

*Мр Сузана Медар*

**ТРАДИЦИОНАЛНО И САВРЕМЕНО  
СХВАТАЊЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА  
- Општи поглед на две опречне  
методолошке оријентације -**

UDK 340.12

---

## **Апстракт**

Између теоријских схватања о тумачењу права и поимања, како целине правне појаве, тако и низа парцијалних проблема правне теорије, постоји узајамни утицај. Задатак рада је, да уз осликовање основних методолошких ори-

јентација у тумачењу права, покаже како су оне повезане са одговарајућим схватањима о изворима права, правним празнинама, закону, принципу поделе власти, природи судске активности и правним вредностима.

**Кључне речи:** Конструктивна метода тумачења, социолошко-интересна метода тумачења, формални извори права, правне празнине, природа судског одлучивања, принцип поделе власти, правне вредности.

*Мр Сузана Медар<sup>1</sup>*

## **ТРАДИЦИОНАЛНО И САВРЕМЕНО СХВАТАЊЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА**

### **· Општи поглед на две опречне методолошке оријентације ·**

Деветнаести век означава победу легализма, правног позитивизма и формализма у филозофији права и правној науци.<sup>2</sup> Након двовековне владе природноправних гледишта, теоријско-правна полазишта бивају све више пребацити на тло позитивног, од државе издатог, права. Етатистичко виђење права, етатистички позитивизам је, отуда, још једна битна карактеристика ових схватања. Она се јављају као последица стварања великих кодификација, прилагођених потребама стварног живота, услед чега нема потребе за признавањем и призывањем неких виших, надпозитивних норми и принципа. Општи теоријски ставови, који се тичу суштине правне појаве, бивају пројицирани и у домен теоријских гледишта о тумачењу права. Уколико је сво право садржано у постојећем, позитивном законодавству, то и задатак тумачења права јесте ограничен на њега. У постојећим законима налазе се решења за сва питања која се у конкретној примени права могу постатити. На тој претпоставци гради своје схватање владајућа теорија о тумачењу права у XIX веку, која се уобичајено дели на три правца, односно школе. То су школа егзегезе у Француској, историјско правна школа и школа појмовне јуриспруденције у Немачкој.

<sup>1</sup> Асистент на Правном факултету у Нишу.

<sup>2</sup> Види Хаим Перелман (Chaim Perelman), Право, морал и филозофија, Београд, 1983, стр. 147-148.

На владајући правни позитивизам и формализам јавља се, у другој половини XIX века и почетком XX века, снажна реакција правне социологије, односно социолошки оријентисаних схватања у правној филозофији и теорији. Ово је условљено насталим променама у социјалном животу, које се више нису дале ухватити у оквир постојећих, "свеобухватних" закона. Побуна чињеница против кодекса<sup>3</sup> непобитно је показала да се право, једном отргнуто из реалних друштвених крећења и постављено на Прокрустов кревет фомалних закона, мора друштву вратити и из њега објашњавати. Право се тражи у социјалној стварности као правом, материјалном извору кога формални извори само изражавају. У теорији тумачења долази до преокрета који се огледа у надирању социолошко-интересне оријентације, изражене кроз научну школу, интересну јуриспруденцију и покрет слободног права. Тако крај XIX и почетак XX века, на подручју тумачења права обележава давање предности, наспрот "... аналитичком и формалистичком тумачењу закона, повољнијем за правну сигурност ... телеолошком и прагматичном тумачењу закона, које би пре свега водило рачуна о последицама, о правичности и о општем добру".<sup>4</sup>

Две означене групе схватања тумачења права присутне су и у савременој правној литератури, која их обележава различитим називима. Говори се о супротности између традиционалног, класичног и модерног, савременог схватања, између рационализма и еволуционизма, конструктивне и интересне методе, логицистичког и социолошког тумачења. Овако поједностављена подела мора се, свакако, узети само као релативно исправна, с обзиром да између разних варијанти две опречне групе схватања долази до извесних преплитања и приближавања.

Одређени методолошки приступ у тумачењу права зависан је како од схватања суштине правне појаве у целини, тако и од решења низа фундаменталних проблема правне теорије. С друге стране, постоји и повратни утицај, утицај методе тумачења на одговарајуће схватање бројних правно-теоријских питања. Неопходно је, због тога, уз осликање основних методолошких оријентација у тумачењу права, проговорити и о поимању извора права, правних празнина, закона, принципа поделе власти, природе судске активности, правних вредности.

---

<sup>3</sup> Види G. Morin, *La révolte des faits contre le code*, Paris, 1920.

