

Др Саша Б. Бован*

CONTRA LEGEM ЈУДИЦИРАЊЕ ПАНДОРИНА КУТИЈА ПРАВНЕ ХЕРМЕНЕУТИКЕ

У раду се истражује однос између слободног тумачења права (слободе као методе рада судије) и contra legem одлучивања. У том контексту разматрају се пре свега ставови Х. Канторовича који су изазвали велике не доумице и полемике на ову тему. Осим теоријских контроверзи везаних за Канторовичеве, али и ставове осталих представника слободноправног покрета, у раду се излаже дилема о потреби и домаћају contra legem јудииирања.

Најзад, дају се примери из праксе Врховног касационог суда Србије који указују на то да је због инхерентне несавршености правног поретка, contra legem одлучивање реалност са којом се морамо суочити и у односу на коју се морамо одредити. Тада, контралегално јудииирање представља метод решавања вредносних противречности до којих долази када се релативно слични друштвени односи другачије регулишу у различитим правним прописима.

Кључне речи: *Покрет слободног права. Слобода као метод тумачења права. Contra legem одлучивање. Радбрухова формула.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Дискусију о *contra legem* одлучивању не можемо започети другачије него позивањем на слободноправни покрет, имајући у виду пре свега идеје Хермана Канторовича.¹ У том правцу, свако разматрање ове проблематике било би мањкаво без осврта на несвакидашњу критику Канторовичевих ставова, критику која се

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

¹ Неки аутори чак истичу да идеја о *contra legem* одлучивању, у облику који је истицала критика теорије слободног права, заправо уопште није присутна код других припадника овог покрета осим код Канторовича и евентуално Штампера: Klaus Riebschlaeger, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin 1968, 105.

као зла коб надвила над теоријом слободног права, с обзиром на запањујућа нераздевања и ирационална подметања у разбукталој дискусији о *contra legem* одлучивању.

Критика је ишла у правцу жестоких оптужби и практично изједначавања слободноправног покрета са идејом *contra legem* јудицирања (Г. Бехмер, А. Манигк).² То не треба да чуди јер, пребацивши тежиште занимања правне науке с проблема појма права и извора права на активности суда, школа слободног права предузима разорну критику појмовне јуриспруденције. Стога је и њен одговор такође био жесток. Како каже М. Рехбиндер: „Тек што се слободно правна наука беше јавила за реч, већ се сударила с огорченим порицањем оних, који су се, у властитом ужасу, видели разголићени магичне части, коју је даровало формално-логичко извођење из текста закона“.³ При том, може се рећи да је та критика у највећој могућој мери била неприципијелна, заснована на фалсификовању ставова слободоправњака, те недвосмислено клеветничка и нечасна – без икакве ограде закључује Рехбиндер.⁴

Но, вратимо се основној дилеми везаној за *contra legem* судовање у делу Х. Канторовича. За Покровца та дилема састоји се у питању да ли је и у којој мери овај аутор ревидирао своје ставове о контралегалном одлучивању. Ова дилема подразумева став како је неспорно да Канторович заступа ову идеју, односно да одступа од принципа утемељености свих пресуда на закону.⁵ Покровац истиче да се у својој одбрани од напада, у више наврата, Канторович ипак није одредио у односу на кључни став којим изричито подржава јудицирање *contra legem*,⁶ и да његова одбрана стога представља покушај ревидирања ставова на ову тему. Покровац каже: „Између Кампфа (*Der Kampf un die Rechtswissenschaft*) и Контра (*Die Contra-legem Fabel*) збива се ревизија властитих ставова: од одобравања контралегалног јудицирања без икаквих ограда, до отклањања и саме помисли да би он (или читав покрет), пристајали на такву праксу или се за њу залагали“.⁷ Покровац на другом месту мења овај став, из чега се види и његова неодлучност у тумачењу Канторовичевих идеја о *contra legem* одлучивању. Он на крају крајева сматра да је

² Класификација различитих типова критике школе слободног права код: Zoran Pokrovac, *Herman U. Kantorovič i slobodnopravni pokret* (doktorska disertacija), Split 1995, 212 216.

³ Manfred Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin 1986, 92.

⁴ *Ibid.*, 93.

⁵ Z. Pokrovac, 202 203.

⁶ *Ibid.*, 210.

⁷ *Ibid.*, 211.

предводник и најзнаменитији представник слободноправног покрета исправио неке раније ставове, али да идеју контралегалног јудииирања ипак није сасвим напустио.⁸

Међутим, овде постављамо питање да ли је Канторович уопште заступао ову идеју. Прецизније речено, питање је у којем контексту, тј. под којим условима Канторович допушта јудииирање *contra legem*?

