

Др. Саша Б. Бован*

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО ВРЕДНОВАЊЕ НА ОСНОВУ КОНТЕКСТА ПРИЛОГ КОНСТРУКТИВНОЈ ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА

У раду се трага за одговарајућим одређењем тумачења права полазећи од Хајдегерове инверзије телеолошког односа између тумачења и разумевања, те од разликовања значења и значаја неког значења за тумача, на чему инсистирају Е. Бети и Е. Д. Хириш. Овај приступ, утемељен на својеврсном критичком еклектизму, заснива се и на укритању лингвистичке прагматике и вредносне јуриспруденције Алфа Роса.

Позивањем на Хајдегера истиче се разлика између разумевања (откривање значења) и тумачења (објашњење значења) како би се наговестила тежина херменеутичког задатка. Позивање на Бетију и Хириша иде у правцу решења за које аутор сматра да надилази и превазилази спор између интенционализма (Шлајермахер) и антиинтенционализма (Гадамер). Отуд истиче контекстуални карактер тумачења, уз критику постојећих гледишта о контекстуализацији тумачења. Најзад, помоћу синтагме „објашњење значења“ и позивањем на лингвистичку прагматику те вреднујућу јуриспруденцију А. Роса, излаже се идеја тумачења као вредновања, али које је увек вредновање на темељу неког контекста (функционалног, ситуационог, индивидуалног). У раду се истиче и значај оваквог одређења тумачења за општу херменеутику у погледу издвајања новог херменеутичког канона (канон преиспитивања тумачења) који је метод суочавања са контекстуалном и аксиолошком природом тумачења, и за јуристичку херменеутику, у правцу комплекснијег захватања два кључна проблема ове дисциплине: питања природе јуристичког закључка и питања технологије (поступка) извођења тог закључка (канони, аргументи тумачења права).

Кључне речи: *Правна херменеутика. Природа тумачења. Појам тумачења права. Контекстуални и аксиолошки карактер тумачења права.*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета у Београду, bovan@ius.bg.ac.rs.

1. ХАЈДЕГЕРОВА ИНВЕРЗИЈА ТЕЛЕОЛОШКОГ ОДНОСА ИЗМЕЂУ ТУМАЧЕЊА И РАЗУМЕВАЊА

Традиционална херменеутика почива на „природном“ телеолошком односу тумачења и разумевања, где је тумачење (*interpretatio*) средство за постизање разумевања (*intelligere*). Темелна претпоставка заснивања овог односа је наивна латинска максима „у јасноћи се не тумачи“ (*in claris non fit interpretatio*).¹ По овом гледишту, тек када неко место у тексту нисмо схватили, ми прибегавамо тумачењу које је природни *telos* разумевања. Тумачење према томе претходи разумевању и то на начин да се стапају у стандардном одређењу где се тумачење дефинише као откривање значења, тј. смисла неке поруке (правне норме), или како Е. Бети каже, тумачење је довођење до разумевања.² Наравно, ово гледиште не треба банализовати. Наиме, и сам Бети каже да „говор ближњег не треба схватити као физички предмет, који је готов за употребу, па га треба само прихватити“.³ Међутим, овај приступ истиче несавршеност језика као кључну препреку успешног разумевања. Овде се истиче да постоје неки други и битнији разлози који отежавају разумевање, разлози који бацају другачије светло на функције тумачења и однос разумевања и тумачења. Ти разлози се огледају у контекстуалној и аксиолошкој природи тумачења. Чини се да је у изложеном правцу М. Хајдегер дао немерљив допринос заснивању једне нове херменеутике.

Хајдегер је изокренуо телеолошки однос између тумачења и разумевања, тако да разумевање није последица тумачења, односно тумачење није тек расветљавање разумевања него откривање пројектованих могућности садржаних у разумевању.⁴ Дакле, разумевање сада претходи тумачењу које се схвата као разрађено, прерађено разумевање (тумачење као раз – лагање нечег већ имплицитно предразумљеног: *Aus – einander – legung*). Тумачење је заправо самоусвајање разумевања. У њему разумевање разумевајући усваја оно што је разумео.⁵ Према томе, пошто је разумевање нека врста претходног (првобитног, изворног) поимања,⁶ тумачење је његово

¹ Како истиче М. Хесе „језик и мисаони облици које проучавамо нису разумљиви сами по себи без тумачења, а наш властити језик и мисаони облици нису прилагођени да им одговарају, па је зато тумачење увек проблематично и скопчано са извргањем смисла“, Mary Hesse, *Revolutions and Reconstructions in Philosophy of Science*, Brighton 1980, 168.

² Емилио Бети, *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Нови Сад 1988, 60 61.

³ *Ibid.*, 61.

⁴ Мартин Хајдегер, *Битак и време*, Београд 2007, 184.

⁵ *Ibid.*,

⁶ Хелмут Фетер, *Херменеутички огледи*, Београд 2000, 37, Данило Баста, „Херменеутика и право“, *Гледишта* 3 4/1990, 98; Ерик Доналд Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983, 148 160.

самоосветљење. У крајњој линији, Хајдегер прави разлику између разумевања као откривања значења и тумачења као објашњења тог значења (тумачење као продубљено разумевање).

Као и код Дилтаја, и код Хајдегера разумевање израста из практичних интереса и придаје му се велики значај.⁷ Међутим, код Дилтаја то је елементарно разумевање које израста у теоријско *intelligere*, тј. засебну методу духовних наука, што значи да има наглашено епистемолошки карактер (природу објашњавамо, друштвени живот разумевамо – идеја водиља В. Дилтаја). Насупрот томе, Хајдегер одређује разумевање као моћи – бивствовати.⁸ У контексту његове херменеутичке феноменологије то значи да оно има, како истиче Д. Баста, карактер „фундаменталног егзистенцијала“.⁹ Према томе, разумевање је питање опстанка, тј. начин егзистенције тубивства (човека), или како то Хајдегер „уме“ да каже: „Разумљење је егзистенцијални битак властитог моћи – бити тубитка самог“.¹⁰ У својим предавањима из херменеутичке фактичности (1923. год.) он изражава исту идеју са позивом на опстанак (фактичност) тако да је разумевање сада „Како самога опстанка (будност опстанка за себе самога)“.¹¹ Егзистенцијални значај разумевања, где је оно експонент бриге за сопствени опстанак, начин на који нам се обзнањује фактичко, указује на значај и деликатност тумачења: тумачење није тек *tehne* разумевања, већ је бригаује разумевања, односно „бивствујуће бића самога фактичкога живота“.¹²

Овим долазимо до кључне категорије Хајдегерове херменеутике, до појма који нам најпрегнантније указује на суштину и значај тумачења. То је појам предразумевања.

Полазећи од предразумевања као основне херменеутичке категорије Хајдегер уводи у херменеутику на велика врата идеју контекста тумачења, наравно у трансценденталној интерпретацији.¹³ Али, не само то. Предразумевање је појам који указује на тежину херменеутичког задатка и могућност самонеспоразума у разумевању с обзиром на контекст тумачења, односно појам који објашњава и оправдава инверзију телеолошког односа између тумачења и разумевања.

⁷ Х. Фетер, 36.

⁸ М. Хајдегер, 184.

⁹ Д. Баста, 98.

¹⁰ М. Хајдегер, 180.

¹¹ Мартин Хајдегер, *Онтологија херменеутика фактичности*, Нови Сад 2007, 21.

¹² *Ibid.*, 22. О односу разумевања и тумачења код Хајдегера у: Жан Гронден, *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010, 141 148.

¹³ М. Хајдегер, 186 187.