<sup>4</sup> X. Перелман, оп. cit, стр. 218.

Традиционална, конструктивна метода тумачења неизбежна је последица легалистичког схватања права, његовог својења на правно правило, односно норму. Релевантност се даје само формалним изворима права, а као такви се признају само закони, или бар формални извори признати од законодавца.<sup>5</sup> Тако, историјско-правна школа, која се уобичајено означава као варијанта традиционалне методе тумачења, велику важност придаје обичају као извору права. Но, независно од тога, битна карактеристика ове методе је вера у потпуност правног поретка (садржаног искључиво у законима или у законима и обичају) и одатле изведену непризнавање постојања празнина. Вера у свезнање и свемоћ законодавца води негацији празнина које проистичу *ab initio*, од времена доношења закона. Сви случајеви које законодавац није специјално нормирао потпадају под опште норме, што се аргументује државном сувереношћу која је неограничена и потпуна.<sup>6</sup> Поред овога, као најчешћи аргумент за тврђњу о немогућности постојања правних празнина истиче се учење о "правно празном простору", по коме је људско понашање које није ни позитивно ни негативно регулисано правним нормама, с правног гледишта потпуно ирелевантно.<sup>7</sup>

Друга врста празнина, празнине које настају доцније, по кодификацији, признају се на један особен начин, који показује да су оне више привидне него стварне. Ово објашњава начин њиховог попуњавања, који не тражи да се прекораче границе закона, односно правног поретка. Празнине могу постојати евентуално у законима, али не и у правном поретку као целини.<sup>8</sup> Оне се попуњавају најпре аналогијом, односно применом правног правила предвиђеног за случај сличан ономе који није регулисан законом (законска аналогија).<sup>9</sup> Ако то није

<sup>5</sup> Види Ђорђе Тасић, Методи или школе тумачења, Избор расправа и чланака из теорије права, Београд, 1984, стр. 325.

<sup>6</sup> Види Миодраг Туцаковић, Проблем законске и правне аналогије, Бранич 1/2/1936, стр. 23. Види и потпуно валидну критику овог схватања које чини полазну грешку у поистовећивању појма државе и појма друштва. Са појмом државне суверености се, наиме, не коши постојање вандружавних односа, односа које законодавац не нормира правно, већ их оставља разним облицима друштвеног (моралног, обичајног, религијског) нормирања.

<sup>7</sup> Види Будимир Кошутић, Судска пресуда као извор права, Београд, 1973, стр. 115. Ту се као најжешће пристапице овог схватања наводе Бергбом (Bergbohm) и Бринц (Brinz) у XIX веку, а Сanti Романо (Santi Romano) у XX веку.

<sup>8</sup> Види *ibid*, стр. 10.

<sup>9</sup> По Ђорђу Тасићу је аналогија, у свом уобичајеном значењу, неспојива са конструкцијивном методом. "Применити исти пропис на случај јер је он само сличан, значи ... у ствари мењати вољу законодавчеву и примењивати пропис један и тамо где га он сам можда не би применио." Као критеријум који оправдава употребу аналогије, Тасић захтева не сличност случаја, већ идентичност по унутрашњој вредности, исти интересни положај, исти значај и вредност по лица у питању. Види Ђорђе Тасић, Интересна јуриспруденција, Избор расправа и чланака из теорије права, Београд, 1984, стр. 363. Критику овог схватања види у М. Туцаковић, оп. сиц, стр. 30, 72-75. По

могуће, прибегава се методи правне конструкције, односно извођењу решења из општих правних прнципа, "... латентних правила која на дахњују целокупан законски систем".<sup>10</sup> Ти прнципи, конструисани помоћу индукције из постојећих, регулисаних случајева, дају могућност да се њиховом применом унатраг, помоћу правила дедуктивне логике, добије одговор за све могуће случајеве.<sup>11</sup>

Модерна, социолошко-интересна метода тумачења претпоставља схватање права као реалног, друштвеног односа. Друштво ствара закон, а не обрнуто.<sup>12</sup> Због тога се утвђивање смисла права мора да извлачи "... директно из изучавања самог живота и његових координација, а не из формула, више или мање приближних, понекад нетачних, увек са празнинама".<sup>13</sup> Поред закона, у коме увек треба претпоставити дух слову, као услов за еволуцију права, признају се и други формални правни извори, или само облици испољавања права. Ту су, пре свега, обичај и јуриспруденција, али такође и природа ствари, идеја правде и правичности. Уз уставне, законске и подзаконске норме, које Перелман пореди са војницима у униформи, све већи значај добијају и борци без униформе - обичај, првне одредбе, изреке и општи прнципи.<sup>14</sup> Плуралистичко схватање правних извора не дозвољава поистовећивање читавог права са законским правом.<sup>15</sup> За Женија су формални извори права само несавршени, иако неопходни, симболи права које постоји изван њих и које произилази из природе ствари.<sup>16</sup>