Практично, постоји само једно место у Канторовичевом најпознатијем делу *Борба за правну науку* где се овај аутор изјашњава о *contra legem* судовању. Говорећи о догмама јуриспруденције којих се она мора ослободити, аутор истиче да у ситуацији када му закон не нуди несумњиво решење, судија прибегава слободном тумачењу права.⁹ Међутим, овде се не говори о одлучивању супротно закону, већ о попуњавању правних празнина. На другом месту, Канторович сматра да „странама у грађанској парници треба да је на вољу да заједничким захтевом ослободе судију од обавезе придржавања неких норми државног права“.¹⁰ Овај случај такође не подразумева *contra legem* рад, већ спада под начело слободе уговарања које је темељни принцип грађанског права и које се може ограничити само у одређеним ситуацијама.¹¹

Осим тога, судија прибегава оваквом тумачењу и одступању од закона и „ако, по његовом слободном и савесном уверењу, није вероватно да би државна власт која постоји у време одлуке ту одлуку донела онако како захтева закон“.¹² Он даље наставља, па каже: „У том случају, он треба да донесе одлуку коју би, по његовом уверењу, садашња државна власт донела ако би појединачни случај био пред њом“.¹³

Само у овом последњем случају Канторович допушта *contra legem* одлучивање. Међутим, поставља се питање како треба тумачити ове Канторовичеве ставове, односно да ли је у већини крити-

⁸ *Ibid.*

⁹ Херман Канторович, *Борба за правну науку*, Београд 2006, 34.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ У односу на овај услов одступања од закона изгледа да Покровац даје погрешну интерпретацију. По његовом мишљењу, странке могу у грађанском праву заједничким захтевом ослободити судију дужности поштовања било које законске норме, *Z. Rokovac*, 202. Међутим, то није исправно тумачење, јер Канторович изричи то каже да странке могу својим захтевом судију ослободити од обавезе придржавања неких норми државног права, а не свих законских норми, Х. Канторович, 34. То „неких норми“, а не „свих норми“, заправо значи да се овде не ради о *contra legem* одлучивању, него о начелу слободе уговарања и његовим ограничењима.

¹² Х. Канторович, 34.

¹³ *Ibid.*

ка које су се појавиле ваљано формулисан контекст Канторовичевих изјава на ову тему.

Наш одговор на ово питање је негативан, јер се чини да се правилним одређењем контекста Канторовичевог изјашњавања на тему контралегалног одлучивања може закључити да он није заговорник овог принципа, да се покрет слободног права не може изједначити са јудицирањем *contra legem* и да је одлучивање супротно закону један строги изузетак којем, по Канторовичевом виђењу, судија прибегава само изузетно и под тачно одређеним условима. У том правцу, изложени ставови Покровца добар су пример како Канторовичеве идеје на тему судовања супротно закону нису стављене у одговарајући контекст, иако је неспорно да се ради о аутору који је врсни познавалац Канторовичевог рада, као и кључних тенденција у развоју тадашњег немачког права и друштва.

Оно што тада изазива чуђење јесте чињеница да тај контекст, који баца сасвим посебно светло на идеју јудицирања *contra legem* код Канторовича, уопште није тешко одредити. У том правцу, поред изричитих изјава самог Канторовича о овом облику судијског рада (о томе нешто касније), његова правнохерменеутичка одређења треба посматрати кроз призму једног ужег, стручног, односно теоријско-методског и једног ширег, друштвено-историјског контекста.

Када се ради о овом ужем контексту, полазећи од разлике између слободног права и слободног налажења права, и остављајући ово прво значење слободног права по страни,¹⁴ прво ћемо утврдити да слободноправни покрет треба посматрати пре свега као методски покрет који је заокупљен идејом о слободи као канону тумачења права (слободно тумачење права које је заправо облик социолош-

