе правног закључка обухватамо још једну оријентацију у правној херменеутици, особену јер се директно наслања на херменеутичке идеје Х. Г. Гадамера, а оличену, на пример, у радовима А. Кауфмана. Овог аутора сврставамо у изложени модел природе правног закључка стога што у својим анализама језика изричито стоји на позицији тумачења као вредновања (оцењивања),<sup>63</sup> док уз помоћ појма изједначавања говори о судској одлуци као креативном чину чиме се супсумпција потискује у други план.<sup>64</sup>

Гадамерова филозофска херменеутика почива на принципи-ма темпоралности и језичности битка, а коначно се испољава као став да разумевање није репродуктивна већ увек продуктивна делатност (свака претпостављена рекогниција текста је нова и друкчија когниција, нема бољег него само другачијег тумачења).<sup>65</sup> На овај начин Гадамерове идеје кореспондирају са значајем који се у модерној правној херменеутици придаје објективно-телеолошком тумачењу. А. Кауфман преводи Гадамерову херменеутику на терен правне

<sup>60</sup> Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 58 62, 70, 114.

<sup>61</sup> Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 415.

<sup>62</sup> Т. Фивег, 95 109.

<sup>63</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 29 30.

<sup>64</sup> А. Kaufmann, „Das hermeneutische Verstandis der juristischen Methode“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1996, 998 999.

<sup>65</sup> Х. Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978, 324, 329, 330, 358.

методологије посредством појма „херменеутичка повесност права“, где истиче проблем и значај језика за право, односно где право посматра као језик (теорија права као језичка теорија права – херменеутичка јуриспруденција).<sup>66</sup>

У крајњој линији, А. Кауфман користи идеју херменеутичке циркуларности како би указао на дијалектику норме и факта,<sup>67</sup> из чега извлачи закључак о стваралачкој димензији судијске делатности, односно о ограниченим димензијама дедуктивне логике.<sup>68</sup> Појмови путем којих овај аутор уобличава идеју херменеутичке циркуларности за потребе правне методологије су: изједначавање, уобличавање и урачунавање, где се говори о норми обогаћеној емпиријом и случају обогаћеном нормативношћу, или о уобличавању законске норме на случају и уобличавању случаја на законској норми,<sup>69</sup> односно о паралелном вредновању које се врши у самом судији где се језик починоца мора идеализовати а језик закона нормализовати.<sup>70</sup>

Ипак, ни Кауфман није успео да изрази на одговарајући начин дијалектику односа између фактичког и нормативног, и још важније, што је заједничко за све ауторе који припадају овој струји мишљења, није понудио одговарајући модел методизације судијске слободе.

#### 4. МОДЕЛ ДЕЦИЗИОНИСТИЧКЕ (ВОЛУНТАРИСТИЧКЕ) ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Полазећи од поделе теорија о природи јуристичког закључка коју предлаже Р. Паунд, овде можемо сврстати сва она гледишта која доказују да суштина правног резонавања није у прилагођавању случаја норми, већ управо обрнуто, у прилагођавању норме датом случају.<sup>71</sup> То у крајњој линији значи да судија у изрицању правде није вођен нормом већ пре свега чињеницама конкретног случаја, практичним обзирима које проистичу из тог случаја и одговарајућим друштвеним вредновањима.<sup>72</sup> Овде се, како видимо, најшире отварају врата слободи судијског одлучивања. Становиште о слободи као методи јуристичког рада артикулисано је још на почетку XX у радови-

<sup>66</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 12.

<sup>67</sup> Кауфман се у том правцу изричито позива на Гадамерову идеју херменеутичког круга. Видети код: Данило Басти, „Правна херменеутика Артура Кауфмана“, *Основни проблеми филозофије права* (ур. М. Шуковић), Подгорица 1994, 210.

<sup>68</sup> А. Кауфман, 83.

<sup>69</sup> А. Kaufmann, *Das hermeneutische Verstandis der juristischen Methode*, 998.

<sup>70</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 46 47.

<sup>71</sup> Р. Паунд, 107.

<sup>72</sup> А. Рос, 166, 171.