При тумачењу формалних извора права мора се строго водити рачуна о њиховој везаности за материјалне изворе права, природу ствари

Живану Спасојевићу, који је своју докторску дисертацију посветио проблему аналогије (*L' analogie et l' interprétation - contribution à l' étude des méthodes en droit privé*, Paris, 1911), она је спојива са теоријом воље, с том карактеристиком да се њој не допушта да изађе из логике законодавчеве и њеног телескопског елемента.

<sup>10</sup> М. Туцаковић, оп. сиц, стр. 28.

<sup>11</sup> Интересантно, а у правној литератури незнатно третирано, је питање односа између правне конструкције и правне аналогије. Наиме, и правна аналогија почива на прнципима који доминирају целокупном организацијом права, на *ratio iuris*. Ово питање дотиче Миодрага Туцаковића, по коме је идентификација правне аналогије и дедукције нетачна. Наиме, док се код дедукције претпоставља заједнички појам у обе премисе (*terminus medius*), дотле се код аналогије захтева само слличност особина на основу којих се врши оцењивање. Види *ibid*, стр. 79.

<sup>12</sup> Види J. Cuet, *La vie du droit et l' impuissance des lois*, Paris, 1918. Слично се изјашњава и de Page када каже да "... закон , бар у домену нормативном, не ствара. Он није активан него пасиван". Henri de Page, *De l'interprétation de lois - Contribution à la recherche d' une méthode positive et théories en présence*, Paris - Bruxelles, 1925, I, стр. 312.

<sup>13</sup> Ђорђо дел Векио, Криза правне науке, Архив за правне и друштвене наука, Београд, 1933, стр. 185.

<sup>14</sup> Види X. Перелман, оп. сиц, стр.121, 147-148.

<sup>15</sup> О три главна начина формирања правних норми види у Иво Крбек, Закон као израз законодавчеве воље, Зборник Правног факултета у Загребу, XV/ 1-2, стр. 68.

<sup>16</sup> Види, François Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1913-1924, стр. 26-27.

односно једно објективно право које чињенице носе у себи. То је посебно неопходно у случају постојања празнина у правним изворима.<sup>17</sup> По Канторовичу (Kantorowicz), сваки закон садржи исто толико празнина колико и речи. Констатација да неки случај није предвиђен законом чини илузорним истраживање воље и намере законодавца. Од закона се не може тражити више него што он може дати. Аналогија, као средство попуњавања празнина, поставља се на сасвим другачију основу у односу на њено схватање у оквиру традиционалне методе. Она се сматра неопходном када се друштвене чињенице и владајуће идеје почну удаљавати од закона, будући да њоме треба омогућити продор нових друштвених чињеница у правни поредак. Резоновање по аналогији се не управља по формалној логици закона, већ по социјалној функцији права, тј. према задовољавању актуелних друштвених интереса.<sup>18</sup> Судија-тумач има да реши непредвиђени случај онако како то захтевају потребе стварности и правичности, поступајући онако како поступа и сам законодавац при формулисању правних правила.<sup>19</sup> Правне празнине се, зависно од варијанте савремене методе тумачења, попуњавају слободним научним истраживањем, вредновањем животних интереса и слободним правом, као специјалном врстом природног права.

Једна од основних премиса рационализма је вера у људски разум.<sup>20</sup> Традиционалне концепције тумачења схватају закон као писани разум, који садржи решења за све потребе друштвеног живота, ако не у свом слову, онда у свом духу, принципима израженим у кодексу. Предођба о свеобухватности закона једна је од последица схватања да је у

<sup>17</sup> По Перелману се проблем празнина у данашњем смислу речи јавља почев од француске револуције, када је, прихватавајући учења о подели власти, афирмисана надмоћ законодавне власти над судском. Пре француске револуције, у недостатку теорије о подели власти, судије су могле да обављају посао законодавца. Види Х. Перелман, оп. сиц, стр. 132.

<sup>18</sup> Види Живан Спасојевић, Нацрт једне опште теорије права, Београд, 1989, Увод - Божидар Марковић, Живот и мисао Живана Спасојевића, стр. 8.

