

ULOGA SUDIJE U TUMAČENJU PRAVA

(neka pitanja teorije tumačenja prava)

U pravnoj teoriji i jurisprudenciji 19. veka suvereno vlada mišljenje o potpunosti i zatvorenosti pozitivnog prava („logische Geschlossenheit des Rechts“, „la plénitude logique de l'ordre juridique positif“). Pravo je sadržano u zakonu¹ i predstavlja zatvorenu logičku celinu u kojoj nema praznina. Primenom formalne logike može se iz zakonskog teksta rešiti svaki slučaj iz života. Mehanička funkcija suđeja je samo logična posledica fikcije o savršenoj potpunosti pravnog sistema kao jedne logičke celine. Sudija ne stvara pravo — on ga samo primenjuje (ius dicere et non jus dare). Sudija obavlja isključivo jednu logičku operaciju — silogizam (supsumira konkretan slučaj pod opšte pravilo) u kojoj je presuda zaključak na osnovu više i niže premise — opšte norme i konkretnog slučaja. Sudija nije „ništa drugo nego usta koja izgovaraju reči zakona“², bez prava da ih može menjati, vodeći računa samo o logičkoj neprotivurečnosti pojmova a ne i o društvenoj implikaciji konkretnog slučaja i pravičnosti presude. Lišen je svake odgovornosti³.

Učenje o potpunosti i zatvorenosti pozitivnog prava i mehaničkoj funkciji suđenja, posebno razvijeno od francuske egzegetičke škole i škole pojmovne jurisprudencije, vršilo je snažan uticaj na praksu⁴.

Razvoj pravnog, socijalnog i tehničkog života učinio je da se u pravnoj nauci i jurisprudenciji počeo da oseća jasan prelom ka drugoj, savremenijoj, fazi u razvoju pravne misli. Rudolf Jering (Rudolf Ihering) je prvi otpočeo napad na školu pojmovne jurisprudencije 1861. godine⁵. Osamdesetih godina 19. veka, u Francuskoj, Šarl Bedan

¹) Binje (Bugnet) prof. Pravnog fakulteta Univerziteta u Parizu često je govorio svojim učenicima: „Je ne connais pas le droit civil, „je n'enseigne que le code Napoléon“; navedeno prema F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, tome premier, p. 30.

²) Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6.

³) Filip Hek (Philipp Heck) primećuje da je sudija uvek mogao mirno reći: „Ja nisam kriv, krivi su pojmovi“. *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933, str. 19.

⁴) Samo praksa nije mogla nigde biti čisto logicistička. Zdrav razum je pobeđivao uskost tumačenja i vodio računa o praktičnim posledicama i promenama. V. Đorđe Tasić, *Meode ili škole tumačenja*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1935, sveska za april, str. 282.

⁵) Ali ne Jering teoretičar „prirodno-istorijske“ metode u pravu čija je obeležja izložio u svom poznatom delu „*Geist des römischen Rechts*“ kroz razlikovanje niže i više jurisprudencije, već Jering iz druge faze svog razvoja, Jering autor dela „*Borba za pravo*“ i „*Cilj u pravu*“.

(Charles Beudant) Bifnoar (Bufnoir), Labe (Labbé)⁶ a naročito Rejmon Salej (Raymond Saleilles)⁷ uviđajući nemogućnost potpunog normativ-nopravnog regulisanja društvenog života i nužno postojanje praznina u pravnom poretku, pokušava da svojim učenjem dovede u sklad metodu egzegeze s novim vremenom, pokazujući istovremeno da je tradicionalna škola u krizi.

Objavljuvanjem monumentalnog dela Fransoa Ženi-a (Francois Gény) 1899. godine, pod naslovom „éthode d'interprétation et sources en droit privé positif” otpočinje nova era u pravnoj nauci i jurisprudenciji. Pošto je srušio sve postavke tradicionalne pravne škole: oborio iluziju o zatvorenosti i samodovoljnosti formalnog poretka, otkrio zabludu o svemoći zakonodavca i ukazao na nužnost da pravo izađe iz svoje izolovanosti — ideja prava prevazilazi pojam zakona, Ženi je pokrenuo čitavu jednu novu problematiku i postavio pravnu teoriju pred nove duboko praktične i složene zadatke⁸.