ма Е. Ерлиха који је био заговорник идеје да у примени права логичку дедукцију треба заменити индукцијом.<sup>73</sup>

Изложена гледишта у највећој могућој мери кореспондирају с оним које ће бити изложено у последњем одељку овог рада, што значи да се процес правног резонувања посматра полазећи од мале премисе. Ипак, основна замерка концепцији које се сада излаже иста је као у случају теорија о телеолошкој природи правног расуђивања, чији је она радикални изданак. Наиме, и овде се превиђа сложена структура мале премисе и један аспект третирања чињеница који правном закључивању даје димензију каузалне анализе. Овај момент је битан, јер управо инсистирање на објашњењу чињеница по логици каузалне анализе представља одговор на питање како методизовати судијску слободу, када смо већ одагнали заблуде механичке јуриспруденције о поузданости силогистичке логике у изрицању правде.

У волунтаристичка гледишта о природи правног резонувања убрајамо схватања која, полазећи из различитих перспектива, изводе исти закључак – да је правно закључивање волунтаристичког карактера, да је то простор неограничене слободе судијског делања. У том правцу, указујемо прво на полазиште А. Роса које је психологистичко јер сматра да, иако је изрицање правде припремљено одговарајућим когнитивним процесима (анализа чињеница и садржина правне норме), у крајњој линији оно је одлука, акт воље који припада судији и никоме више.<sup>74</sup> Он каже да је тумачење закона од стране судије у тој мери конструктивно да позивање на традиционалне каноне тумачења права представља само аргументативну фасаду којом се „ствара привид да се његова одлука може дедуковати из исправног тумачења закона“.<sup>75</sup> Заправо, и суштински, судија у процесу изрицања правде све оно што сматра исправним „љубазно приписује стварној или хипотетичкој вољи законодавца“.<sup>76</sup>

Своје резерве према традиционалним канонима тумачења права А. Рос убедљиво излаже поређењем аналогичке и *argumentum a contrario* где се главни проблем крије у чињеници да не постоји критеријум који би указао када користити један или други метод тумачења, односно да се на исти случај могу применити оба канона.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> E. Erlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York 1975, 9.

<sup>74</sup> А. Рос, 162.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 165.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 175.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 179.



Рос се залаже за концепцију тзв. прагматског тумачења које за основу има телеолошко тумачење али је много шире од овог и представља интеграцију многоструких вредновања,<sup>78</sup> што је кључни доказ да је суштина прагматског тумачења (али и објективно-телеолошког као ужег у односу на прагматско) у судијској слободи која је кључни метод примене права.

Најзад, читава ову концепцију он заокружује ставом да функција канона тумачења није конститутивна за судску одлуку, евентуално је хеуристичка, али је пре свега контролна – они служе само да поставе границе слободи судије у доношењу одлуке.<sup>79</sup>

С друге стране, у немачкој правној херменеутици која фаворизује објективно-телеолошко тумачење, уз ослон на филозофску традицију Х. Г. Гадамера, изводи се до краја идеја о судијској везаности за закон као једном наивном миту. Тако поступа В. Хасемер позивајући се на Д. Симона и Г. Хирша.<sup>80</sup> Он заострава овај приступ до границе провокације када каже да се кључни критеријум изрицања правде крије у глави судије, односно да је то судијска слобода у пуном капацитету.<sup>81</sup>

Социјалне корене овог схватања сигурно треба тражити у чињеници да је Немачка у периоду од 1914. до 1989/1990. године доживела више тектонских измена друштвеног-политичког поретка, али, без већих измена правног система.<sup>82</sup> У том смислу она је прави пример замене циљева правног поретка, односно превладавања вредносних противречности по моделу функционалних промена.<sup>83</sup> То је потврда значаја и доминације објективно-телеолошког метода у тумачењу и примени права. Пракса и начелни ставови немачког Савезног уставног суда то прегнантно потврђују.<sup>84</sup> Изјава Волфганга Зедлера, председника Савезног уставног суда Немачке у периоду од 1983. до 1987. године, да у Савезном уставном суду сваки случај има сопствену методу,<sup>85</sup> само је отворено признање овакве праксе у тумачењу,<sup>86</sup> што истовремено значи да се објективно-телеолошки ме-

<sup>78</sup> *Ibid.*, 173.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>80</sup> W. Hasemmer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechts theorie* 1/2008, 6.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 10 11.