Према школи интересне јуриспруденције, проблем празнина се решава аналогним преношењем законске вредносне оцене у закону решеног интересног конфликта на нерешени, спорни случај. Употреба конструкција, које су имале да прошире у недоглед илузију искључиве владавине закона, сведена је на најмању меру. Уместо законских конструкција, које су проширивале закон, почело се говорити о конструкцијама јуриспруденције, као специјалној судској технички која је имала за циљ сужавање закона. Види Миодраг Туцаковић, Појам позитивистичког правног позитивизма и његова критика, Правосуђе 9-10, 11, 12/1940, стр. 338.

<sup>19</sup> Види Михаило Константиновић, Методе правних конструкција и методе слободног истраживања права примењене на сукобе стрица и синовица, тетке и братанице, Правна мисао, 11-12/1937, стр. 573.

<sup>20</sup> О различитим схватањима те вере - апсолутној, релативној и формалној - у разним варијантама рационалистичке теорије види у Миодраг Туцаковић, Школе о интерпретацији права, Архив за правне и друштвене науке XXXIII, бр. 6/1936, стр. 548.

закону најесенцијалнија вольја законодавца.<sup>21</sup> Правно, односно законско правило је израз вольје у психичком смислу, те је при тумачењу одлучујуће оно што је речено у закону, као изјављеној вольји, односно намери законодавца.<sup>22</sup> По овом схватању, дакле, основа закона и полазна тачка при тумачењу је текст, као адекватан израз законодавчеве вольје.<sup>23</sup> Ово, тзв. субјективно тумачење потпuno извлачи закон из његовог друштвеног и идеолошког контекста, претварајући се у чисто логицирање, "... извођење пеливанских скокова на трапезу параграфа".<sup>24</sup>

Схватање закона у оквиру социолошке оријентације тумачења права постављено је на сасвим другачијим основама. Полази се од тезе о немоћи људског разума, а такође и разума законодавца да формулише унапред све могуће, будуће случајеве.<sup>25</sup> Као и свако људско дело и закон је несавршен, готово увек оптерећен нејасностима и празнинама. Врло често он само поставља неодређена правила, која нису ништа друго него упућивање на судијско нахођење.<sup>26</sup> Закон је "... само апроксимација онога што у ствари постоји, али никада права слика реалности...".<sup>27</sup> Закони се цене као објективна факта, независна од њиховог доносиоца. Једном донети закон се одваја од личности доносиоца и живи властитим животом. У закону није важна, на чињеници заповедања заснована, вольја законодавца, већ циљ коме заповедање тежи и пут којим оно хоће да оствари тај циљ.<sup>28</sup> Задатак тумачења је изналачење вольје самог закона, а не презумирање вольје законодавца<sup>29</sup>, проналажење објективног смисла који добија закон сам по себи у

<sup>21</sup> Види И. Крбек, оп.сит, стр. 67.

<sup>22</sup> Види Адам Лазаревић, Теорија тумачења закона и судска пракса, Архив за правне и друштвене науке XXVIII, бр. 4/1934, стр. 300.

<sup>23</sup> Види М. Туцаковић, оп. сит, стр. 547.

<sup>24</sup> Ђ. Тасић, Интересан..., стр. 369.

<sup>25</sup> Види Ђ. дел Векю, оп. сит, стр. 178. Види и Кошутићеву аргументацију о неодржности претераног наглашавања улоге закона а по основу, како предмета регулисања - сложених и врло динамичних друштвених односа, тако и начина регулисања - апстрактне правне регулативе у Б. Кошутић, оп. сит, стр. 110.

<sup>26</sup> Види Драгољуб Аранђеловић, Ehrenweig-ова гледишта о тумачењу и попуњавању закона, Банић, 1935, XXIII/1-12, стр. 3.

<sup>27</sup> Живан Спасојевић, О јуриспруденцији, Архив за правне и друштвене науке, јули 1912, стр. 407. У својој докторској дисертацији Живан Спасојевић је дошао до крајње тачке с којом се може доспети са социологизмом у праву - одбацивање појма закона као некорисног, јер закон је само небитан привремени оквир права. Оно што јебитно јесте метод којим се долази до правила, а не логички појам у које право заодева законодавац, јер и законодавац, као и тумач и судија, долази до правила историјско-социолошким методом. Спасојевић ће касније ублажити овај свој радикалан став, инсистирајући на неопходности и еквивалентности нормативног и социолошког елемента у правном феномену. Види, Живан Спасојевић, L' analogie..., 1911, стр. 145-146.

<sup>28</sup> Види Харолд Ласки, Политичка граматика, Београд, 1934, књ.1, стр. 418-419.

<sup>29</sup> Види А. Лазаревић, оп.сит, стр. 300.