Slično učenje u Nemačkoj razvija, kao reakciju na učenje škole pojmovne jurisprudencije, škola interesne jurisprudencije⁹ i pokret slobodnog prava¹⁰. Time je označen završetak jedne i početak druge, savremenije, naprednije epohe u razvoju pravne misli.

Otkrivena je druga strana prava, čiji je direktni izvor u društvu i faktičkim situacijama, dotle prikrivana i nepriznavana. U teoriji se sve više razvija misao o jednom širokom obuhvatu pravne materije, U pravu sem teksta zakona koji se vazuje za zakonodavca, postoji i teren koji pravniku-naučniku ne dozvoljava da ostane samo tumač postojeće pozitivne norme, pomagač prakse, već ga odvlači neposredno u samu društvenu sredinu, jedinu realnu podlogu i samom zakonodavcu. U teoriji se sve više razvija misao o jednom širokom obuhvatu pravne materije. U pravu sem teksta zakona koji se vezuje za zakonodavca, postoji i teren koji pravniku-naučniku ne dozvoljava da ostane samo tumač postojeće pozitivne norme, pomagač prakse, već ga odvlači ne-

⁶) V. o tome: Eugène Gaudement, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*. Bâle-Paris, Baseler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 8, pp. 75; Julien Bonneau: *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924.

⁷) Salej nije stigao da stvori svoju školu. Svoja izlaganja nije sistematizovao jer mu je cilj bio da izloži svoje ideje a ne da stvori sistem. To je učinio Ženi, stvorio školu i postao njen šef. Ženi mu je posvetio svoje poznato delo „Science et Technique en Droit Privé Positif” i pozdravio ga sa čuvenim Denteovim stihovima upućenim Virgiliju: Tu duce, tu signore et tu maestro.

⁸) Upravo otvaranje te nove perspektive, novih vidika verovatno je ono što će od Ženija konačno i ostati. Uostalom, danas se u novome pravcu otišlo mnogo dalje od Ženija, ali mi smo svesni da se tim putem ne bi moglo uopšte ići na nije bilo Ženija, njegovog dela, i da se njime moglo ići tek pose Ženija. U tome je najveći i najvredniji doprinos Ženija razvoju pravne misli.

⁹) Takozvana Tübingen-ska škola: Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* 1932; — *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1932; — *Interessenjurisprudenz*, 1933; Max Rümelin, *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1930; Heinrich Stoll, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*; — *Juristische Methode*, 1934; Paul Oertman, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*.

¹⁰) Za slobodno pravo se izjašnjavaju: Gnaeus Flavius, *Kampf in die Rechtswissenschaft*, 1906; Ernst Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908; — *Die Gemeinhädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909; — *Umgehung des Gesetzes*, 1918; Ernst Stampe, *Die Freirechtbewegung*, 1911; — *Grundriss der Wertbewegungslehre*, 1912.

posredno u samu društvenu sredinu, jednu realnu podlogu i samom zakonodavcu. U pravo se ne prođire samo kroz tekst koji je izraz prošlosti¹¹, nego se vodi računa o sadašnjosti i o bliskoj budućnosti. Sve društvene institucije, pa prema tome i pravo kao takvo, dobijaju zajednički zadatak da nauku, pravnu normu, konkretizaciji, učine što više saglasnim potrebama životnih odnosa, da smanje disonanciju između norme i društvenih odnosa¹², jer „zakonodavac još nikad nije obavio svoj zakonodavni posao onako kako treba”,¹³ a sve shodno cilju koji se u datom trenutku postavlja. Misao da je pravo „više proces nego stanje” postavlja zadatak da se vodi računa o stvarnom životu, o pojavi evolucije, transformacije, i sve to iz jednog jedinog razloga da se ne padne u grešku i pravo posmatra sa statičkog gledišta, jer takav način posmatranja prava koči zadovoljenje tako nužne potrebe da pravo prati svojim normama i konkretnom primenom, razvika društvenih odnosa i time ostvarenje svoje društvene funkcije¹⁴. Jednom reči, društvena sredina je jedini isključivi i racionalni oslonac koja u krajnjoj liniji mora ostati izvor svakog stvaranja, pa prema tome i pozitivnog prava.