Наиме, тумачење као самоусвајање разумевања за Хајдегера постаје рефлексивно освешћење сопствене предструктуре разумевања: „Оно разумљено, које је у предимању држано и предвидно – опрезно визирано, тумачењем постаје појмљиво“.¹⁴ Имајући у виду чињеницу да је опстанак погођен склоношћу да се мимоилази са самим собом, да је тумачење откривање или израда у разумевању пројектованих могућности, наше се разумевање може преварити, што значи да неспоразум у разумевању није изузетак већ правило. До заблуде долази пре свега када наше неосветљене предрасуде (предразумевање као суд донет пре коначног испитивања свих аспеката неке тематике – предмњење тумача, и важније, предразумевање као контекст тумачења тј. као извор пројектованих могућности – предструктура разумевања) загосподаре оним што је својствено тексту и прикрију га. Наравно, поента није у томе да се предструктуришућа протумаченост искључи из интерпретације него расветли на прави начин, јер је она заправо кључни извор интерпретативних питања. У том правцу Ж. Гронден каже: „Дакако, Хајдегерову интенцију не треба схватити погрешно, у смислу да се тумачење текста исцрпљује у рашчлањивању тумачевог субјективног предразумевања текста, готово без обзира на тумачени текст. Интерпретација која, ипак, смера на докучивање нечега другог, тада би се изродила у чудновати монолог тумача са сопственим предразумевањем“.¹⁵

Према томе, основни задатак тумачења је учинити прозирном сопствену херменеутичку ситуацију и суочити се са позадинском протумаченошћу текста (тумачење као истовремени процес суочавање интерпрета са сопственом субјективношћу и са контекстом тумачења), што можемо постићи само путем истинског дијалога који се успоставља између текста и тумача, али тумача који припада својој традицији у односу на коју се мора дистанцирати. Или, како то истиче Х. Фетер, тумачење се „не тиче само односа неког појединог субјекта према каквом тексту, него и односа неког субјекта који припада својој традицији према њеном усвајању“.¹⁶ Слично каже Ж. Гронден: „Дакле, предструктуру која је изграђена путем тумачења, а која се на тај начин уздиже, треба такође унети у поставку интерпретације“.¹⁷ Коначно, полазећи од могућности самонеспоразума у разумевању, инверзија телеолошког односа између тумачења и разумевања постаје нужна а састоји се у томе што разумевање претходи тумачењу и састоји се у откривању смисла, тј. језичког значења неког текста (поруке, правне норме). Након тога следи суочавање са предструктуром разумевања тј. тумачење које се

¹⁴ *Ibid*, 186.

¹⁵ Ж. Гронден, 146 147.

¹⁶ Х. Фетер, 39.

¹⁷ Ж. Гронден, 148.

испољава као објашњење значења, односно као откривање контекстуалног значења (откривање значења текста полазећи од одговарајућег контекста), када се тумач суочава и са својом субјективношћу. Наравно, овде је из аналитичких разлога, и ради истицања суштине и значаја тумачења, указано на две фазе процеса тумачења, које се у пракси одвија као јединствен процес.

На овоме месту потребно је поменути Х. Г. Гадамера,¹⁸ који је до краја изоштрио и радикализовао проблем предрасудности разумевања чињеницом да је предрасуде прогласио условима разумевања, чиме је у исто време придао велики значај идеји о контекстуалном карактеру тумачења.¹⁹ Он је заправо на свој начин, полазећи од Хајдегера, наново указао да се разумевање и тумачење никада не одвијају у херменеутичком вакууму где чиста свест „ради“ са чистим предметима. Тај простор испуњавају наше предрасуде (оправдане – предрасуде ауторитета, и неоправдане – предрасуде превелике журбе, пристрасност) које надилазе интерпрета.²⁰ У борби да се разлуче продуктивне предрасуде које омогућавају разумевање, од оних непродуктивних које доводе до неспоразума, у том између, настаје херменеутика.²¹ Део овог сложеног односа (борбе), заправо кључни херменеутички задатак је сучељавање расветљених предрасуда и текста. Читав овај процес се одвија у једној врсти дијалога (Гадамер – замисао потпуности), неке врсте заједништва и усаглашавања интерпрета и аутора текста.²² Херменеутички захват је заправо покушај синтезе, продор у предање у којем се стално посредују прошлост и садашњост, али

¹⁸ Имајући у виду циљеве рада, Хајдегерово херменеутичко замисао биће представљена само кроз опус Х. Г. Гадамера. Осим тога, опште је место да после Гадамера у херменеутици нема нових, иновативних поставки. Како то сажето каже Борман: „In Gadamer's Werk hat die Hermeneutik wohl ihre letzte grose Ausprägung erhalten“, Claus von Bormann, „Hermeneutik I“, *Theologische Realenzyklopadie*, XV, (Hrsg. v. G. Muller), Berlin New York 1986, 130. Не треба заборавити наравно Пола Рикера, али ипак он не доноси ништа ново у односу на Гадамера. Његов познати став: „Путања неког текста измиче ограничавајућем животном хоризонту свог аутора. Оно што нам текст данас говори значајније је од онога што је аутор хтео да каже, и свако излагање развија своје намере у кругу неког смисла, који је раскинуто везаности за психологију његовог аутора“, уклапа се ипак у Гадамерово становиште, Paul Ricoeur, „The Model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text“, *Social Research* 3/1971, 534. Поменућемо још и Г. Мадисона и његову интерпретацију Гадамера кроз појам „трансценденције у иманенцији“ (Диркем ову позицију означава као агелички трансцендентализам), где се херменеутички предмет спаја са интерпретативним искуством (објективност текста не може се одвојити од субјективности тумача), Гари Б. Мадисон, „Критика Хиршовог појма ваљаности“, *Гледишта* 3 4/1990, 75, 78. О осталим струјама у херменеутици, Ж. Гронден, 23 24

¹⁹ Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода, Основи филозофске херменеутике*, Сарајево 1978, 310.

²⁰ *Ibid.*, 310 313.

²¹ *Ibid.*, 329.

²² *Ibid.*, 327.

на начин да свако време (садашњост) садржаје предања (прошлост, текст који се тумачи) разумева другачије управо због тога што се предрасудност (актуална традиција, контекст интерпрета) умеће између интерпрета и аутора текста.

Наравно, предрасудност разумевања неизоставно треба промишљати полазећи од два онтолошка принципа на којима се темељи Гадамерова филозофска херменеутика. То су: темпоралност битка (повесност разумевања) и језичност битка.

Темпоралност битка је принцип који говори о онтолошкој природи времена. Њиме се успоставља онтолошки јаз између прошлости и садашњости, што у херменеутици отвара простор за тумачењима неоптерећеним занимањем за првобитну намеру аутора. Како истиче Е. Д. Хирш, упадљива противречност овог приступа је у томе што Гадамер покушава да стопи прошлост и садашњост, а ипак инсистира на њиховој онтолошкој оделитости, односно што дозвољава могућност стапања хоризоната а у исто време инсистира на радикалном историзму (повесности разумевања).²³

Језичност битка подразумева да се текст одваја од писца и добија самосталну егзистенцију независну од било које појединачне свести и мишљења као таквог. Радикални историзам (предрасудност) нас упозорава на наивни објективизам (заправо суштински субјективизам) и методизам у тумачењу, али не може да заснује универзалност херменеутике без поставке о језичности бића, којом се у крајњој линији семантичка аутономија језика манифестује као метафизичка аутономија значења.

Све у свему, Гадамер из овога извлачи одговарајуће закључке. Први је да се процес разумевања схваћен на изложени начин опире покушају методизације.²⁴ Други, за нас овом приликом важнији, каже нам да процес разумевања и тумачења морамо посматрати као поступак конструkcије смисла а не тачне репрезентације смисла, и то, због традиције схваћене као предрасудност (легитимне предрасуде, ауторитет) која се умеће између аутора и интерпрета.²⁵

²³ Е. Д. Хирш, 287. Можда је у односу на ово питање доследнија позиција Мадисона И Рикера који у постмодернистичком маниру укидају напетост између текста и смисла ставом о јединству херменеутичког предмета и интерпретативног искуства (смисао текста не може се ни под каквим околностима одвојити од смисла који он има за нас; тумач као критеријум за смисао текста; смисао текста постоји само унутар свести која тумачи, итд.): Г. Б. Мадисон, 75, 78 79, Р. Ricoeur, 534; о односу Рикера и Гадамера код Francisco J. Gonzales, „Dialectic and dialogue in the hermeneutics of Poul Ricoeur and H. G. Gadamer“, *Continental Philosophy Review* 3/2006, 313 345.