одређеном времену и простору. Закону се по овој, тзв. објективној теорији има дати онај смисао који захтева социјални интерес и правда у датом моменту. Ова теорија не искључује испитивање законодавчеве воље, али јој одриче карактер свеприсутности и свемогућности. Она указује на природну, логичку ограниченошт субјективне теорије, будући да се врло често и не може наћи воља законодавца. Ауторитет законодавца треба разумети тако "... као да он увек разумно мисли и хоће да поступа најправичније, најпоштеније и најцелисходније".<sup>30</sup>

Традиционална метода тумачења, која је усмерена на истраживање воље и намере законодавца, готово нераскидиво је повезана са принципом поделе власти. Строго раздавање државне делатности на законодавство, управу и судство логична је последица победе буржоаских револуција у XIX веку. Апсолутизира се улога највиших, законодовних органа и њихова нормативна делатност. Демократски карактер власти се у систему поделе власти остварује кроз стварање унапред општих правних правила, од органа који најнепосредније изражавају вољу народа. Надмоћ закона и законодавне власти своди улогу тумача на просто оруђе за примену закона. У Француској је неко време након револуције постојала обавеза суда да се, у случају недоумица у погледу тумачења закона, обрати законодавној скупштини.<sup>31</sup> Овај захтев за тумачењем прописа, против кога је у самом старту био један од главних редактора закона, Порталис, трајао је релативно кратко, јер се, стварајући збрку међу властима, показао као лоше решење.

Преокрет у методолошкој оријентацији тумачења права крајем XIX и почетком XX века није захтевао одрицање од начела поделе власти, као гаранције слободе појединача, већ његово постављање на другачије теоријске основе. Оно се више не схвата као апсолутно, јер "... до краја изведену одводи немогућим консеквенцијама".<sup>32</sup> Ствара се ново теоријско објашњење принципа поделе власти, по коме се он не противи стваралачкој улози судије-тумача.<sup>33</sup> Основни аргумент у прилог тезе да је вредност принципа поделе власти само релативна је тај што

<sup>30</sup> Ђ. Тасић, Методи..., стр. 326.

<sup>31</sup> Види Х. Перелман, op. cit, стр. 132.

<sup>32</sup> М. Туцаковић, Проблем..., стр. 28.

<sup>33</sup> Види напр. François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, I, стр. 209. Henri de Page у својој другој књизи о тумачењу закона, *De l'interprétation des lois*, настоји да докаже да једно правилно схватање поделе власти не само што не спречава активну улогу судије, него је, напротив, нужно диктира.

би овај принцип могао важити апсолутно само под претпоставком да се друштво не мења и да је законодавац у стању да реши све проблеме на један рационалан начин.<sup>34</sup> Како је то несумњиво немогуће, то примењивач права добија деликатан задатак прилагођавања правила промењеним друштвеним приликама. Законодавна власт задржава првенство утолико што је претпоставка судије да је његово тумачење сагласно вољи законодавца увек оборива - *iuris tantum*. Законодавац је може оборити било доношењем интерпретативног закона<sup>35</sup>, било потпуно новим законодавством у тој области. Судија одлучује и у случају ћутања закона, али му се, установљењем обавезе образложења, и овде онемогућава да присваја законодавну власт.

Једна од најзначајнијих карактерних црта разликовања двеју методолошких оријентација тумачења чини положај судије и природа судског расуђивања. Традиционална, конструктивна метода тумачења повезује се са тзв. механичком јуриспруденцијом (*mechanical jurisprudence*)<sup>36</sup>. Судија се третира као "... уста која изговарају речи закона"<sup>37</sup>. Апсолутна послушност према закону своди судску активност на утврђивање воље законодавчеве искључиво логичком операцијом - силогизмом, у којој је пресуда закључак на основу ниже ивише премисе (конкретног случаја и опште, законске норме).<sup>38</sup> Уколико силогистички закључак није могућ (нпр. у случају празнина када недостаје општа норма, односно виша премиса), законодавчева воља се конструише из општих принципа правног система. У сваком случају, судија је логички аутомат који помоћу дедукције и конструкције решава све односе у друштву. Као лични идеал судије истиче се "... безосећајно мртво биће строго ограђено и изолирано од стварног друштвеног живота".<sup>39</sup> Судска пресуда је акт механичке примене права, без икаквог стваралачког утицаја. *Ius dicere et non ius dare* - судија не ствара право већ га само примењује. Тако се, у ствари, судија заклања иза законодавчеве воље.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Види Ж. Спасојевић, О јуриспруденцији, стр. 399.