Otkrivanje ove druge strane prava ima i drugu stranu medalje. Nestaje one sigurnosti koja se ima kada je za razumevanje, tumačenje i funkcionisanje pravnih normi merodavna isključivo zakonodavčeva volja, čak i u onim slučajevima kad je nije bilo. Govoreći o tome B. S. Marković piše: „Ženi je dakle istovremeno i rušilački i tvorački. Ubedivši nas u neophodnost da se emancipujemo od teksta, on nas odmah upozorava da na mesto njega moramo naći našem pravnom istraživanju neki drugi pouzdan oslonac. I svi smo saglasni da nam je taj objektivni kriterijum u stanju pružiti samo naučno saznanje. Ali je pitanje sad koji je taj put kojim nas upućuje nauka? Jer — multae sunt divisiones... Tako nas je Ženi izveo iz teskobne, memljive, ali i sigurne tvrđave u slobodan i svetao, ali nepoznat i pun opasnosti pro-

¹¹) Tako prof. Živojin Perić ističe: „Sudija, za jedno duže ili kraće vreme po kodifikaciji, nije ništa drugo do jedan običan posrednik između zakonodavca i pojedinaca, kojima ima, kao neki fonograf, samo da ponovi reči zakonodavčeve... ali, ukoliko se više udaljimo od doba kodifikacije, ukoliko se odnos u životu više komplikuje, utoliko i kodifikacija postaje sve nedovoljnija i nepotpunija, i ono pitanje o vlasti i ulozi sudije kod sporova za čiju raspravu zakon ne sadrži materijala sve se češće pojavljuje i postaje sve akutnije”. O školama u pravu, Beograd, 1921, str. 13.

Kao i Perić, G. del Vecchio ističe: „Nema sumnje da je jus scriptum — podrazumevajući pod ovim izrazom pravo izdano od zakonodavca i takođe, ako se hoće, skup običaja i jurisprudencije — nedovoljno da uhvati stvarnost koja se stalno obnavlja, i da pruži rešenja za sve nove pojave socijalnog života”. Kriza pravne nauke, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1933, str. 178.

¹²) Arnold Tojnbi ističe: „Savršeno konsistentna formulacija zakona odista je inherentno nemoguća pošto bi i najpreciznije i najsvatljivije intelektualne operacije najuniverzalnijeg pravnog genija bile nedovoljne da se nose sa suptilnošću i složenošću konkretnih ljudskih aktivnosti kojima se moraju baviti pravnikove apstrakcije”. Istraživanje Istorije, tom drugi, Beograd, 1971, str. 70.

¹³) Platon, Zakoni, knjiga IX, 857 C.

¹⁴) Živan. Spasojević; Živojin Perić kao civilista, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1938, sveska za januar-februar, str. 12.

stor. Zahvaljujući njemu mi danas u pravu nesumnjivo imamo više nauke, ali i manje spokojstva”¹⁵ ¹⁶.

Kada se u primeni pravnih normi, u prvom redu, počelo da gleda na ostvarenje društvenih ciljeva **tumačenje prava**, koje daje veliki doprinos tom ostvarenju, izbija u prvi red naučnog ispitivanja. Izučavanje tumačenja omogućuje ne samo bolju primenu prava, pravnih normi, već dovodi i do boljeg shvatanja same suštine prava.