²⁴ Х. Г. Гадамер, 324, 327, итд.

²⁵ О Гадамеровом схватању традиције у нашој новијој литератури вид. Саша Радојчић, „Гадамерово схватање традиције“, *Филозофија и друштво* 1/2009, 71 91.

Другим речима, Гадамер говори о функцијама традиције (предрасудности) у процесу тумачења првенствено како би засновао и развио свој антиинтенционалистички приступ тумачењу. Међутим, у исто време, на темељу појма предрасудности он заснива идеју о контекстуалном карактеру тумачења.

2. ТУМАЧЕЊЕ И КОНТЕКСТ

Дебата о Хајдегеровом и Гадамеровом моделу контекстуализације тумачења који почива на појму предрасудности (предразумевања) само је увод у причу о тешкоћама тумачења права, од којих су, по нама, оне везане за контекст и највеће (много веће него оне које се односе на несавршеност језика и недовршеност општих правних норми). На тежину херменеутичког задатка с обзиром на уметање контекста између тумача и аутора текста указује читава херменеутика. Међутим, можда је деликатност процеса тумачења с обзиром на ову околност најбоље изразио Шлајермахер својим чувеним универзализовањем неспоразума као усуда тумачења. Он заступа херменеутички програм „више метода“, односно залаже се за ригорознију методску праксу у тумачењу. Од Шлајермахера потиче упозорење да „херменеутичка правила морају бити више методска“,²⁶ односно формула коју неуморно потенцира у свим радовима да се „говор најпре разуме онолико добро колико га је разумео сам аутор, а потом и боље“.²⁷ Све ово значи да универзализовањем неспоразума Шлајермахер обара наивну претпоставку традиционалне херменеутике о томе како је разумљивост у комуникацији између два субјекта правило а не разумевање (неспоразум) изузетак. У крајњој линији, он је као нико пре њега у херменеутику на велика врата увео опрез и скепсу, тј. непобитно указао на непремостиву напетост између текста и означеног ауторовог значења и смисла који текст (узначено значење) има за тумача.

Међутим, овом приликом интересује нас шта је мотив Шлајермахеровог залагања за чвршћом методиком тумачења, односно зашто је родоначелник нове херменеутике стајао на становишту да разумевање никада не може бити потпуно и довршено, да је боље разумевање недостижни *телос* тумачења, те да напетост између аутора значења и интерпрета херменеутичка правила никада не могу у потпуности отклонити.²⁸ Другим речима, какав је то духовни повор који дели аутора неког текста и тумача који наводи Шлајермахера

²⁶ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik* (Hgrs. v. M. Frank), Frankfurt/M. 1977, 84.

²⁷ *Ibid.*, 94, 104.

²⁸ *Ibid.*, 81.

на закључак да је неспоразум кључна реч за утемељење читаве херменеутике,²⁹ због чега се и залаже за строжу праксу у тумачењу.

Наравно, прво имамо у виду несавршеност језика која је константа херменеутичког напора и на коју Шлајермахер непрестано указује формулом да се говор најпре разуме онолико добро колико га је разумео и аутор, а потом и боље. Међутим, ова формула крије једну општију и дубљу тешкоћу тумачења која израста из основног херменеутичког задатка како га одређује Шлајермахер, а састоји се у изокретању акта говорења како би се открила мисао која стоји у темељу говора, јер сваки говор почива на некој ранијој мисли (реконструктивна функција тумачења).³⁰ Имајући у виду ову околност Шлајермахер језик анализира са граматичке и психолошке (техничке) стране.³¹ На граматичкој равни херменеутике језик се посматра из тоталитета његове синтаксе, док се из психолошког угла језик посматра као израз нечега унутрашњег, тј. мишљеног. Међутим, поставља се питање да ли се психолошка страна језика, како је означава сам Шлајермахер, може свести на психологизирање.³² Мислимо овде на низ његових изјава где се језик посматра на начин модерне лингвистичке прагматике, што значи да се психолошка страна језика може посматрати као синоним за мишљено (премештање тумача у душу аутора) али и као синоним за контекстуалност (премештање тумача у контекст оног мишљеног). Он говори о томе да људи под једном те истом речју не подразумевају увек исто, о потреби читања између редова, и најзад, јасно и недвосмислено, о томе како сваки говор или писано дело треба објашњавати из целине живота његовог творца и културне епохе којој он припада.³³ Из изложеног, али и из чињенице великог утицаја који је на Шлајермахера имао његов учитељ Фридрих Аст,³⁴ чији је приступ тумачењу наглашено контекстуалан, можемо исто закључити и за Шлајермахерову херменеутику, односно можемо поуздано стати на становиште да неспоразум као усуд тумачења у великој мери упућује не само на тешкоће досезања унутрашње мисли аутора, већ и на тешкоће сагледавања контекста мишљеног.

Хајдегер је касније, на темељу своје трансценденталне интерпретације разумевања, поновио Шлајермахерову идеју о херменеутичком опрезу која се сада испољава као могућност самонеспоразу-

²⁹ *Ibid.*, 92, 328,

³⁰ *Ibid.*, 76, 78.

³¹ „Friedrich Schleiermachers Allgemeine Hermeneutik von 1809/10“, *Schleiermacher Archiv* 1/1985, 1276, према: Ж. Гронден, 111.

³² Међу специјалистима за Шлајермахера (Х. Кимерле, Х. Бирус, М. Потепа, В. Вирмонд, итд.) питање о томе шта треба подразумевати под „психичким“, још увек је актуелно.

³³ F. Schleiermacher, 335.

³⁴ Ж. Гронден, 119.

ма приликом суочавања са сопственом предструктуром разумевања. Међутим, чини се да могућност неспоразума Хајдегер види у једној другој околности, односно не само у тешкоћама реконструисања контекста ауторовог значења, већ пре свега у тешкоћама дистанцирања од сопствене предструктуре разумевања, односно од контекста којем припада и сам тумач.

Посматрајући идеју контекстуализације код Гадамера, видимо да он са позиције радикалног историзма развија до крајњих консеквенци идеју о предразумевању као своје виђење проблема контекстуализације тумачења, где заправо понавља Хајдегерову идеју о потреби дистанцирања тумача од своје традиције, што је основни предуслов објективног разумевања (имајући у виду наравно све могуће замерке његовом схватању контекста тј. традиције, које му, чини се сасвим оправдано, упућује Е. Д. Хирш). Истакнимо да Гадамер чак дотиче и питање контекста ауторовог значења односно признаје да „поновно успостављање услова под којима је неко баштињено дело испуњавало своје изворно одређење је сигурно битна помоћна операција за разумевање“.³⁵ Његов осврт на правну херменеутику, нуди поновни сусрет са идејом целине, односно указује на развијену свест о контекстуалном карактеру тумачења. На пример, када каже: „У идеји правног уређења имамо да пресуда судије не проистиче из непредвидиве произвољности, већ из праведног одмеравања целине“.³⁶

Непрегледна би била листа аутора који тумачење повезују са идејом контекста. Овде само указујемо на два битна херменеутичка принципа помоћу којих се у теорији тумачења развија идеја разумевања с обзиром на неки контекст. То су учење о *scopisus* и херменеутичком кругу. Учење о *scopisus*, иако присутно у најстаријој егзегези, развио је Ф. Меланхтон, а успешно примењивао и популарисао М. Влацић. Оно такође почива на идеји контекста а представља тумачење полазећи од циља текста, тј. полазећи од намере с обзиром на коју је текст написан.³⁷ У учењу о *scopisus* налазимо једну варијанту херменеутичког круга, која додуше има више карактер дидактичко-методолошког него онтолошког принципа (Хајдегеров егзистенцијално – аналитички појам херменеутичког круга). Разматрање о херменеутичком кругу би нас у великој мери удаљило од основних циљева рада, па овде истичемо тек то да овај принцип не говори само о односу целине и делова неког текста, већ почев од М. Хајдегера, како то истиче Х. Фетер, него и о односу „неког субјекта који припада својој традицији према њеном усвајању“,³⁸

³⁵ Х. Г. Гадамер, 197 198.