<sup>35</sup> Види Ђорђе Тасић, О природи интерпретативних закона, Архив за правне и друштвене науке XIII, 5/1920, стр. 364.

<sup>36</sup> Види R. Pound, *Mechanical jurisprudence*, Landmarks of Law, N.York, 1960, стр. 101.

<sup>37</sup> Ch. Montesquieu, *De l' esprit des lois*, XI, стр. 6.

<sup>38</sup> О теорији силогизма види Julius Moór, *Das Logische im Recht*, Revue internationale de la théorie du droit, 1927/28, стр. 189-191. По њему је исправно оно схватање које у примени права види увек силогизам, али никада само силогизам.

<sup>39</sup> И. Крбек, оп. си, стр. 67.

<sup>40</sup> Види Ђ. Тасић, *Методи...*, стр. 370.

Два су основна аргумента која се истичу против ауторитета судске одлуке. Први, теоријске природе, указује на опасност да се признавањем стваралачког дејства судској делатности, отвори простор за самовољу судије и његово стављање изнад законодавца. Практичан разлог против ауторитета судских одлука види се у опасности од шаблонског одлучивања и некритичког примања тумачења датих од стране виших судова.<sup>41</sup>

Крај XIX и почетак XX века доводи до еволуције у положају судије у односу на закон, са захтевом активне улоге судије. Судија и даље остаје везан за закон, али се природа те везаности мења. То "... није више послушност без размишљања".<sup>42</sup> Стваралачка, креативна делатност се не може порицати ни при самом избору норме за конкретан случај, а камоли при њеној примени.<sup>43</sup> Закони су мање или више јасни и дају онима који их применеју мање или више широко овлашћење за тумачење. Постоји, при томе, обрнуто пропорционални однос између јасности и прецизности закона и овлашћења за тумачење.<sup>44</sup> Улогу ствараоца судији-тумачу посебно намеће обавеза суђења, "... јер ма какве биле привидне недовољности система, судија их мора одстранити, прецизирајући оно што је нејасно, решавајући антиномије, ублажавајући празнице".<sup>45</sup> Тако се остварује стална дијалектика, непрекидан дијалог између судске и законодавне власти.<sup>46</sup> Судија поступа као пуномоћник законодавчев,<sup>47</sup> чак као законодавац за појединачни случај.<sup>48</sup> У недостатку прецизног и јасног закона, он је министар правичности.<sup>49</sup>

<sup>41</sup> О овоме, као и о противаргументима види Ж. Спасојевић, оп. сиц, стр. 395-396.

<sup>42</sup> J. Cuet, оп. сиц, стр. 214.

<sup>43</sup> Оцена да ли конкретан случај обухвата чињенице описане у хипотези правне норме захтева креативност, јер се опис чињеница врши употребом неодређених појмова, чија се садржина утврђује у сваком конкретном случају. Види Б. Кошутић, оп. сиц, стр. 111.

<sup>44</sup> Види Х. Перељман, оп. сиц, стр. 22, 23, 92.

<sup>45</sup> Ibid, стр. 118.

<sup>46</sup> Ibid, стр. 118, 153.

<sup>47</sup> Види М. Тудаковић, Проблем..., стр. 27.

<sup>48</sup> Види Ж. Спасојевић, оп. сиц, стр. 407. О невалидности аргументата који се уобичајено истичу против стваралачке улоге судије у случају попуњавања правних празнина - преносење законодавне функције на судију и неједнако схватање правичности од стране судије - види у М. Константиновић, оп. сиц, стр. 573.

<sup>49</sup> Види F. Geny, Méthode..., II, стр.214-215. У ствари, када се законодавац позива на правичност судије као једини критеријум за одлуку, ту више и није реч о тумачењу, већ о ковању норме која није дата законом. Види Ђ. дел Векио, оп. сиц, стр. 180.