Pravo je idealna i apstraktna manifestacija onoga što bi trebalo da bude, tj. onakvih društvenih odnosa kako ih je zakonodavac zamislilo da bi ostvarilo posredne i neposredne ciljeve zbog kojih postoji i državno uređenje, ili drugim rečima, apstraktno formulirano kao kompleks onoga što treba da bude pravo se mora ostvariti. Svojim ostvarenjem pravo izvršava svoju funkciju u društvu zadovoljenje interesa vladajuće klase. Ostvaruje se u konkretnosti društvenog života tako što reguliše određene njegova područja, što se određeni društveni odnosi odvijaju onako kako ih je zakonodavac predvideo, da bi se svi odnosi kasnije usmerili u pravcu zadovoljenje interesa vladajuće klase. Znači, pravo se ostvaruje svojim delovanjem, tj. regulisanjem društvenih odnosa — povezivanjem svoje apstraktnosti s konkretnošću onih društvenih odnosa koje treba da reguliše. Pravo se mora vratiti u onu dimenziju iz koje je potekao i podsticaj za njegovo nastajanje — konkretnost društvenog života¹⁷.

Povezivanje prava s društvenim životom u praksi izaziva veliki broj problema, jer pravo reguliše najsloženije, najkomplikovanije, najosetljivije i najtananije odnose među ljudima, mada na prvi pogled izgleda sasvim jednostavno da se društveni odnosi odvijaju prema zahtevima sadržanim u pravnim pravilima. U domenu svoje relativne samostalnosti, razvijajući se po posebnim zakonima svog razvitka, pravo je apstraktno, hipotetično, simplificirano i statično. Društveni život, odnosno pojave iz kojih se on sastoji a koje pravo reguliše su konkretne, kompleksne, faktične i dinamične. Da bi pravo moglo da obavlja svoju funkciju u društvu, tj. da se društveni odnosi odvijaju onako kako ih je zakonodavac predvideo, navedene suprotnosti koje karakterišu odnos prava i onih pojava društvenog života koje pravo reguliše, moraju se razrešiti. Ali to razrešenje ne odvija se samo po sebi, već pomoću ljudi, članova tog društva, koji pravo primenjuju zato što

¹⁵ Božidar S. Marković, Miodrag Toutsakovitch, *Elaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Géný*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1939, sveska za april, str. 375.

¹⁶ Kao antipod ranijem gledištu o mehaničkoj funkciji suđenja nova doktrina priznajući sudiji određenu slobodu u stvaranju pravnih normi različito je određuje. Jedna gledišta ističu slobodu sudije samo u slučajevima zastarelosti zakona, postojanja pravnih praznina; druge, zahtevaju apsolutnu slobodu sudije i nemogućnost postojanja opšteobaveznih, unapred predviđenih pravnih pravila.

¹⁷ Pravo nije isključivo sociološki ali isto tako ni isključivo pravni fenomen. Ono sadrži u sebi i jedno i drugo svojstvo. Sociološko je po svome poreklu ali i normativno po svome izrazu. Pravne teorije koje ne vode dovoljno računa o toj vezi sociologije i prava o njihovom respektivnom domenu, već pravo svode na seriju strogih i nepokrenih zapovesti pokušavajući da ga zastave i okamene u definitivnim shemama, stvaraju samo konfuziju pojmova i u velikoj meri svoje poglede grade na fikcijama. To se isto može reći i za teorije koje u pravu vide isključivo sociološki fenomen.

im je to društveni zadatak ili se nalaze u onim situacijama za koje pravo propisuje određeno ponašanje. U tom procesu razrešenja potrebno je ukloniti sve probleme koji nastaju iz suprotnosti apstraktnosti-konkretnosti, hipotetičnosti-faktičnosti, simplificiranosti-kompleksnosti i statičnosti-dinamičnosti¹⁸.

Povezivanje prava s društvenim životom ima dva aspekta: subjektivni i objektivni. Tumačenje i primenu prava. Oba aspekta zajedno ostvaruju pravo; te se u njima ispoljava izvršenje njegove funkcije u društvenom životu. Nas ovde interesuje samo subjektivni aspekt — tumačenje prava.

Tumačenje je potrebno da se apstraktna norma poveže s konkretnim slučajem, na najbolji mogući način, i adekvatnom primenom pravne norme postigne određeni neposredni cilj izazivajući određene društvene posledice koje predstavljaju ostvarenje opšteg cilja države. S druge strane, posredni cilj određuje način tumačenja koje o njemu treba da vodi brigu povezujući pravnu normu s konkretnošću društvenih zbivanja, da se u okviru posrednog realizuje onaj neposredni cilj, koga je imao na umu zakonodavac kad je apstraktno formulisao datu pravnu normu.