<sup>82</sup> B. Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 258.

<sup>83</sup> Ф. Бидлински, 106.

<sup>84</sup> Одлука Савезног уставног суда од 21. маја 1952, *Bverf* 1, 299 (312).

<sup>85</sup> B. Rütters, 276 277.

<sup>86</sup> Ово схватање иронизује Ф. Хек својом метафором о објективно телеолошком тумачењу као балону који једном пуштен, прати ветар одређеног времена. Код: B. Rütters, 261.

тод третира као метод слободног одлучивања полазећи пре свега од мале премисе (околности конкретног случаја).<sup>87</sup>

Другим речима, како сумира и критикује ово гледиште Б. Ритерс, у правном расуђивању „судија најпре тражи жељени резултат одлуке за његов спорни случај, а онда бира методе које су подобне за образложење те одлуке“.<sup>88</sup> Коначно, иако се и у овом раду залажемо за слободу као метод рада судије, ипак је неспорно да се овде у једном постмодернистичком маниру који подсећа на Деридин деконструкционизам излаже идеја објективно-телеолошког тумачења који је субјективнији од субјективног (историјског) тумачења.<sup>89</sup>

Духовни близанац овог волунтаризма, само на другим теоријским поставкама, оличен је у америчком правном реализму. Правни реализам је пример наивног покушаја да се на оскудним темељима емпиризма и индукције изгради објективна правна наука и заснује иста таква правна херменеутика. Попут Келзена, који је, хотећи да заснује чисту правну науку, завршио у метафизици (основна норма, методски дуализам), представници овог гледишта заступају натуралистички бихевиоризам,<sup>90</sup> како би право очистили од вредносно-морализаторских наслага, да би се на крају крајева, на супстанцијалној равни уплели у крајности социологизма (К. Н. Левелин) и психологизма (Ц. Френк), а на плану примене права у крајности волунтаризма и децизионизма.

Бихевиоризам ових гледишта, односно свођење права на понашање, пре свега судија (и њихове одлуке),<sup>91</sup> подразумева да се из права искључују нормативни и аксиолошки елементи, што се на терену примене права испољава као слобода одлучивања која није спутана било којим канонима. Тако К. Левелин каже да су животне ситуације из којих проистичу спорови толико сложене да је у њиховом разрешавању судија углавном препуштен сам себи,<sup>92</sup> а Ц. Френк, полазећи од одговарајућих судских статистика за поједина

<sup>87</sup> У овом правцу иде и дефиниција објективно телеолошког метода као тумачења норме у контексту садашњих односа (*Das Denken in konkreten Ordnungen*): Ф. Бидлински, 32, К. Larenz, 253 257. Слично, при чему се неки актуелни друштвени интерес узима као темељ овог канона код: Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2011, 287 288. Указујемо на доминантна одређења телеолошког тумачења у нашој уџбеничкој литератури која не успевају ни у најмањој мери да захвате суштину овог канона тумачења: Б. Кошутећ, 294 295, Р. Васић К. Чавошки, 270 271.

<sup>88</sup> В. Rüthers, 276.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 275. Тако и А. Рос: 147, 168.

<sup>90</sup> Ж. Гурвич, 164.

<sup>91</sup> К. N. Llewellyn, „A Realistic Jurisprudence: The Next Step“, *Jurisprudence: Realism in the Theory and Practice*, Chicago 1962, 16, 21 J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, 46, 167.

<sup>92</sup> К. N. Llewellyn, 17.

кривична дела, закључује да изрицање правде зависи више од тога ко је судија у спору а не од правних правила.<sup>93</sup>

Најзад, долазимо до модела правног расуђивања којем ћемо посветити највећу пажњу, када се заправо тестирају основне хипотезе овог рада.

## 5. МОДЕЛ КАУЗАЛНЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧКА

Претходно изложени модели природе јуристичког расуђивања представљени су кроз низ метафора: судија као слуга закона (модел логичке природе правног закључка), судија као мудрац (модел телеолошке природе правног закључка), судија као уметник (модел волунтаристичке природе правног закључка). Овима додајемо још једну метафору која чини се понајбоље изражава суштину модела правног резоновања који ће бити разматран у овом одељку – судија као научник (социолог).