У погледу природе судског расуђивања истиче се неприхватљивост његовог својења на чисто логицирање, силогистичку операцију, из које је одстрањен сваки момент креативног одлучивања. Поред аналитичког расуђивања математичара, које иде увек од премисе ка нужним закључцима, судско расуђивање је и дијалектичко. Ово, уколико се правни систем схвати ка скуп "... образложења која, као у већању или дијалектичком расуђивању, оправдавају једну одлуку, улазећи у сми-сао мотива који су најјачи".<sup>50</sup> Судске одлуке се цене с обзиром на сврховитост правних институција. Тако се правно расуђивање показује као нераздвојно од свог друштвеног, политичког и идеолошког контекста. "Социолошка формација судије"<sup>51</sup> постаје неопходна. Забранити правнику интелектуално вежбање у способности супрапозитивно, било би тиранија, практично и људски немогуће.<sup>52</sup> Ширина овлашћења за тумачење, односно простор слободног деловања судије се у правној теорији и пракси различито одређује.<sup>53</sup> У својој активности прилагођавања права потребама стварности и правичности, судији се обично дозвољава област спонтаног стварања, како *sekundum legem*, тако и *praeter legem*. Граница прилагођавања система новим облицима живота и људских односа, представља директно вређање закона који је судија позван да разуме – поступање *contra legem*.<sup>54</sup> Овакво поступање дозвољава једино крајње екстремно схватање јуриспруденције Мањо (*Magnaud*), засновано на покрету слободног права.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> X. Перелман, оп. cit, стр. 154.

<sup>51</sup> H. de Page, оп. cit, II, стр. 315.

<sup>52</sup> Под правником не смејмо подразумевати само тумача важећег права, већ и "... биће које, у интегралности своје свести и универзалности свог разума, може и треба да храни у себи тежње правне, које у својој идеалности иду преко, и покаткада против позитивних правних одредаба". Ђ. дел Векио, оп. cit, стр. 187.

"Судац или управник не треба само да има очи за сам законски текст, већ и срце за социјалне, економске итд. односе, као и душу и осећај за правду и правичност." Иво Крбек, Дискрециона оцијена, Загреб, 1973, стр. 9.

<sup>53</sup> Постоје схватања по којима опсег судске слободе зависи од карактера закона који се тумачи. Тако се за тзв. "мрске" законе, оне који повлаче границу између слободе појединача и државних овлашћења, захтева строго, дословно тумачење, дакле, поступање у духу традиционалне методе. У осталим случајевима прихвата се становиште модерне, социолошке школе и дозвољава судији слобода да, с обзиром на сврховитост одређене правне установе, оправда једну одлуку супротну слову закона, али која одговара његовом духу. Види X. Перелман, оп. cit, стр. 119, Д. Аранђеловић, оп. cit, стр. 2. Интересантан начин омеђавања простора слободне интервенције налазимао је Henri de Page-а. По њему је, наиме, домен реалне технике, по правилу, потпуно забрањен интервенцији судије и резервисан акцији законодавца, док је домен нормативних правила и правила формалне технике широко отворен слободној активности јуриспруденције. Види М. Туџаковић, Појам..., стр. 405.

<sup>54</sup> "У име правичности јуриспруденција попуњава законе, прилагођава их времену и исправља, прецизира, чини савршенијим. Њен циљ није да противувречи законодавцу, ни да онемогућује његово дело." Henri de Page, A propos du gouvernement des juges, Bruxelles-Paris, 1931, стр. 179. У свом приказу овог дела Божидар Марковић запажа да оно чини један "... напор да се појму правичности да значај правне "константе" ... кроз коју се током историје остварује извесна "влада судије""". Архив за правне и друштвене науке, XXVII, 1-6/1933, стр. 344.

<sup>55</sup> Види М. Туџаковић, Школе..., стр. 551.

Пораст улоге судије и промена карактера његовог расуђивања довели су до тога да јуриспруденција добије јако на значају, како у теорији, тако и у пракси.<sup>56</sup> Једна од основних карактеристика социолошког по-зитивизма јесте да јуриспруденција постаје фетишом.<sup>57</sup> Међутим, она тиме не добија аутоматски карактер извора права. У том погледу се могу разликовати три групе схватања: она која признају стваралачки карактер судске пресуде, али јој одричу карактер секундарног, формалног извора права - француска научна школа, школа интересне јуриспруденције и покрет слободног права, она која признају судској пресуди карактер извора права - Келзен (Kelsen) и еголошка концепција Косија (Cossio) и она по којима је судска пресуда једини акт стварања права - Франков (Frank) реализам и Конов (Cohn) егзистенцијализам.<sup>58</sup>

Две опречне методолошке оријентације у тумачењу разликују се по свом приклњању одговарајућим правним вредностима. Класична метода тумачења, којој је циљ утврђивање воље законодавца (праве или презумпиране) има на својој страни правну сигурност, једнакост и једнообразност у примени правних норми. Строга привезаност за законски текст и одрицање слободе судији-тумачу гаранција су једнаког поступања у свим "истим" случајевима и одатле предвидљивости права и обавеза појединача. Критичари овог схватања истичу да се ту заправо не ради ни о каквој гаранцији, већ о неиспуњеној жељи, јер чињенице показују да тумачење путем истраживања воље и намере законодавца не отклања арбитерност судије и не обезбеђује извесност и сигурност у правном саобраћају.<sup>59</sup>

Еволуционистички карактер социолошко-интересне методе тумачења захтева прилагођавање права промењивим друштвеним односима. Неопходно је, због тога, оставити одређено поље слободе судији-тумачу и омогућити му да одлучује по правичности и целисходности, као и сам законодавац. Под правичним суђењем се подразумева прилагођавање правних правила особеним околностима сваког случаја и ублажавање.