Shvatajući pravo kao „svet večitog stvaranja”,¹⁹) kao ljudsku misao o „pravdi” proizašlu iz određenih društvenih odnosa na određenom stepenu razvoja društva, koja se menja s promenom datih odnosa, tumačenje prava može ostvariti svoju funkciju u društvenom životu, kao subjektivni aspekt ostvarivanja prava, samo ako se shvati kao stvaranje, kao neprestana aktivnost duha, odn. kao stvaralačka aktivnost uopšte. Tako shvaćeno, tumačenje je ne samo razumevanje već i stalno izgrađivanje i prilagođavanje posredstvom jedne formule. Prilagođavanje obuhvata objašnjenje norme, objašnjenje nejasnog ili dvosmislenog, ali isto tako i adaptiranje, tj. dopunjavanje, što se postiže putem niza argumenata među kojima analogija zauzima prvo mesto.²⁰) Na taj način tumačenje je u stalnom dodiru s društvom akt večitog obnavljanja.²¹)

Tumačenje se može u vrlo malom delu urediti pravnim normama. Najveći deo tumačenja upravlja se prema onim pravilima druš-

¹⁸) Opširnije o navedenim suprotnostima između prava i društvenih odnosa koje pravo reguliše vidi kod prof. Olega Mandića, *Sistem i interpretacija prava*, Zagreb, 1971, str. 116—140.

¹⁹) Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke (Enciklopedija prava)*, Beograd, 1933, str. 313.

²⁰) Ako se tumačenje shvati kao jedna stvaralačka aktivnost onda nema mesta za razlikovanje tumačenja i analogije po suštini. To ne isključuje njihova spoljašnja razlikovanja, tj. i čisto formalne razlike mogu imati svog opravdanja i smisla i da se tu može naći mesta za razlikovanje tumačenja i analogije.

Analogija je na taj način jedan oblik tumačenja, oblik stvaralačke aktivnosti, i to oblik u kome se pojavljuje ekstenzivno tumačenje. Kada se za polaznu tačku uzme *ratio legis* onda ne može biti razlike između ekstenzivnog tumačenja i analogije. Ali ipak, može se govoriti o širem tumačenju kao tumačenju koje uzima šire značenje reči i napraviti razlika između ekstenzivnog tumačenja i analogije, što ekstenzivno ne ide preko značenja reči, dokle analogija ide. Vidi: Đorđe Tasić, prikaz knjige Norberto Bobbio, *L'Analogia nella logica del diritto*, Arhiv za pravne i društvene nauke, sveska za juli-avgust, 1940, str. 153—154.

²¹) O tumačenju kao stvaralačkoj aktivnosti vidi: Norberto Bobbio, *L'Analogia nella logica del diritto*. Torino, 1938.

tvenog shvatanja (na pr. pravila gramatike, logike, celishodnosti, korisnosti) koja se nalaze daleko izvan područja prava i deluju samo snagom svoje uverljivosti. Upravo zbog toga tumačenje je područje gde nauka ima daleko važniju reč od normi. A to opet znači, da je naučno obrazovanje pravnika jedan od glavnih uslova za pravilnu primenu pravnih normi.²²⁾

Treba imati na umu jednu važnu činjenicu da je tumač prava čovek od krvi i mesa, a ne neka apstraktna, bezlična tvorevina, koji tu funkciju obavlja u zavisnosti od svojih sposobnosti, sklonosti, pravnog obrazovanja i stručnosti. Dakle, u tumačenju prava dolaze do izražaja kako subjektivni elementi koji su povezani s njegovom ličnošću, tako i objektivni elementi koji se odnose na stupanj njegovog pravnog obrazovanja i stručnost stečenu radom na stvarivanju prava.²³⁾

Učenje o tumačenju važno je i za formulisanje pravnih normi, jer redaktori normi moraju biti tačno obavješteni o tome kako u praksi deluju norme kojima oni daju život.²⁴⁾