¹⁴ Термин „слободно право“ Канторович користи у два значења једном супстанцијалном (слободно право као облик природног права, Х. Канторович, 9-10) и другом методском (слободно право као метод слободног налажења права, односно као метод слободног тумачења права, 39-40). Најпрецизније, и посматрано на методској равни, он заправо говори о слободи као кључном канону тумачења права. Постоје аутори који сматрају да његово изјашњавање о слободном праву као облику права представља само игру речима или некритичко коришћење филозофскоправних појмова (К. Мушлер, Д. Менх), те читаву теорију слободног права проглашавају чисто методским покретом. Детаљније о овоме код Z. Pökrövas, 160. Овде прихватамо да је термин слободно право вишезначан, али да су два горе изложена значења најважнија. За потребе овог рада кључно је ово друго значење, које говори о слободноправној методологији тумачења права. Иначе, сматрамо да доприносе школе слободног права јуриспруденцији треба тражити пре свега на методској, а не супстанцијалној равни, стога што су Канторовичеве идеје о слободном праву као новом природном праву или позитивном праву у великој мери конфузне и не доречене, и у крајњој линији доводе до тешкоће у разликовању слободног права од обичаја. Детаљније код: Александар Молнар, *Друштво и право*, II, Нови Сад 1994, 444-445. Dietmar Moench, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt/Main 1971, 88.

ког тумачења, јер полази од чињеница свакодневног живота) и који указује на све методске недостатке појмовне јуриспруденције.¹⁵ У односу на домете појмовне јуриспруденције, која је неприкосновено владала сфером тумачења и примене права, ево једног Канторовичевог сликовитог, донекле подругљивог цитата: „Јуриспруденција се вазда са самопоуздањем упуштала у свој немогући задатак, стално је изнова покушавала да с малим бројем својих кључева откључа све браве, па тако није могла избећи да се час лати калауза, а час да разбије браве: час да прави конструкције које су биле толико насилне да је њихова неспојивост са законским текстом постајала очигледна и најмалоумнијем оку, час да, обрнуто, држећи се закона, постиже резултате који су се налазили у вапијућој противречности с потребама живота“.¹⁶

Поредећи правну догматику са теологијом, Канторович наставља критику појмовне јуриспруденције још жешћим тоном. Он каже да се суштина ортодоксне теологије открива и у суштини правне догматике јер обе претендују да на сва питања која се пред њих постављају одговоре јасно и разговетно: „Правник мора моћи да сваку радњу докаже као право или неправо, теолог мора моћи да сваку радњу докаже као богу милу или мрску. Због тога се мора извести један вештачки, нечастан систем цикли и епцикли“,¹⁷ и даље, погађајући саму суштину проблема он закључује: „Као што закон и Писмо имају празнина, тако су они и противречни у себи самим и пуни противречности са стварношћу на коју се односе. Па ипак, они треба да се прикажу као непротивречни системи у којима се ништа не открива од хиљадугодишњег развоја, од хиљаду укрштаја различних културних система који су се у њима наталожили“.¹⁸

У исто време, критику појмовне јуриспруденције прати залагање за стваралачку јуриспруденцију, односно за слободу као метод тумачења права. Особеност Канторовичевог приступа је у томе што у изложеном правцу он призива у помоћ социологију.¹⁹ Тада, залажући се за индуктивни приступ проблему примене права (изрицање правде као верификација норми помоћу искуства),²⁰ он конструише категоријални пар: искуство (чињенице неког конкретног случаја) – слобода (као тумачење закона полазећи од искуства). Канторович

¹⁵ К. Reibschlaeger, 106 109, D. Moench, 86 87, 90.

¹⁶ Х. Канторович, 22.

¹⁷ *Ibid.*, 30.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Однос између ових дисциплина Канторович изражава следећом формулом: „Догматика без социологије је празна, социологија без догматике је слепа“. *Ibid.*, 109.

²⁰ *Ibid.*, 24.

каже да је за ортодоксну теологију и ортодоксну правну догматику искуство неприступачно биће, а требало би да буде обрнуто, где ће судије бити „специјалисти чињеничног стања, а не опсенари правног прописа“.²¹ Све у свему, код Канторовича се слободно тумачење права (слобода као метод судијског рада) испољава као облик социолошког тумачења (анализе) правне стварности, чија је суштина у самеравању, тј. процењивању вредности садржаних у норми на основу искуства (полазећи од чињеница неког конкретног случаја који се налази пред судијом). На крају, ово је пут ка праведном пресуђивању и судији модерног доба чији је професионални задатак омеђен тројством: слобода, интегритет, мудрост.²²