Истакнимо на почетку да овај приступ има димензију јереси па и субверзивности у односу на главне токове јуристичке херменеутике. Наиме, значајне вредносне компоненте велике и мале премисе, односно посматрање процеса примене права из аксиолошке перспективе, почев од интересне јуриспруденције, унело је велике промене у правну херменеутику. Међутим, без обзира на то, правна херменеутика и даље остаје бастион формализма где влада топос логичко-механичке функције правосуђа. Осим тога, уплив аксиолошке перспективе у правну херменеутику ипак је био лакши задатак јер је терен за тај „упад“ припремила филозофија права, која још од петог века п. н. е. кроз радове грчких софиста и природноправне теорије, тематизује аксиолошка питања. Међутим, такав случај није са социологијом права. Иако већ увелико етаблирана, из разних разлога она изазива неразумевање и отпор, како међу правницима, тако и међу социолозима.<sup>94</sup> Ово се посебно односи на област правне херменеутике која одбија да своје проблеме пропусти кроз оптику социолошке перспективе.

Наше је дубоко уверење да социологија има шта да каже и на терену правне херменеутике, а овај одељак и идеје које се ту излажу требало би да послуже као доказ и скромни прилог у том правцу.

Социолошки приступ природи правног расуђивања, без дилеме и како је изложено на самом почетку рада, подразумева фокусирање на премису чињеничног стања, тј. малу премису јуристичког закључка.

---

<sup>93</sup> J. Frank, 112.

<sup>94</sup> Ж. Гурвич, 19 52.

Наравно, као што смо и показали напред, указивање на значај мале премисе за разумевање јуристичког закључивања не представља неку новину у правној методологији. Уобичајено је гледиште да чињенице конкретног случаја, тј. правне чињенице представљају оне које су релевантне с гледишта права јер за њих објективно право везује неко правно дејство, које се огледа у промени, настанку или нестанку неког правног односа.<sup>95</sup> У појединим гранама права, пре свега процесним дисциплинама, велика пажња се посвећује селекцији чињеница (одлучне чињенице или не), утврђивању, тј. доказивању чињеница са низом принципа којима се омеђује ова област (терет доказивања, слободна оцена доказа – законска теорија доказа, правила о општепознатим чињеницама, фикције, претпоставке, итд.).<sup>96</sup> Најзад, поставља се питање квалификације чињеница, које се у литератури најчешће посматра кроз оптику логике, односно као супсумирање чињеница под општу правну норму или, ређе, мада исправније, као одређивање места једне чињенице у неком систему вредности.<sup>97</sup>

Сматрамо да презентована и слична гледишта испољавају следеће недостатке: 1. квантитативно, тематика мале премисе се упадљиво мање обрађује у односу на велику премису и извођење закључка; 2. изостаје свест о значају овог питања за објашњење природе правног закључка; 3. структура мале премисе се ипак третира пре свега кроз питање утврђивања и квалификације чињеница, а не и објашњења чињеница; 4. квалификација чињеница се посматра као преваходно дедуктивна логичка операција а не као облик индуктивног закључивања.

*Гледиште које се заступа у овом раду истиче да мала премиса има сложенију структуру него што правна херменеутика исказује, односно да се након утврђивања чињеница, а пре њихове квалификације намеће обавеза објашњења чињеница што је околност која у великој мери одређује природу правног расуђивања. Објашњење чињеница, осим што чини сложенијом структуру мале премисе, значи и то да квалификација чињеница није подвођење чињеница под општу правну норму или одређивање места једне чињенице у неком систему вредности, него и пре свега, трагање за вредностима које треба остварити и њихово испуњавање садржином полазећи од чињеница конкретног случаја.*

У наставку ћемо одговорити на питања у чему се састоји објашњење чињеница неког конкретног случаја као сегмента мале

<sup>95</sup> О дилемама везаним за ово одређење правних чињеница и неким другим отвореним питањима на ову тему код: Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 183-184.

<sup>96</sup> Б. Кошуткић, 249-252.

<sup>97</sup> В. Ракић Водинелић, 214.

премисе правног закључка који се налази између њиховог утврђивања и квалификације и *зашто* је то питање битно за правно расуђивање и за правну херменеутику генерално.