Međutim, iz gore rečenog ne smemo izvući pogrešan zaključak da se pravni problem može rešavati i rešiti samo kroz pitanje tumačenja, iz prostog razloga što mi ma koliko tumačenju dali široko značenje, ono će uvek predstavljati uzan okvir za prava teorijska razmatranja. Tumačenje se u prvom redu tiče uloge sudije, koji je u rasporu snage samo jedan deo celine, države. Pitanje tumačenja je samo jedno od pravnih pitanja koje deli sudbinu rešavanja osnovnih pitanja države i prava, neophodnih mehanizama bez kojih ne može biti ni društvenog života u jednoj fazi razvoja društva. Na taj način problem tumačenja može se rešiti samo sa rešavanjem i određivanjem stava nauke prema društvu, državi i pravu. Dakle, radi se o problemima koji izlaze iz granice tumačenja i koje ono zato i ne može rešiti.

²²⁾ Mihailo Vuković, Interpretacija pravnih propisa, Zagreb, 1953, str. 7.

²³⁾ Oleg Mandić, cit. delo, str. 116—140.

²⁴⁾ Govoreći o značaju jezika kojim se zakoni pišu prof. Mehmed Begović ističe: „... sve se češće zaboravlja jedan važan elemenat svakog zakona: zakon mora da bude jasan. Svakome. A zakoni se danas pišu sve brže i nestrpljivije, zanemaruju se jezik zakona. Kad se zanemari jezik, strada misao, znači: strada suština zakona. A zakoni se ne pišu samo za pravnike već i za narod: i običan čovek koji nema velike škole mora da shvati sve što piše u zakonima. To je njegovo osnovno pravo. Nije tek tako nastala ona stara narodna izreka: jasno kao u zakonu! To nije puka formalnost: zakon odista mora da bude, pre svega jasan. Pravnik koji piše zakon mora da zna dobro jezik. Mora da uđe u sve njegove finese. Da bi to postigao mora da čita, da čita, da stalno čita pisce svoga jezika da bi znao stvarnu izražajnu moć jezika. Najjače sredstvo pravnika je njegov jezik: on je njegov prvi instrument. Stendal je, čak, preporučivao francuskim piscima da stalno čitaju francuski Građanski zakon koji je bio i stao čuven po tome što je sve u njemu bilo rečeno kratko i jasno, divnim i iznad svega razumljivim, pročišćenim jezikom...“

Pravnici često zaboravljaju baš to: koliko oni sami mogu u rđavom smislu da utiču na druge — zakonom koji je napisan osakaćenim, činovničkim jezikom! (vidi: „Politika“, 6. IV. 1975, str. 17).

MIROLJUB D. SIMIC
assistant à la Faculté
de Droit de Niš

LE RÔLE DU JUGE DANS L'INTERPRÉTATION DU DROIT

R é s u m é

Quand au tournant des siècles, au passage de XIXème au XXème siècle, a été dédoliée l'ancienne doctrine traditionnelle relative au droit en tant qu'ensemble fermé et entièrement logique et fonction mécanique du jugement, la doctrine relative à l'interprétation du droit a surgi au premier plan de l'examen scientifique. Depuis la découverte de l'élément sociologique dans le droit, ce fondement réel d'où le droit a tiré sa source et auquel doit servir le droit, l'interprétation du droit a pour fonction de relier la norme en tant que manifestation idéale et abstraite de ce qui doit être avec le cas concret et provoquer des conséquences sociales déterminées. Cela entraîne des difficultés déterminées dans la pratique et l'interprétation peut les dépasser si elle est conçue comme création, en général comme activité créatrice. En tant qu'activité de l'esprit incessante qui ne se limite pas seulement à l'explication de ce qui est confus ou ambigu dans la norme mais qui tend à la compléter et l'adapter par le moyen d'une formule. Ce n'est que lorsqu'elle est ainsi conçue que l'interprétation peut répondre à son devoir social.

L'importance de la doctrine relative à l'interprétation doit être considérée dans les cadres réels, c'est-à-dire son importance ne doit être exagérée. La question de l'interprétation est une question juridique dont la solution dépend de l'attitude prise par la science à l'égard des questions fondamentales de l'Etat et du droit.