Друштвени историјски контекст унутар којег треба разматрати Канторовичеве идеје о *contra legem* одлучивању подразумева осврт на „немачки пут у капитализам“ који се на специфичан начин одразио како на правну доктрину, тако и на правну праксу у Немачкој током XIX и на прелазу у XX век. Класни компромис између племства и буржоазије у Немачкој није довео до реалне поделе политичке моћи као у Енглеској. Иако нарасла, немачка буржоазија се налазила у једној врсти социјалног вакуума између племства и доњих слојева, при чему из разних разлога није успела да изгради ни одговарајућу либералну идеологију попут енглеске и француске буржоазије.²³ Романтичарска, а не просветитељска идеологија као доминантни облик колективне свести, која је била израз аристократско-монархијског универзализма, одразила се у правној сфери кроз правни поредак утемељен на рецепцији римског права, а не на обичајном праву (Енглеска) или природном праву (Француска). У правној науци ово стање ствари је дошло до изражаја кроз теорију *Rechtsstaat*. У њој су се ујединили, како истиче Молнар, конзервативни и либерални теоретичари, а њихов компромис се састојао „у томе да обрађују правну форму – са којом су били сагласни – независну од свих политичких садржаја и социјалних конотација – у којима нису били сагласни“.²⁴ Коначни израз ове теорије у правној пракси било је пандектно право као формализовано и догматизовано римско право, а у правној науци законски позитивизам који је на место монарха поставио закон коме се слепо верује (*nomos basileus*).²⁵ У условима социјалне пат позиције између племства и буржоазије, али и пролетаријата који је био у експанзији, судијски сталеж је остао потпуно веран монархији.

²¹ *Ibid.*, 38.

²² *Ibid.*, 39.

²³ Детаљније код: А. Молнар, 360–362.

²⁴ *Ibid.*, 363.

²⁵ О формули *nomos basileus* (закон као краљ владавина закона насупрот владавини људи) инспиративно код: Карл Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Београд 2003, 10–11.

Тако долази до бизарне ситуације која је кулминирала пред Други светски рат када се Немачка суочила са блокадом рада парламента, са економским, социјалним и политичким променама, које нису биле пропраћене одговарајућом законодавном интервенцијом, као и са конзервативним судством које је у примени права стајало на позицији механичке јуриспруденције. Старо право је било у највећем могућем нескладу са стањем у друштву, а судство, на које је пао терет реформисања правног поретка, затварало је очи пред том чињеницом.

Ово је контекст унутар којег треба промишљати Канторовичеву борбу за судијску слободу и његове идеје о *contra legem* одлучивању. Као што се може видети, ради се о тенденцијама у развоју немачког друштва и права које су неспорне и подробно обрађене, па чуди како нису у већој мери или на прави начин узете у обзир приликом разматрања Канторовичевих ставова о овом питању.

Према томе, критика појмовне јуриспруденције, залагање за слободно тумачење права у изложеном смислу, као и указивање на апорије правног поретка до којих нужно долази из различитих разлога, чине контекст за разумевање Канторовичевих ставова о *contra legem* одлучивању. Другим речима, идеју о контралегалном јудицирању код Канторовича треба посматрати у четири правца: прво, у оквиру настојања да се усклади теорија и пракса херменеутичког рада; друго, у контексту потребе да се методски артикулише слобода као канон судијског одлучивања;²⁶ треће, у оквиру идеје о различитим модалитетима испољавања судијске слободе, где спада, макар као строги изузетак, и јудицирање *contra legem*; четврто, у склопу потребе суочавања са друштвеним променама и оним шта се реално дешава у судници, као покушај да се на светло дана извуку све замке и тешкоће судијског рада које су некад толике да судија мора судити супротно закону.²⁷

²⁶ Овде помињемо само топичку методизацију слободе у интерпретацији Х. Перелмана (испуњавање општих принципа полазећи од искуства), јер је она слична Канторовичевом приступу који је такође индуктивно утемељен, вид. Хаим Перелман, *Право, морал, филозофија*, Београд 1983, 88.

²⁷ О томе је говорио К. Вурцел у свом за социологију права знаменитом делу *Правно мишљење* из 1904. године. Он указује да дедукција и супсумција заправо скривају читав низ фактора који реално утичу на процес доношења судске одлуке (обичаји, етички осећаји, предање, итд.), цит. према А. Молнар, 440. Вурцелове ставове убедљиво понавља конструктивна теорија тумачења, на пример А. Рос, који каже: „Када су комбиновани мотивациони фактори језик закона, прагматични обзир, процена чињеница произвели свој учинак у судијиној свести и када су утицали на одлуку, конструише се оправдавајућа фасада, која се често разликује од онога што га је и стварно навело да одлучи како је одлучио“, Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 178. Најзад, у полемици са Б. Ритерсом из 2008/2009. године, идеју о „сивим зонама“ судијског одлучивања заступа и В. Хасемер у оквиру свог модела

Све ово значи да судија мора прибећи слободи приликом попуњавања правних празнина (и иначе у свом раду, независно од правних празнина),²⁸ а изузетно и под строгим условима, он прибегава слободи и у облику *contra legem* одлучивања. Канторовичу треба одати признање за храброст јер отворено указује на нужност овакве судијске праксе и тражи да се правна херменеутика суочи са таквим стањем ствари. Канторовичева заслуга је и у томе што покушава да формулише услове јудицирања *contra legem*.