³⁶ *Ibid.*, 364.

³⁷ Ж. Гронден, 72 76.

³⁸ Х. Фетер, 39.

односно како наглашава Д. Баста, у терминологији која је по духу више хајдегеровска: „Хајдегер је проблему херменеутичког круга дао онтолошку димензију утолико што га је схватио и експлицирао као израз егзистенцијалне предструктуре самог тубивствовања“.³⁹ Другим речима принцип херменеутичког круга заправо говори о контекстуалном карактеру тумачења који се темељи на односу целине и делова неког текста.

На крају истакнимо да је у правној херменеутици идеја о тумачењу на основу контекста снажно дошла до изражаја у интересној и на њој заснованој вредносној јуриспруденцији, које истичу значај телеолошког тумачења (наравно, имамо у виду и историјско тумачење као типичан пример закључивања полазећи од контекста).⁴⁰ На контекстуални карактер тумачења права указује и дуга традиција позивања на „природу ствари“ у правној теорији и правној пракси, итд.⁴¹

Не треба сметнути са ума и то да у лингвистици, родној дисциплини истраживања језика, такође преовладава став да је свако тумачење контекстуално. Контекстуална анализа језика (и тумачења) постала је истраживачки стандард откада су 40-тих година XX века А. Тарски и Ч. Морис у дискусијама са Р. Карнапом успели овога да увере у неопходност семантике и прагматике чији значај далеко превазилази синтактичку анализу језика. Ова традиција данас долази до највећег изражаја у социолингвистици као граничној области између семантике и прагматичке лингвистике, која истражује друштвену употребу, друштвене функције и друштвену природу језика, што заправо представља програм типичне контекстуалне анализе.⁴²

У општој теорији тумачења ова идеја нарочито долази до изражаја код Е. Д. Хирша који у два кључна начела тумачења убраја „социјално начело језичких жанрова и индивидуално начело ауторове воље“.⁴³ У нашој литератури такав приступ налазимо код Н. Висковића који истиче да је тумачење „мисаона делатност којом се утврђује (реконструуше или конструише) значење једне нејасне или

³⁹ Д. Баста, 98.

⁴⁰ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, Munchen 2003, 54 57, Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 39 54.

⁴¹ Указивањем на закључивање „према природи ствари“ желимо само да истакнемо контекстуалну природу овог модела тумачења, што не значи да нисмо свесни свих тешкоћа примене овог модела: Критика овог приступа код Bernd Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen?“, *Rechtstheorie* 3/2009, 260 261, Ф. Бидлински, 46 50.

⁴² Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986, 262 263, 290 291; Милка Ивић, *Правици у лингвистици II*, Београд 2001, 125 126; Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002, 51.

⁴³ Е. Д. Хирш, 148.

вишезначне поруке полазећи од њеног материјалног супстрата и од њеног друштвеног контекста“.⁴⁴

Међутим, управо изложена одређења тумачења полазећи од контекста указују и на њихова ограничења, односно намећу питање да ли је херменеутичка теорија успела да развије у потпуности и на одговарајући начин потенцијале контекстуалног приступа тумачењу. Сматрамо наиме да су супротстављена становишта о тумачењу као *откривању* ауторовог значења (Шлајермахер) и тумачењу као *формирању* тумачевог значења у највећој могућој мери последица неодговарајућег, тј. поједностављеног схватања контекста тумачења. Код Шлајермахера је то контекст аутора (целина његовог живота и система културе), док је код Гадамера то контекст тумача (предра суде као израз традиције којој припада тумач). Овом прилико желимо да истакнемо и то да заузимање контекстуалне перспективе, осим што указује на комплексност процеса тумачења, омогућава расветљавање међусобног односа појмова значења и контекста у правцу расветљавања природе значења (значење као вредновање).

Када тумачење посматрамо из угла контекстуализације, поставља се питање у чему је новина гледишта које се овде предлаже с обзиром да је и код Шлајермахера и код Хајдегера и Гадамера (и иначе у херменеутичкој литератури), тумачење трагање за значењем полазећи од извесног контекста.

3. РАЗЛИКОВАЊЕ ИЗМЕЂУ ЗНАЧЕЊА И ЊЕГОВОГ ЗНАЧАЈА ЗА ТУМАЧА КАО ИДЕЈНИ ОКВИР САГЛЕДАВАЊА КОНТЕКСТА ТУМАЧЕЊА

Наравно, без претензија на апсолутну оригиналност, мислимо да се полазећи од Бетија, може дати једна реинтерпртација и прецизирање постојећих гледишта, и то у правцу тражења и заснивања једног средњег решења које, сва је прилика, напросто искрсава као нужно, а можда и оптимално. То средње решење се не огледа у неком вештачком и натегнутом спајању доминантних а супротстављених гледишта (Шлајермахера и Гадамера), већ у уочавању дијалектичке везе која постоји између њих. У том правцу, идејни оквир за комплексно сагледавање контекста у процесу тумачења проналазимо у Бетијевом разликовању неког значења од значаја који се том значењу придаје од стране тумача.⁴⁵ Осим тога, ову формулу херменеутичког спајања прошлости и садашњости треба сагледавати у контек-

⁴⁴ Nikola Visković, *Pojam prava*, Split 1981, 289.

⁴⁵ Е. Бети, 85 87.

сту Бетијевих канона тумачења, од којих се два односе на објект а два на субјект тумачења. На овај начин тумачење се испољава као трочлани процес чије су крајње тачке ауторово значење (дух који је објективира у облицима што садрже смисао) и интерпретатор (жив, мислећи дух).⁴⁶ Први принцип тумачења (канон херменеутичке аутономије објекта) и онај четврти (канон херменеутичке адекватације смисла) говоре о објекту и субјекту тумачења као крајњим тачкама процеса тумачења. Неспорно је да други канон (начело целовитости) који говори о односу целине и делова представља допуну првог канона, а да трећи канон (начело актуелности разумевања) морамо посматрати заједно са четвртим који је његова допуна и коректив, како истиче Д. Баста.⁴⁷

Међутим, чини се да други и трећи канон омогућавају једну другачију, а можда и дубљу елаборацију, и то у правцу једне контекстуалне интерпретације, којом се прошлост и садашњост укрштају тако да се превазилази антиномија између првог и трећег канона (Бети), тј. противречност Гадамеровог стапања хоризоната. Наиме, полазећи од Бетија, чини се неспорним да се у процесу тумачења између аутора и интерпрета постављају два духовна хоризонта, и то *контекст ауторовог значења* и *актуални контекст тумачења*. О потреби да се контекст ауторовог значења укључи у поставку интерпретације Бети се изричито изјашњава у другом канону са позивом на Шлајермахера.⁴⁸ Опет, његова елаборација трећег канона садржи изјаве иза којих би без много размишљања стао и Гадамер, на пример када каже да је тежња неких историчара да се ослободе властитог субјективитета сасвим бесмислена, или изјава о томе да је „наивно сматрати да се задатак историчара исцрпљује у пуком извештавању о ономе што су извори посведочили“.⁴⁹ Све то у ствари значи да Бети уочава релевантност контекста којем припада и тумач, односно да је актуални контекст такође извор тумачења. У том правцу он изводи закључак како интерпретатор „треба да тежи томе да властиту живу актуалност доведе у најдубљи склад са подстицајем који потиче од објекта, тако да су једно и друго (усклађујући се) узајамно усклађени“.⁵⁰

Додуше, мора се истаћи да разликовањем значења и његовог значаја за интерпрета Бети у исто време успоставља али и раскида дијалектику међусобног прожимања ова два контекста, што је кључна противречност његовог приступа. То се уочава у критици

⁴⁶ *Ibid.*, 61.