Објашњење чињеница неког конкретног случаја састоји се у откривању односа који између њих постоји.<sup>98</sup> Као што смо видели освртом на Перелмана и друге ауторе, што је опет ноторна ствар, чињенице свакодневног живота никада не егзистирају самостално, тј. изоловано. Оне се увек налазе у одговарајућем међусобном односу и у одређеном контексту, ужем или ширем. Наравно, није нам потребна наука, правна нити било која друга, како би потврдили ове закључке – напосто, здрав разум, свакодневно искуство, и у нашем случају правна пракса, то непрестано и прегнантно потврђују.

Но, поставља се питање како методолошки изразити ово стање ствари, у нашем случају, за потребе разумевања природе правног расуђивања.

Социолошка наука је у том правцу формулисала свој епистемолошки програм утемељен на холистичком принципу (уз остале парадигме на којима се заснивају све науке – пре свега позитивизам и еволуционизам). На неки начин, посматрано из угла теорије тумачења, тај програм се може посматрати као социолошка интерпретација проблема херменеутичке циркуларности (херменеутичког круга). У сваком случају сазнајни (холистички) програм социологије може се применити и на правно расуђивање. Тачка везивања социолошког приступа и правног расуђивања, по нама неспорна, садржана је у околности да чињенични склоп неког конкретног случаја који се налази пред судијом представља једну микросоцијалну целину кроз коју се испољавају особености, начин функционисања и правилности глобалног друштва. Стога, успостављање односа између социјалних чињеница у поступку примене права има карактер једне развијене социолошке анализе. Та анализа, управо зато што је социолошка (холистичка, синтетичка) подразумева пре свега закључивање на основу једног сложеног детерминистичког модела који треба да захвати сложеност друштвених односа и на макро и на микроплану, а испољава се кроз идентификацију кључних фактора који детерминишу људско понашање, уз свест да они увек делују кумулативно и то уз динамичку равнотежу у том дејству (различит релативни детерминистички значај тих фактора од случаја до случаја).<sup>99</sup>

<sup>98</sup> У нашем случају није битно да ли чињенице третирамо као стварне податке искуства (оно што јесте или што се збива), или као суд о спољној стварности који садржи у себи и вредносну процену. Детаљније о појму чињенице код: Ј. Хасанбеговић, 182 183.

<sup>99</sup> Наравно „листа“ тих фактора је добро позната у хуманистичким наукама друштвени (економски, политички, културолошки), психолошки (свест, под свест), биолошки (анатомско физиолошки, генетски), природни (физичко хемијски,

Наравно, циљ судије није да дође до научне истине односно научног закључка. Његов задатак је вредновање према околности-ма случаја (херменеутички прагматизам), а тек онда објективан суд (колико-толико), заснован на доказима и одређеним процедурама њиховог прибављања. Међутим, без обзира на другачије циљеве научног и правничког расуђивања, објашњење чињеница на основу којих треба донети одлуку судију ставља у позицију да примењује изложени сазнајни програм, хтео то он или не, био свестан тога или не, и независно од тога што научен да барата више логичким средствима, напосто није едукован у том смислу. Њему у том правцу помаже здраворазумско сазнање, животно и професионално искуство, осећај одговорности и осећај за правду који развија, постојећа судска пракса итд. Али, остаје чињеница да стога што конкретан случај представља пресликано глобално друштво у својим најважнијим аспектима, судија примењује, сналазећи се на поменуте начине, мање или више успешно, хтео то он или не, био тога свестан или не, сазнајни програм социолошке науке.

Према томе, у својим битним аспектима, приликом објашњења чињеница неког конкретног случаја, правно расуђивање се ослања на научно расуђивање, те има каузалну природу.<sup>100</sup> Наравно, то не значи да јуристички закључак нема и телеолошку, тј. дијалектичку природу. Напротив, управо се у поступку квалификације чињеница, који није подвођење под општу правну норму (формални аспект подвођења, тачан али небитан), већ првенствено и суштински трагање за циљевима (прецизирање и формулисање циљева за потребе неког конкретног случаја, избор између различитих циљева, решавање конфликта између циљева, проширивање циљева на сличне чињенице), и то полазећи од објашњења чињеница, каузална анализа преображава у телеолошку, првенствено по логици индуктивног закључивања.<sup>101</sup> И коначно, накнадно и најмање битно за природу правног закључка, са позивом на неку општу правну норму и како би пресуда могла да се укључи, препозна и функционише у правном поретку (као прецедент или у поступку по правним лековима), правно закључивање добија и силогистичку интерпретацију, тј. логичку природу.