Први од тих услова односи се на измењено чињенично стање на које се никако не може применити неки важећи (пре свега застарели) закон. На једном једином месту где се афирмативно изражава у погледу одлучивања супротно закону, Канторович прави дистинкцију између прошле и садашње власти,²⁹ која подразумева примену старих прописа који су застарели, тако да се неко актуелно чињенично стање не може довести у однос са законским текстом ни субјективним нити објективним тумачењем. Да његове ставове треба тумачити на предложени начин указује и Канторовичево изјашњавање о *contra legem* јудицирању у једном каснијем раду (*Правна наука и социологија* из 1911. године) када, одбијајући нападе да се залаже за овај облик пресуђивања, заправо говори о томе да је таква пракса могућа или чак нужна када се ради о вековима старим законима које појмовна јуриспруденција вештачки одржава у животу својим натегнутим и бизарним тумачењима и конструкцијама.³⁰

Најзад, сам почетак раније цитиране изјаве о контралегалном одлучивању указује и на други услов који мора бити кумулативно испуњен када се ради о овом методу судијског рада. Канторович говори о савесном уверењу судије, што значи, да судија суди супротно закону само када то захтевају разлози правичног поступања.³¹

Када се ради о односу Канторовича према овом питању треба посебно нагласити да је разним поводима, али увек јасно и одлуч-

судијске прагматике где уводи дистинкцију између производње и представљања судске одлуке, Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 18. На крају крајева, читав покрет стваралачке јуриспруденције говори о тешкоћама тумачења и примене права и о томе како признати судијску слободу а спречити њено извргавање у самовољу, вид. Радмила Васић, Коста Чавошки, *Увод у право, II*, Београд 1997, 251.

²⁸ А. Рос каже да функција канона тумачења није да доведу до одговарајућег решења већ управо (или тек) да поставе границе слободи судије у изрицању правде, А. Рос, 180.

²⁹ Х. Канторович, 34.

³⁰ *Ibid.*, 91.

³¹ О овом услову контралегалног јудицирања детаљније код Z. Pokrovac, 208.

но, он бранио принцип судијског поступања *ex lege*, где је суђење *contra legem* само изузетак од правила и примењује се у ретким и нужним ситуацијама (под већ наведеним условима). На пример, пре цитираног става где говори о овом облику примене права, он изричито каже да судија, обавезан својом заклетвом „случај решава онако како га треба решити према јасном дословном тексту закона“.³² Ово је Канторович иначе непрестано понављао у свим каснијим покушајима да се одбрани од непринципијелних критика на рачун својих схватања,³³ које су, како он каже, добиле размеру хипнотичког проклетства и потпуног неразумевања и девалвирања идеја слободноправног покрета.³⁴

Имајући у виду управо изложено, као и услове под којима Канторович допушта одлучивање супротно закону, очигледно је да овај облик судијског рада долази до изражаја сасвим изузетно, у посебним историјским околностима, и када то захтевају разлози правичности. Исто тако је очигледно да се ради о питању које је у најмањој могућој мери заокупљало Канторовича и слободноправњаке, па зато делују чудно покушаји да се ова тема представи значајнијом за слободноправни покрет него што она то заиста јесте, поготово покушаји да се читав покрет изједначи са идејом контралегалног судовања.

Из лепезе изведених закључака издвајамо онај битан за наставак рада. Тада, идемо корак даље у односу на Канторовича и повећавамо улог у овој дискусији јер сматрамо да је *contra legem* одлучивање итекако присутно у судијском раду, и то не само под специфичним историјским околностима, него и у фазама нормалног и стабилног функционисања правног поретка. Стога је потребно озбиљније суочавање са овим обликом судијске слободе, а не забијање главе у песак и априорно одбацивање макар и дискусије на ову тему.³⁵

У наставку рада указаћемо на методске и идејне корене *contra legem* одлучивања који су присутни у поступку примене права, који јасно указују да се овом облику судијског рада мора посветити одговарајућа пажња.

³² Х. Канторович, 34.