⁴⁷ Д. Баста, 97.

⁴⁸ Е. Бети, 67.

⁴⁹ *Ibid.*, 71.

⁵⁰ *Ibid.*, 119.

радикалног историзма када каже „да држање интерпрета не треба да буде само рецептивно усвајање него активно накнадно по узору конструисање“, али одмах упозорава да се у овом правцу не сме прелазити границе допушеног тако што се доводи у питање могућност стицања објективног сазнања тумачењем.⁵¹ На другом месту он је још изричитији у овом правцу када говори о јасној дистинкцији између тумачења као откривања ауторовог значења и давања смисла као откривања значаја који неко значење има за интерпрета,⁵² што значи да тумачење ипак схвата као рекогницију а не као дијалог два духовна хоризонта, оног из прошлости (аутора значења) и овог садашњег (тумачевог).

Очито је да Бетијево упозорење и сужавање херменеутичког хоризонта у смислу рекогниције која (ипак) искључује когницију иде у правцу критике херменеутичког релативизма присутног код Хајдегера, Бултмана и Гадамера. Међутим, разликовање између значења и значаја може се изложити у једној холистичкој интерпретацији идеје контекстуалности. Тада се херменеутички хоризонт поново успоставља као дијалектичко прожимање прошлости и садашњости на начин који искључује екстремне и поједностављене моделе контекстуализације тумачења о којима је раније било речи.

Најзад, треба дати одговор на питање у чему је суштина стапања хоризоната, како се испољава дијалектичко прожимање прошлости и садашњости у процесу тумачења полазећи од формуле – контекст у холистичкој интерпретацији. Према изложеном, може се чинити да одговор на постављено питање није тешко дати, односно да се стапање прошлости и садашњости у херменеутици испољава као јединствен процес у коме је тумачење у исто време и рекогниција и когниција, и реконструкција и конструкција значења, и откривање смисла (ауторово значење) и давање смисла (тумачево значење као став о значају неког значења с обзиром на актуални контекст тумачења). Међутим, ово није коначни одговор на постављено питање, из чега се види да је стапање хоризоната заводљива и само на први поглед једноставна формула за успостављање односа између прошлости и садашњости. Но, Гадамеров неуспех у том правцу и Бетијева недореченост нас опомињу на опрез. То важи и за Хирша чији модел стапања хоризоната такође носи у себи конотацију механичког спајања а не дијалектичког прожимања прошлости и садашњости, што он и сам признаје.⁵³

Полазећи од идеје контекстуализације, у тумачењу не видимо антиномију између прошлости и садашњости (контекста ауторовог

⁵¹ *Ibid.*, 73.

⁵² *Ibid.*, 86 87.

⁵³ Е. Д. Хирш, 163.

значања и актуелног контекста тумачења, првог и трећег Бетијевог канона, значења и значаја), већ дијалог два духовна хоризонта који се испољава као интеграција многоструких вредновања. У тумачењу права тај дијалог је прожимање циљева који проистичу из околности конкретног случаја, циљева који проистичу из конкретног правног института, оних који произилазе из закона и циљева који проистичу из читавог правног поретка. Овако схваћено, тумачење је увек изложено грешкама, самонеспоразуму (Шлајермахер, Хајдегер), што значи да оно у себи нужно садржи принцип аутокорекције који подразумева поступак перманентног преиспитивања интерпретације по телеолошкој формули где оно што је туђе постаје своје а остаје туђе, а оно што је своје постаје туђе а остаје своје. Први део формуле говори о односу према контексту ауторог значења, а други о начину на који се третира актуални контекст тумачења. У крајњој линији први поступак значи унети се у контекст ауторовог значења, а други дистанцирати се од актуалног контекста којем и сам тумач припада. Коначна последица овог „уношења“ и „дистанцирања“ је нека врста трансцедирања и објективизирања предмета тумачења, где два духовна хоризонта (аутора значења и тумача) у свом јединству постају другобивство у односу на тумача, чиме је испуњен основни услов за исправно тумачење у правцу избегавања самонеспоразума.

Формула тумачења овим није потпуна, односно контекст тумачења се не исцрпљује кроз контекст аутора значења и контекст интерпретатора. Контекст ауторовог значења означимо као функционални контекст. Актуални контекст тумачења, тј. околности конкретног случаја које су повод тумачења и извор интерпретативних питања именовано као ситуациони контекст. Поред овога, постоји и индивидуални контекст тумачења који обухвата субјективне околности, тј. систем вредности интерпретера кроз чију се свест и у оквиру одговарајућих канона тумачења преламају елементи функционалног и ситуационог контекста. Индивидуални контекст указује на тежину херменеутичког задатка и начин његовог решавања који подразумева увођење новог херменеутичког канона – канон преиспитивања тумачења (канон херменеутичког опреза). Овај канон је заправо метод суочавања са контекстуалном и аксиолошком природом тумачења који додатно истиче херменеутичку позицију и значај тумача (поготово судије у поступку примене права).

Значај канона херменеутичког опреза нарочито долази до изражаја у правној херменеутици. Наиме, продор аксиолошке парадигме у област тумачења права одвија се по слоганом „напустимо слепу веру у закон“. Последице овог приступа су антииндуктивизам и залагање за слободу као метод јуристичког рада. Опет, позивање на слободу у одлучивању носи са собом питање о томе како мето-

дизовати ту слободу. Сматрамо да је канон херменеутичког опреза базични принцип у том правцу, а овде се кроз диференцирану анализу контекста излажу прелиминарне идеје о начину артикулације тог канона (уношење – дистанцирање).

Ова три контекста чине у заједници три вредносна круга која су херменеутички оквир тумачења, тј. извор значења. Полазећи од изложене формуле ови се контексти сучељавају као однос функционалног и ситуационог контекста који се преламају кроз индивидуални контекст тумача.

На крају долазимо до дефиниције тумачења имајући у виду контекстуални карактер тумачења, дефиниције која гласи: „Тумачење је успостављање дијалога између поруке која изражава контекст ауторовог значења и околности неког случаја које изражавају актуални контекст тумачења посредством тумача који се том приликом суочава са сопственом субјективношћу и на крају изводи одговарајуће значење“.

Слично одређење тумачења где се истиче његов контекстуални карактер, са комплексним одређењем контекста тумачења проналазимо у нашој литератури код Н. Висковића када каже: „Тумачење је интелектуална делатност којом се одређују значења културних појава на начин да се ове стављају у однос са њиховим друштвеним и индивидуалним контекстима – с важећим друштвеним кодовима, с објектима на које се реферирају и са ситуацијама субјеката који су за те појаве везани“.⁵⁴

Међутим, чини се да поред нешто компликованије формулације и логичке пренатрпаности овог одређења, Висковић није до краја извео све консеквенце изложеног приступа, пре свега у погледу природе тумачења али и у погледу природе значења (значење као вредновање). Када се ради о природи тумачења, контекстуални карактер тумачења указује на тежину херменеутичког задатка, тј. да се тумачи контекст који је извор значења (суштинска димензија тумачења) а не само нејасни, вишезначни или неодређени језички изрази (техничка димензија тумачења), како сматра Висковић.⁵⁵ Када се ради о природи значења, о чему ће бити речи у одељку који следи, чини се да Висковић није увидео како контекстуални карактер тумачења подразумева да је тумачење увек и придавање смисла (вредновање), што нарочито важи за прескриптивне исказе где спадају и они из области права.

⁵⁴ Nikola Visković, *Jezik prava*, Zagreb 1989, 144 145.

⁵⁵ *Ibid.*, 147.