Један једноставан пример, који нема карактер тешког или деликатног случаја, нити представља правну празнину, може убедљиво

демографски, географски, климатски), као и све тешкоће у њиховом откривању и доказивању.

<sup>100</sup> Супротно, управо јер се превиђа значај и начин објашњења чињеница мале премисе у поступку правног расуђивања, код: Ј. Хасанбеговић, 101-102.

<sup>101</sup> Преображење каузалне анализе у телеолошку, односно посматрање правне квалификације као индуктивног закључивања подразумева одговарајући модел разрешења антиномије фактичко/нормативно. Један такав покушај у нашој монографији: Саша Б. Бован, *Случај тумачења као утемељење херменеутичког поштука*, Београд 2013, 112-118.

поткрепити изложене закључке. Закон о наслеђивању Републике Србије предвиђа у чл. 84 институт својеручног тестаментa. С обзиром на то да за његову пуноважност није потребно присуство сведока предвиђена је строга форма како би се избегле евентуалне злоупотребе овог облика завештања. Та форма предвиђа да тестамент мора бити написан и потписан лично (својеручно) од стране тeстатора. Међутим, шта када се деси да је тестамент потписан речима „Ваш отац“. У овом случају долази до сукоба два принципа (циља) регулисања ове материје – принципа слободe тестирања и строгости форме, и потребе њиховог одмеравања ради доношења одлуке о пуноважности завештања.<sup>102</sup> То „одмеравање принципа“ увек се заснива на одговарајућим чињеницама, што подразумева да чињенице треба довести у међусобни однос. Поред услова предвиђеног законом, у овом случају то би, на пример, биле следеће чињенице: садржина тестаментa која не буди сумњу у погледу последње воље завештаоца; он се тестаментом обраћа својој деци; завешталац је имао навику да се у кругу породице тако потписује, или неке друге чињенице, које треба довести у међусобни однос ради коначне одлуке о пуноважности тестаментa, тј. одлуке о томе којем принципу регулисања дати предност у конкретном случају.

Ова „логика“ поступања нарочито нарочито долази до изражаја у тешким или деликатним случајевима и приликом попуњавања правних празнина, што је уобичајена односно најчешћа ситуација у примени права. На пример, у кривичној материји, када треба одлучити у неком случају да ли се ради о убиству на мах (чл. 115. Кривичног законика РС), нужној одбрани (чл. 19, ст. 1 КЗ) или прекорачењу нужне одбране (чл. 19, ст. 3 КЗ). Или, у приватном праву, у случају института накнаде штете када је законодавац установио одговорност по основу правичност (чл. 169. Закона о облигационим односима), или када је законодавац упутио судију да одлуку донесе по правичности (чл. 133 ЗОО), итд.

*Као што можемо закључити из нашег једноставног примера, одмеравање принципа (слобода тестирања или строгост форме) заснива се на одмеравању чињеница, а то „одмеравање чињеница“ заправо подразумева да их доводимо у међусобни однос формирањем једног микрокаузалног контекста по горе изложеном моделу (моделу социолошке анализе). Тако поступамо у свакодневном животу (здраворазумско сазнање), у поступку научног објашњења стварности, на наравно и у процесу правног расуђивања. На крају, неизоставни део овог методског пакета је сазнање да након објашњења чињеница следи њихова квалификација, која се испољава пре свега као облик индуктивног закључивања, када се полазећи од чињеница неког кон-*

<sup>102</sup> Ф. Бидлински, 67.