³³ На пример, у раду *Правна наука и социологија*, 89, 91 и посебном раду на ову тему који је провокативно назвао *контра легем бајка*, Hermann Kantorowicz, „Die Contra legem Fabel“, *Deutsche Richterzeitung* 3/1911, 259, 262 263.

³⁴ *Ibid.*, 259.

³⁵ Однос према *contra legem* одлучивању у данашњој јуриспруденцији, заправо прећуткивање ове теме, још један је доказ да топос логичко механичке функције правосуђа и даље жилаво опстаје у правној херменеутици. Видети код: Regina Ogorek, *Richterkonig oder Supsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

2. ОБЈЕКТИВНО ТУМАЧЕЊЕ КАО МЕТОДСКИ ОСНОВ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА

Објективно, односно објективно-телеолошко тумачење се дефинише на начин који би већ у самом називу требало да укаже на његову велику поузданост. На пример, К. Ларенц одређује овај канон интерпретације као трагање за нормативним смислом закона, односно као откривање воље закона (*Wille des Gesetzes*).³⁶ Нешто је другачији приступ Р. Ципелиуса, који прво истиче да је избор између субјективног и објективног тумачења одређен тиме за шта је интерпретатор заинтересован, и потом закључује да је објективно тумачење трагање за циљевима закона који су актуелни у тренутку његове примене (тумачење *ex tunc*), тј. који изражавају правно-политичке представе о циљевима закона или схватању правде заједничким за већи део једне заједнице.³⁷ У истом правцу наставља Ф. Бидлински када каже да је објективно тумачење откривање садржине закона у контексту садашњих односа.³⁸ У нашој литератури, слично размишља Д. Митровић, који каже да се објективизација код циљног тумачења састоји у одмеравању повољних и неповољних последица које норма изазива у друштвеном животу.³⁹

Поменути аутори ипак другачије промишљају разлоге који намећу потребу за објективним тумачењем. У том правцу, код Ларенца откривамо утицај историјскоправне школе и једне идеалистичке епистемологије. Он сматра да сваки закон, иако садржи у себи вољу законодавца, изражава пре свега објективне сврхе права, иманентне вредности на којима се темељи сваки правни поредак (правда, правна сигурност, мир, итд.).⁴⁰ Те вредности, објективне правне идеје, општи су циљеви регулисања којима су подређени посебни циљеви законодавца, чиме се оправдава потреба и објашњава значај објективног метода тумачења права.⁴¹ Насупрот томе, теоријско становиште Бидлинског и Ципелиуса је реалистичко, чак се може рећи да има димензију

³⁶ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Gottingen Heidelberg 1960, 237.

³⁷ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 22.

³⁸ Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31-32.

³⁹ Драган Митровић, *Увод у право*, Београд 2001, 287. Насупрот овоме, истичемо неуспешне покушаје одређења телеолошког (објективног) тумачења код нас. Такав је приступ Б. Кошутећа који у једној апстрактној, недореченој, неразумљивој, чак бесмисленој формулацији каже да се код овог тумачења истражује којим се од више утврђених језички значења остварује циљ норме, Будимир Кошутећ, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 294.

⁴⁰ К. Larenz, 239.

⁴¹ К. Larenz, 239-240.

социолошкоправног приступа. Бидлински, на пример, сматра да је парадоксално трагати за објективном сврхом закона која може бити супротна субјективној сврси законодавца. Међутим, потпуно је друга ствар, и тиме се отвара простор за објективно тумачење, када воља законодавца није видљива из разних разлога или када су застарели циљеви које је законодавац желео да оствари.⁴²

Оно што спаја идеалистичка и реалистичка гледишта о природи и функцијама објективног тумачења јесте чињеница да се овај канон не посматра из угла судијске слободе. Насупрот њима, Хасемер инсистира управо на једном таквом приступу у објашњењу објективног тумачења које се стога може назвати волунтаристичким (децизионистичким).

У полемици са Б. Ритерсом на тему природе објективног тумачења, која се распламсала у часопису *Rechtstheorie* у периоду 2008/2009 године, В. Хасемер прво истиче да је идеја о строгом правном методу који упутства закона поуздано преноси судији и тиме остварује везивање судије за закон један неостварени сан, штавише једна најобичнија фатаморгана.⁴³ Овај закључак Хасемер поткрепљује анализом правне логике, тј. силогистичког закључивања у примени права, и закључује да ова процедура не омогућује поуздано транспортовање закона у стварност случајева.⁴⁴ У другом кораку критике, Хасемер се залаже за објективно-телеолошко тумачење и каже да је суштина овог метода интерпретације у судијској слободи.⁴⁵ Кулминација овог приступа, која му даје пуни волунтаристички карактер, јесте изјава да објективно-телеолошки метод своје мерило одлучивања крије у глави интерпрета.⁴⁶ Неколико деценија раније овај приступ је отворено и смело заступао А. Рос који истиче да суштина свих канона тумачења није да нас доведу до одговарајуће интерпретације, већ да ограниче судијску слободу у изрицању правде.⁴⁷