4. ТУМАЧЕЊЕ КАО ВРЕДНОВАЊЕ НА ОСНОВУ КОНТЕКСТА

Представљена гледишта о контекстуалном карактеру тумачења пате од три кључна недостатка: а) она доминантна (Шлајермахер, Хајдегер) излажу поједностављено схватање контекста (контекст аутора или контекст тумача); она која говоре о стапању хоризоната или су противречна (Гадамер), или то стапање оставља утисак механичног повезивања а не дијалектичке везе (Хирш); она гледишта која су пример комплексног сагледавања контекста (овде се мисли на социјални, интересно-нормативни, а не неки други контекст, попут лингвистичког, логичког, итд.),⁵⁶ нису у потпуности развијена (Висковић), у том смислу што превиђају да контекстуални карактер тумачења подразумева да је тумачење у својој суштини увек извесно вредновање (у контексту су садржани мотиви и циљеви због којих приступамо тумачењу и кроз чију оптику се обраћамо тексту који је предмет тумачења).⁵⁷

Поред контекста који се испољава као одређено вредносно поље (у праву – интеграција многоструких вредновања, тј. прожимање циљева који проистичу из случаја, закона и правног поретка), још један извор аксиолошког карактера тумачења је природа значења као таквог.

Преузимајући од Бетија разликовање између значења и значаја неког значења, Е. Д. Хирш истиче аксиолошки карактер појма „значаја“, када каже како је значај увек „значење за“, никад „значење у“, и даље: „Значај вазда повлачи за собом некакав однос између онога што је у нечијем вербалном значењу и оног што је изван њега, чак и када се тај однос тиче аутора самог или његове тематике“.⁵⁸ Суштина овог приступа је у ставу да значај увек подразумева успостављање односа између неког значења и неке особе, схватања и ситуације, што имплицира вредновање као последицу тог односа. Ипак, за Хиршово схватање се може рећи да није до краја изведена идеја о значају значења као вредновању, те да није дубински захваћена дијалектика односа између значења и контекста.⁵⁹ Наиме, као што примећује Г. Мадисон, Хиршова претерана ревност да буде „научан“, његово схватање креативности, те круто одвајање значења

⁵⁶ Када говори о аргументима на основу контекста, Ципелијус поред овог на који мислимо у раду (интересно нормативног), указује и на поменуте типове контекста: R. Zippelius, 52 53, 57.

⁵⁷ Исто код: Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 9.

⁵⁸ Е. Д. Хирш, 82.

⁵⁹ Своје схватање контекста Хирш излаже анализом односа између жанра и целине с циљем да заснује своју верзију херменеутичког круга који сада не исказује међузависност дела и целине, него жанра и одлике, *ibid.*, 95 96.

од значаја, потискују слободу и креативност из тумачења, односно прикривају аксиолошку природу тумачења.⁶⁰

Лингвистичка прагматика која тежиште анализе језика пребацује са структуре језика на његову употребу, пружа најубедљивије доказе о контекстуалном и вредносном карактеру тумачења. Лингвистици (семантици и прагматици) се морамо обратити и стога што свака теорија тумачења мора поћи од одређене теорије значења.⁶¹ Наш познати лингвиста Р. Бугарски суштину прагматике проналази у њеној дистинкцији према семантици, када откривамо и контекстуални карактер језика и тумачења. Он каже: „Семантика испитује значење реченица и њихових саставних делова изван неког посебног контекста, дакле у изолацији, а прагматика се бави тумачењем контекстуалних реченица, тј. исказа.“⁶² Осим тога, поменути аутор истиче и аксиолошку природу језика (значења) која проистиче управо из контекстуализације, када се у значење утискују одређена ванјезичка знања.⁶³ Другим речима, употреба језика, која представља процес претварања реченице у исказ, у крајњој линији се манифестује као контекстуализација језика. Контекстуализација језика је спаривање реченице и контекста на начин да контекст утискује значење у реченицу.⁶⁴ Утискивање значења посредством контекста заправо је уношење ванјезичких садржаја у реченицу посредством значења. По нама, управо то уношење (утискивање) ванјезичких садржаја у значење (реченицу) опредељује природу значења, тј. указује да је свако значење једна врста вредновања (оцењивања, изражавања става, успостављање односа према окружењу, придавања смисла). Ово не важи само за граматичко значење (нпр. именица женског рода у номинативу једнине, глагол у инфинитиву, итд.), док сви остали облици значења (лексичко, предметно и емотивно, конкретно и апстрактно, основно и пренесено, денотативно и конотативно), поседују аксиолошку димензију. Чини се да то важи и за предметно значење, јер

⁶⁰ Г. Б. Мадисон, 85.

⁶¹ Истраживања језика права се могу предузимати из разних углова. На пример, италијанска нормативно аналитичка теорија права заснива реконструкцију нормативне теорије права на плану језичке анализе. Скандинавски правни реализам спроводи језичку анализу са становишта теорије права и у правцу критике природног права као метафизичке употребе језика. Теорија аргументације почев од Перелмана, на терену језика права и у оквиру правне херменеутике спроводи критику правне логике. Деонтичка логика у праву бави се логичким разматрањима нормативне употребе језика (у овој области код нас има нарочито мало истраживања. Важан допринос у том правцу су истраживања логичке структуре правне код: Јасминка Хасанбеговић, *Заблуде о правној норми*, Београд 2002). Међутим, сматрамо да су за теорију тумачења најважнија истраживања језика права из угла лингвистичке прагматике, као у овом раду.

⁶² Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд 2009, 221.

⁶³ *Ibid.*, 222 223.

⁶⁴ *Ibid.*, 217.

и означавање предмета и појмова такође подразумева неки посебан људски однос или реакцију, и то због јединства језичког, менталног и предметног значења. Идеја о аксиолошкој природи значења коју овде излажемо кореспондира са теоријом Х. Патнама о нормативном карактеру значења,⁶⁵ и са ставом који износи Витгенштајн о значењу које изражава социјалне услове употребе знака.⁶⁶

Иначе, да је суштина значења у вредновању најбоље указује развој прагматике у оквиру социолингвистике која истражује утицај друштва (нације, расе, друштвених улога, итд.) на језик,⁶⁷ стога што логика те релације подразумева заправо утискивање социо-културних садржаја у језик, а то значењу као таквом даје наглашено аксиолошку природу.⁶⁸

Најзад, и убичајено одређење значења указује на вредносну природу значења као одлике речи, реченица и текстова. Наиме, опште прихваћена дефиниција значења гласи да је оно комплекс односа између речи међусобно (граматичко значење), али пре свега комплекс односа између „речи и света о којем се језиком говори, те речи и говорника“.⁶⁹ Ово одређење упућује на јединство језичког, менталног и предметног значења,⁷⁰ односно да је значење увек значење о „нечему“ и за „некога“,⁷¹ тј. вредновање (оцењивање, изражавање става тј. односа према окружењу). Своју аксиолошку природу значење преноси на тумачење, па се значење у тумачењу испољава као вредновање.

⁶⁵ Hylary Putnam, „The Meaning of Meaning“, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* 7/1975, 131-193. Критика овог становишта код Adolf Rami, „Über die Sogennante Normativität der Bedeutung“, *Grazer Philosophische Studien* 1/2005, 81-117.

⁶⁶ Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, 56.

⁶⁷ М. Ивић, 131. Иначе, постоје извесне нејасноће у погледу дефинисања социолингвистике, пре свега око њеног односа са социологијом језика. Чак и аутори тети у овој области попут Џ. Фишмана, показују колебања у овом правцу, код кога су ови појмови час синоними, час се разликују, Joshua Fishman (ed.), *Advances in the Sociology of Language*, The Hague 1971, 7-9. У односу на ово питање М. Ивић прави разлику између социолингвистике у ужем и ширем смислу: М. Ивић, 125-126. Слично и Н. Putnam, 146. Детаљно о овој теми у нашој литератури код Р. Бугарски, 262-264, 289-295. Истакнимо још и то да и данас постоје писци, чак велика имена у овој области, који негирају значај, чак и потребу лингвистичке прагматике (социолингвистике), на пример Н. Чомски, Noam Chomsky, *Language and Responsibility*, Hassocks 1979, 64.