*кретног случаја испуњава садржином требање у норми, или се, по истој логици, решава конфликт циљева или избор циљева које треба остварити.*

На самом крају, нека нам буде дозвољено да се осврнемо још једном на допринос Х. Канторовича процесу социологизације правне херменеутике у управо изложеном смислу. Посебно издвајамо овог аутора стога што је, по нама, још на почетку овог века изложио програм сарадње социологије и правне науке нарочито плодотворан за јуристичку херменутику.<sup>103</sup> Он на упечатљив начин указује на значај мале премисе, а везано с тим и на потребу социолошког приступа у примени права када каже да само увидом у чињенице социјалног живота можемо открити сврхе закона.<sup>104</sup> Да под „увидом у чињенице социјалног живота“ Канторович не подразумева пуко утврђивање чињеница већ и њихово објашњење (откривање односа између друштвених чињеница) видимо из његових речи где каже да је *стварно разумевање* чињеница социјалног живота претпоставка њихове правне обраде (квалификације),<sup>105</sup> и да је то један „на каузалне везе усмерен задатак, који треба решити средствима различитих наука о социјалном животу“.<sup>106</sup> Његов коначан закључак на ову тему истиче да социологија има сасвим пресудан значај за чињенично питање, да је судија пре свега специјалиста чињеничног стања,<sup>107</sup> те да је у поступку примене права догматика без социологије празна, а социологија без догматике слепа.<sup>108</sup>

## 6. ЗАКЉУЧАК

На основу свега, што би била нека врста закључка, можемо одговорити и на питање које су евентуалне предности изложеног приступа проблематици правног расуђивања.

1. Објашњење чињеница које чине спор постављен пред судију је онај аспект мале премисе који, као што смо видели, заправо *одређује природу правног расуђивања* у једном битном, односно по-

<sup>103</sup> У овом смислу сличан закључак изводи и Р. Лаутман како је код припадника слободноправног покрета правно резонување један социјално вреднујући поступак: Rudiger Lautmann, *Freie Rechtsfindung und Methodik der Rechtsanwendung*, Munchen 1967, 66.

<sup>104</sup> Х. Канторович, 85.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 109.



четном сегменту судијског рада и то тако што правном расуђивању даје (између осталог) каузални карактер (другим речима, правно расуђивање је много више упућено на модел научног неголи здраво-разумског или дијалектичког расуђивања).

2. Објашњење чињеница конкретног случаја у изложеном смислу је онај аспект мале премисе који *одређује и природу тумачења права* јер му даје контекстуални и конструктивни (прагматички) карактер.

3. Објашњење чињеница по моделу каузалне анализе искршава као кључни механизам методизације судијске слободе, наравно ако и када признамо чињеницу да је изрицање правде конструктивна делатност (тумачење као вредновање, формирање значења, тј. најпрецизније, довршавање значења садржаног у великој премиси).

4. Објашњење чињеница као аспект мале премисе указује на индуктивну природу правног расуђивања и представља основу за извесно разрешење антиномије фактичко/нормативно.

5. Објашњење чињеница правног спора је онај аспект премисе чињеничног стања који омогућава *адекватно разумевање природе објективно-телеолошког тумачења* (и других канона попуњавања правних празнина заснованих на матрици објективно-телеолошког тумачења попут аналогije, закључивања по природи ствари, итд.) и за постављање граница у примени овог канона тумачења.

6. Најзад, фокусирање на малу премису правног закључка и њену сложену структуру омогућава да се и на равни правне херменеутике на одговарајући начин изрази сложеност правног феномена, односно јединство фактичке, аксиолошке и формалне димензије права.

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## THE NATURE OF JUDICIAL CONCLUSION

### *Summary*

The paper examines the problem of the nature of judicial conclusion, starting from the premise of the factual position. Therein, the hypothesis is tested which underlines that the smaller premise has a more complex structure than it seems at a glance, i.e. apart from asserting and qualifying the facts, its structure embodies an explanation of facts which link these two aspects of the premise of factual situation. The explanation of facts is a dimension of the small premise which fundamentally determines the nature of the judicial conclusion, i.e. points to the fact that legal reasoning has at the same time a logical, theological but also a causal nature (legal reasoning as *tehne*, *phronesis* and *episteme*). As a consequence of this approach follows a conclusion that the procedure of qualifying the facts has predominantly an inductive character, meaning that the substance of a general legal norm is „filled“ starting from the factual situation. This view corresponds with the constructive theory of interpretation which stresses that interpretation is not only revealing but also forming the meaning (valuation on the basis of a relevant context).

Key words: *Legal hermeneutics. – Nature of the judicial conclusion. – Mechanical and creative jurisprudence. – Sociological method in application of law.*