Б. Ритерс критикује изложено становиште и сматра да се овим даје сувише слободе судији, чиме се заправо угрожава принцип поделе власти у својим темељима, односно да суштина објективног тумачења није више у узналажењу смисла (*Auslegung*), већ у уношењу смисла (*Einlegung*),⁴⁸ те да овај канон уноси у тумачење велику дозу

⁴² Ф. Бидлински, 39 40.

⁴³ W. Hasemmer, 3, 5.

⁴⁴ *Ibid.*, 7.

⁴⁵ *Ibid.*, 19.

⁴⁶ *Ibid.*, 10.

⁴⁷ А. Рос, 180.

⁴⁸ Bernd Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 262.

субјективности и арбитрерности.⁴⁹ Он каже: „Тумачити се може само оно што се налази у закону као воља за регулисањем и циљ регулисања. Не постоји једна засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача. Закон садржи само вољу законодавца за регулисањем и ништа друго“.⁵⁰

Ритерсова критика, па и резигнација због тога што је примена објективног метода узела толико маха,⁵¹ указује да је судијска слобода реалност поступка примене права која се више не може прикривати нити потискивати у други план, односно да топос логичко-механичке функције правосуђа више живи на папиру, у доктринама кабинетских херменеутичара, него у судници, која све више постаје краљевство слободног и креативног одлучивања.

Та и таква слобода има дубоко оправдање. Намерна недовршеност закона (А. Кауфман), односно отворен садржај закона (Х. Харт), даље, непоузданост постојећих канона тумачења права који су више непрепознатљиви путевци кроз прашуму човекових мисли и значења него поуздани путеви интерпретације, сложеност и динамика друштвених односа, и најзад, садржинска неодређеност вредносних начела на којима почива правни поредак (на пример, правде), чине да је језичко разумевање норми пре изузетак него правило, да празнине нису инциденти већ суштина правног поретка, да је тумачење више формирање него откривање значења.⁵² То све значи да је стваралаштво (*phronesis*), а не логика (*tehne*), сама суштина тумачења права, а слобода нужност и најважнији канон примене права.⁵³

Слобода о којој је реч заправо је суштина и заједнички имитељ објективно-телеолошког метода тумачења права и *contra legem* одлучивања. Оног тренутка када смо признали потребу и значај објективног тумачења дозволили смо, и не може бити другачије, да слобода уђе у судницу. Опет, признати ту слободу, а затварати очи пред могућношћу да се она користи *contra legem*, такође је више немогуће, имајући у виду изложене разлоге који намећу слободу као

⁴⁹ *Ibid.*, 262, 274, 275. На ово указује и А. Рос иако је заговорник слободе као канона тумачења када каже како објективно тумачење може бити субјективније од субјективног тумачења, А. Рос, 147, 168.

⁵⁰ В. Ruthers, 262.

⁵¹ Подсетимо, доминација објективног метода у пракси немачких судова до била је потврду и у начелном ставу Савезног уставног суда Немачке још шездесетих година XX века *BverfGE* 1, 299 (312).

⁵² О томе детаљније у нашем раду, Саша Бован, „Тумачење као вредновање на основу контекста прилог конструктивној теорији тумачења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 83 106.

⁵³ Кључно питање које се тада поставља је како методизовати судијску слободу. Но, то тренутно није основна тема овог рада.

канон тумачења права. Све то значи да је разлика између објективног тумачења и суђења супротно закону само у степену те слободе и условима под којима се користи, али да је у правном поретку она присутна у оба облика.

Примери из праксе наших највиших судова потврдиће ове тврдње. Но, пре тога, треба рећи нешто и о идејним основама *contra legem* одлучивања, како би се заокружила тема о условима под којима је могуће судити супротно слову закона.