<sup>56</sup> По дел Векиу "... би законодавство без јуриспруденције било празно, као што би јуриспруденција без законодавства била слепа". Ђ. дел Векио, оп. цит, стр.182. "...Треба потражити јуриспруденцију а не закон ако се жели да сазна право", изричит је Henri de Page у A propos... , стр. 148.

<sup>57</sup> "Исто као што је школа егзегезе претеривала са значајем писаног закона, исто тако позитивисти су претеривали са значајем јуриспруденције." М. Туцаковић, Појам... , стр. 410.

<sup>58</sup> Види Б. Кошутић, оп. сит, стр. 18-19.

<sup>59</sup> "Најбољи доказ за то је чињеница да су у истраживању воље законодавчеве врло угледни правници, у чије се способности и објективност не може сумњати, долазили до потпуно супротних резултата." М. Константиновић, оп. сит, стр. 572.

жавање ригорозности поједињих законских одредби, чија би дословна примена често могла одвести неправди.<sup>60</sup> "Сврха права није само правна сигурност, ... није само правда, схваћена као једнак поступак у ситуацијама суштински сличним, већ је и правично деловање, пошто се правичност сада схвата као подударност са тежњама средине."<sup>61</sup> Да би право остварило добро функционисање политичких и друштвених институција, неопходно је одлуку судије-тумача схватити као "... обликовање вредности којима је дато првенство међу онима које долазе у обзир (сигурност, регуларност и предвидљивост, правичност, заједничко добро и многе друге посебне вредности)".<sup>62</sup>

Социолошкој методи се обично замера да, проширујући слободу судије, губи у сигурности.<sup>63</sup> Интересантна је, међутим, критика са гледишта развоја друштвених односа, на коме се у социолошкој школи посебно инсистира. Истиче се, наиме, да неизвесност у решавању спорова доводи не до развоја правних односа, већ, напротив, до њихове стагнације. Овим се даље доказује унутрашња противуречност еволуционистичке доктрине.<sup>64</sup>

Недостаци које обе теорије тумачења показују у погледу заштићених вредности, упућују на опортуност њиховог комбиновања. То примењивачу права поставља деликатан задатак успостављања равнотеже између два противуречна захтева у правном поретку - правне сигурности и неопходне динамичности.<sup>65</sup> Указује се и на релативност разлике између ова два принципа. "У ствари, ... сигурност тражи прилагођавање, а у прилагођавању не може да се иде дотле да нестане сваког правила, и према томе, сигурности."<sup>66</sup> Тако се на крају разлика своди само на степен поштовања различитих вредности.

---

<sup>60</sup> Види А. Лазаревић, оп. cit, стр. 301.

<sup>61</sup> Х. Перелман, оп. cit, стр. 120.

<sup>62</sup> Ibid, стр. 154.

<sup>63</sup> По Тасићу би валидност овог аргумента била потпuna само ако би у закону било све садржано. Међутим, како постоје празнине и неодређености, то овај аргумент губи много у свом значају. Види Ђ. Тасић, Методи..., стр. 328.

<sup>64</sup> Види М. Туцаковић, Проблем..., стр. 26-27.

<sup>65</sup> Види Б. Кошутић, оп. cit, стр. 111.

<sup>66</sup> Ђ. Тасић, Методи..., стр. 326.

**Suzana Medar, LLM**  
Teaching Assistant

## **THE TRADITIONAL AND CONTEMPORARY CONCEPTION OF THE INTERPRETATION OF LAW**

- An overview of the two divergent methodological approaches -

### *Summary*

*There is a mutual impact and correlation between the theoretical conceptions related to the interpretation of law, including the understanding not only of the totality of the legal phenomenon but also of a series of partial problems in legal theory. This paper aims at presenting the two basic methodological approaches in the interpretation of law, and indicating how they are related to the corresponding conceptions in the sources of law, legal gaps, legislature, the principle of the separation of power, the nature of judicial activity and legal values.*

Key words: *constructive method of interpretation, socially beneficial method of interpretation, formal sources of law, legal gaps, nature of judicial decision, principle of the separation of power, legal values*