⁶⁸ Аксиолошку природу значења нарочито истиче немачка школа социолингвистике, тзв. граматика садржаја (*die inhaltbezogene Grammatik*) која истиче да је језик процес вредновања света од стране неког говорног колектива, М. Ивић, 119.

⁶⁹ Р. Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, 207.

⁷⁰ Михаило Марковић, *Дијалектичка теорија значења*, Београд 1971, 385-386.

⁷¹ *Ibid*, 304.

Заузети ставови о аксиолошкој природи тумачења која проистиче из природе значења и природе контекста тумачења могу се изложити и кроз одговарајућу дефиницију тумачења која кореспондира са дефиницијом тумачења полазећи од контекста тумачења, те гласи: тумачење као откривање значења у својој суштини је вредновање, али увек вредновање на основу једног сложеног контекста који је извор и мерило вредновања, тј. тумачење је вредновање на основу актуалног контекста у светлу текста који се тумачи, који изражава контекст ауторовог значења.

5. КОНСТРУКТИВНА ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Читава претходна дискусија има за циљ да укаже на тежину херменеутичког задатка с обзиром на контекстуални карактер и аксиолошку природу тумачења. Ове тешкоће нарочито долазе до изражаја у тумачењу права што у исто време значи да су несавршеност језика или општост правних норми (намерна недокончаност закона – А. Кауфман, отворени садржај правне норма – Х. Харт),⁷² споредни, односно више технички проблеми тумачења права, јер се у крајњој линији и пре свега односе на прецизирање смисла а не на придавање смисла.

Осим тога, у тумачењу права нарочито долази до изражаја аксиолошка природа тумачења с обзиром на прескриптивни карактер правних исказа (правна норма – прескриптивни исказ у виду захтева). Исто тако, контекстуални карактер тумачења понајбоље се огледа у природи јуристичког закључка: судска пресуда – појединачно вредновање судије (индивидуални контекст) на основу опште норми – систем вредности друштва (функционални контекст), полазећи од околности конкретног случаја (ситуациони контекст).⁷³

Посебно треба нагласити да посматрање тумачења права из контекстуалне и аксиолошке перспективе прегнантно истиче херменеутичку позицију судије, односно тежину, одговорност и деликатност судијског позива с обзиром да је његов задатак вредновање

⁷² Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 30. Херберт Л. А. Харт, *Појам права*, Подгорица Цетиње 1994, 163.

⁷³ Контекстуални и аксиолошки карактер тумачења права у правној херменеутици долазе до изражаја кроз значај који се придаје објективно телеолошком и субјективно телеолошком (историјском) тумачењу (вредносна јуриспруденција), а у правној теорији кроз интегралну теорију права када се у појам права укључују и одређени друштвени односи и аксиолошки садржаји (одређене правне вредности), што у крајњој линији значи да је социо аксиолошка природа правних института извор контекстуалне и аксиолошке природе тумачења права. Систематизација гледишта о значају аксиолошког становишта за правну херменеутику код Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Gottingen Heidelberg 1960, 123 127.

што му дозвољава и намеће слободу као метод рада (слобода као привилегија и проклетство), и с обзиром да се кроз његову одлуку врши стапање хоризоната (дијалог између функционалног и ситуационог контекста).

Најзад, сматрамо да посматрање тумачења права из контекстуалне и аксиолошке перспективе можда најубедљивије указује на дубину процепа између требања и бивства, нормативног и фактичког, закона и случаја, и иза тога на фундаментални проблем правне херменеутике, на напетост између слободе и арбитражности у одлучивању, напетост која на свој начин долази до изражаја на равни два кључна проблема правне херменеутике (природа јуристичког закључка, технологија извођења јуристичког закључка).⁷⁴

Изложене идеје кореспондирају са конструктивном теоријом тумачења у том смислу што оба концепта инсистирају на аксиолошкој природи тумачења (тумачење као конструкција, креација, у крајњој линији вредновање).⁷⁵ Конструктивна теорија тумачења је изданак вреднујуће јуриспруденције (пре тога циљне – Јеринг, интересне – Хек) у области јуристичке херменеутике која у ову уводи на велика врата аксиолошку проблематику (улога вредновања у тумачењу и примени права).

Конструктивна теорија тумачења ће бити представљена кроз дело А. Роса. Прво, јер се ради о њеном можда најзнаменитијем представнику, друго, имајући у виду да Рос поред аксиолошког истиче равноправно и контекстуални карактер тумачења, и треће, јер он успоставља чврсту везу између контекстуалног и аксиолошког карактера тумачења права са питањем слободе судијског одлучивања, што је, чини се, најбољи пут за сагледавање проблематике природе и технологије извођења јуристичког закључка.

Рос сматра да је погрешно веровање да индивидуалне речи посматрано у њиховом природном језичком значењу представљају почетну тачку тумачења, односно посебно истиче и понавља да „свако тумачење има своју почетну тачку у исказу као целини у комбинацији са контекстом и ситуацијом у којој се догоди“.⁷⁶ У том правцу он чак заступа једно становиште које није прихваћено у линг-

⁷⁴ Родно место проблема слободе у јуристичкој херменеутици јесте спор између механичке и стваралачке јуриспруденције, а када се ради о овој другој, њени корени су у теорији слободног права (Х. Канторович, Е. Фуш), интересној јуриспруденцији (Ф. Хек, Р. Јеринг), америчкој социолошкој јуриспруденцији и правном реализму (Р. Паунд, Џ. Франк, К. Лиолин), скандинавском правном реализму (А. Хегстром, К. Оливекрона, А. Рос), итд. Поменимо и тематизовање слободе као метода судијског одлучивања у радовима представника наше социологије права између два светска рата (Ж. Спасојевић, М. Лановић, М. Туцаковић).

⁷⁵ Andrei Marmor, „Interpretation“, *The Philosophy of Law An Encyclopedia* (ed. Christopher B. Gray), New York London 1999, 433.

⁷⁶ Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 171.

вистици, по коме само искази (реченице) имају независно значење, а не и појединачне речи.⁷⁷ Ипак, из целине његовог излагања могло би се закључити да ово није превид, већ јасна намера која има за циљ да истакне контекстуални карактер тумачења. Осим што истиче контекстуалност процеса тумачења, Рос нарочито наглашава његов конструктивни (аксиолошки) карактер, односно да је суштина тумачења у једној врсти вредновања. Следе аргументи које Рос излаже у прилог обе тврдње. Пре тога, истакнимо да Рос изводи аксиолошку (конструктивну природу) природу тумачења из момента контекстуализације језика и тумачења, што је са лингвистичког аспекта, чини се, њихов „природан“ однос.⁷⁸

Када се ради о контекстуалној природи тумачења Рос манифестује један развијен прагматички приступ када каже да је значење исказа и појединачних речи увек везано за контекст, што се нарочито види оног момента када пређемо из света речи у свет ствари и реалних друштвених односа.⁷⁹ У овом правцу он изводи следећи закључак: „Тумачење путем везе (контекста) не заснива се на језичкој употреби и користи као средства друге податке осим речи које су употребљене. Тумачење путем везе бави се свим чињеницама, хипотезама и искуствима које могу бацити светлост на оно што лице има намеру да саопшти“.⁸⁰

Своје гледиште о вредносној природи тумачења Рос излаже путем критике тумачења схваћеног као облик силогистичке интерпретације. Он сматра да је правни силогизам само аргументативна (оправдавајућа) фасада заснована на неодрживом психолошком гледишту о активности судије (судија као логички аутомат), која заправо ствара привид о тумачењу као дедуктивном извођењу одлуке из закона.⁸¹ Полазећи од психолошког становишта Рос упозорава како је изрицање правде (судска одлука) ништа друго него акт воље,⁸² што заправо истиче конструктивни карактер тумачења, односно да је оно по својој природи увек извесно вредновање.⁸³

Сматрамо да је допринос А. Роса правној теорији највећи управо на плану јуристичке херменеутике, поготово имајући у виду време настанка његових кључних радова (60-те године XX века), када је топос логичко-механичке функције судијске делатности доминирао у литератури из ове области.

⁷⁷ *Ibid.*, 139. Исто Л. Витгенштајн, 60.

⁷⁸ А. Рос, 143.

⁷⁹ *Ibid.*, 160 161.

⁸⁰ *Ibid.*, 141.

⁸¹ *Ibid.*, 165, 181.

⁸² *Ibid.*, 162.

⁸³ *Ibid.*, 165, 166 167, 171, 173, итд.

Значај његовог приступа огледа се пре свега на плану технологије извођења јуристичког закључка (канони тумачења права). У том правцу, нарочито је драгоцен критика објективно-телеолошког тумачења које по њему „бива обојено већом неодређеношћу и арбитрерношћу него субјективно (историјско) тумачење“,⁸⁴ и то управо због сужавања контекстуалне анализе (редукција легислативне прошлости) карактеристичне за објективно-телеолошко тумачење. На ту тему Рос закључује да је у извесном смислу објективно тумачење субјективније од субјективног тумачења.⁸⁵ Ово последње је иначе основна идеја радикалног историзма, тј. херменутичког релативизма па и анархизма, коју отворено излаже Бултман речима како је најсубјективније тумачење заправо најобјективније. Росово упозорење о арбитрерности објективног тумачења нарочито треба имати у виду данас када присталице објективно-телеолошког тумачења полазећи од једне постмодернистичке слике судије изводе ово становиште до крајњих консеквенци (на пример Винфред Хасемер и Дитер Симон), и тврде да је везаност судије законом у било ком облику један неостварљив сан.⁸⁶

Наравно, Росова критика објективно-телеолошког тумачења не значи да је он стајао на позицији механичке јуриспруденције. Напротив, управо је супротно стога што идеја о аксиолошкој природи тумачења Росу служи како би развио гледиште о слободи као методу рада судије, уз питање зашто правна херменеутика прикрива оно што се стварно дешава у поступку изрицања правде (слободу судијског одлучивања).⁸⁷ Иако велики заговорник слободе као метода рада судије, Рос ипак не запада у херменеутички нихилизам јер сматра

⁸⁴ *Ibid.*, 147.

⁸⁵ *Ibid.*, 168.

⁸⁶ Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 3.

⁸⁷ А. Рос, 181. У модерној правној херменеутици доминира гледиште о значају објективно телеолошког метода, што у Немачкој потврђује пракса Савезног Уставног суда (В. Ruthers, 17), такође Одлука Савезног Уставног суда Немачке од 21. маја 1952, BverfGE 1, 299 (312), *Изабране одлуке немачког Свезног Уставног суда* (ур. Ш. Рикарда, А. Поповић, Н. К. Шнајдер), Београд 2010. 68 69. Чини се да стога не стоји став Р. Огорек о доминацији топоса судије као логичког аутомата, како у правној херменеутици, тако и у пракси примене права, Regina Ogorek, *Richterkonig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, 366. О слободи као методи јуристичког рада у нашој литератури вид. Зоран Покровац, „Методика јуристичке слободе или слобода јуристичке методике у делу Хермана Канторовича“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993, 585 615. Такође и Саша Бован, „Судијска независност слобода као преузимање одговорности“, *Правни живот* 4, 12/2011, 779 794. О слободи као методу судијског одлучивања из угла судског стварања права у пракси највиших судова ЕУ код Мио драг Мајић, „Начело легалитета нормативна и културна еволуција“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 29 54.

да је заправо примарна функција разних канона тумачења да поставе границе слободи судије у изрицању правде.⁸⁸

Могли би на крају само приметити да Росов контекстуални приступ није у потпуности артикулисан и диференциран. Он говори о функционалном и индивидуалном контексту тумачења кроз појмове формалне и материјалне правне свести,⁸⁹ али само помиње, без детаљног образложења, ситуациони контекст тумачења који проистиче из премисе чињеничног стања, иако је природа мале премисе (ситуациони контекст) од пресудног значаја за одређење природе јуристичког закључка и рангирање канона тумачења права.⁹⁰

Имајући у виду изложено, сматрамо да идеја о тумачењу као вредновању на основу контекста (контекстуална и аксиолошка природа тумачења) представља најбољи пут за разматрање кључних проблема јуристичке херменеутике, односно питања природе јуристичког закључка и технологије његовог извођења. Осим тога, у спору између механичке и стваралачке јуриспруденције, овај приступ нуди најчврће утемељење за критику појмовне јуриспруденције и силогистичке логике у примени права, које стварају слику о судији као логичком аутомату.

Могло би се чак говорити о томе да идеја о аксиолошкој природи тумачења (и значења) дозвољава да се размишља о једној аксиолингвистици као грани лингвистичке прагматике која би употпунила ову област (поред социолингвистике, психолингвистике, етнолингвистике, итд.).

Најзад, контекстуални карактер тумачења дозвољава, а сматрамо и намеће потребу да се размишља о социологизацији јуристичке херменеутике с обзиром да је идеја контекстуализације дубоко холистички утемељена, и то на епистемолошкој матрици социолошке науке. На крају крајева, легитимност херменеутичке социологије (Веберова разумевајућа социологија, симболички интеракционизам, итд.) сигурно дозвољава да се размишља и о социологизацији херменеутике утемељеној на идеји контекстуализације тумачења.

На самом крају, уместо закључка питање: с обзиром на то да је аксиолошка парадигма дубоко укоренења у правну теорију (јус-натурализам, интегрална теорија права, функционална теорија права), и у правну херменеутику (циљна – интересна – вреднујућа јуриспруденција, конструктивна теорија тумачења), и с обзиром да је питање природе тумачења практично решено, да ли је потребно прибегавати компликованим конструкцијама – у овом случају позивати се на идеју контекстуализације и теорију значења, како

⁸⁸ А. Рос, 180.

⁸⁹ *Ibid.*, 163 164.

⁹⁰ *Ibid.*, 164, 166, 178.

би се потврдило оно што се изгледа више не оспорава у правној методологији – наиме, да је тумачење по својој природи увек неко вредновање. Наш одговор је потврдан из следећих разлога: 1. ипак, и даље преовлађују, макар у нашој литератури, ставови о тумачењу као откривању значења или још горе, као откривању правог значења; 2. диференцирана идеја контекста указује да тумачење није вредновање него интеграција многоструких вредновања; 3. овај приступ најбоље истиче херменеутичку позицију судије и тежину херменеутичког задатка; 4. гледиште које се заступа омогућава доследно и аргументовано извођење канона херменеутичког опреза; 5. истицањем ситуационог контекста, указује се на значај премисе чињеничног стања за разумевање правног расуђивања, односно да малу премису чини не само утврђивање и квалификација чињеница, већ и њихово објашњење (анализа односа између чињеница).

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

INTERPRETATION OF LAW AS EVALUATION BASED ON THE CONTEXT A CONTRIBUTION TO CONSTRUCTIVE THEORY OF INTERPRETATION

Summary

This paper is rooted in the theory of constructive interpretation of the law. The author examines contextual and axiological nature of interpretation of the law, with a particular focus on the main issues of juristic hermeneutics, i.e. the questions of nature of juristic conclusion, and of the tools of arriving to it. Concerning the ongoing dispute between the mechanical and the creative jurisprudence, this approach facilitates a consistent and convincing criticism of the conceptual jurisprudence, and of the syllogistic logic in implementation of the laws, which tends to create an image of judge as a logical machine. Contextual interpretation and axiological perspective enable the author to develop the idea of freedom as a method of juristic decision making.

Key words: *Legal hermeneutics. – Nature of interpretation of law. – Notion of interpretation of law. – Contextual and axiological character of interpretation of law.*