3. РАДБРУХОВА ФОРМУЛА КАО ИДЕЈНИ ОСНОВ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА

Након Другог светског рата постало је јасно какве је страшне последице оставио правни позитивизам у јуристичкој херменеутици. Судови послератне Немачке покушавали су да отклоне те последице позивањем на идеју законског неправда и надзаконског права. Чини се да је најубедљивију разраду ове идеје дао Радбрух. Његов приступ почива на успостављању хијерархије између кључних правних вредности. Он говори о правној сигурности, сврсисходности и правди како кључним вредносним начелима правног поретка,⁵⁴ али између њих успоставља хијерархију и сматра правду темељним принципом права.⁵⁵ Код Радбруха, идеја о значају правде јасно је изражена већ у његовој дефиницији права, где се каже да је право она стварност чији је смисао да служи идеји права, а идеја права не може бити ништа друго него правда.⁵⁶

Успостављање хијерархије између правде и правне сигурности Радбрух предузима с великом дозом опреза и упозорава да негирање правне сигурности заправо значи и порицње правне природе позитивних закона.⁵⁷ Ипак, у настојању да остваримо захтев правде, а да при том што мање изгубимо од правне сигурности, постоје ситуације када правну сигурност морамо жртвовати у корист правде. Радбрух о томе каже следеће: „Сукоб између правде и правне сигурности мо-

⁵⁴ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980, 287 288.

⁵⁵ *Ibid.*, 288. Чини се да је то уобичајени приступ међу ауторима који по пут Радбруха право разумевају превасходно у оквиру понашања које се повезује с вредношћу. Као пример, можда најупечатљивији, подвођења свих морално правних принципа под правду може да послужи приступ који негује Теодор Фивег, *Тотика и јуриспруденција*, Београд 1987, 114. У нашој литератури слично код Никола Висковић, *Појам права*, Сплит 1981, 143 144. Супротно, као покушај да се сруши правда као прва од свих врлина, вид. Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд 1951, 19; Ханс Келзен, *Шта је правда*, Београд 1998, 29.

⁵⁶ Г. Радбрух, 44 45.

⁵⁷ *Ibid.*, 290.

гао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђују пропис и моћ, има предност и онда када је садржински неправедно и несврнисходно, осим у случају кад позитивни закон у толико неподношљивој мери противречи правди, да закон као неисправно право мора одступити пред правдом⁵⁸. Радбрух даље појашњава да „неподношљива“ супротност позитивног закона правди постоји онда „кад се чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само неисправно право, он штавише уопште нема правну природу“⁵⁹. Као пример за примену ове формуле он узима Немачку за време Адолфа Хитлера и закључује како је „националсоцијалистичко право имало намеру да избегне суштински захтев правде, једнако поступање са једнакима. Следствено томе, оно у том погледу уопште нема правну природу, оно није, рецимо, неисправно право, него уопште није право“⁶⁰.

Може се рећи да у Радбруховој формули примене права законско неправо и надзаконско право чине један јединствен стандард за процењивање позитивног права,⁶¹ и то на начин да са становишта надзаконског права (правде) доносимо одлуку да ли позитивно право има карактер ваљаног права, неисправног права или законског неправа које уопште није право (нема правну природу).

Кроз идеју законског неправа, Радбрухова формула омогућава порицање правне природе позитивних закона, и у том смислу, на равни примене права, представља идејно-херменеутичку основу за *contra legem* одлучивање. Другим речима, ова формула даје судији право, али и намеће обавезу, да суди супротно закону када оцени да позитивни пропис има карактер законског неправа, а то је случај када он драстично противречи правди, односно кад се принцип једнаког поступања са једнакима потпуно игнорише.

Међутим, у изложеном облику, Радбрухову формулу могуће је применити пре свега на једној широј друштвеној равни, на пример приликом суочавања са ауторитарним и тоталитарним политичким режимима заснованим на сили, кршењу грађанских и свих људских права, када та формула служи као кључни чинилац политичке делегитимизације таквих режима и успостављања владавине права (ваљаног правног поретка). Тада, ова се формула примењује *post factum*, као у Немачкој након Другог светског рата, када се испуне одговарајући друштвено-политички услови за једну такву правну праксу. У тим ситуацијама примена Радбрухове формуле може доби-

⁵⁸ *Ibid.*, 288.

⁵⁹ *Ibid.*, 288 289.

⁶⁰ *Ibid.*, 289.

⁶¹ *Ibid.*, 287.

ти димензују *contra legem* одлучивања, мада, то је више генерална, а не индивидуална форма контралегалног рада, када оспоравање правне природе позитивног поретка подразумева начелан став да свако понашање грађана или државних службеника супротно закону није било противправно. У крајњој линији, овај угао посматрања Радбрухове формуле не односи се толико на суђење супротно закону, већ пре свега на порицање правне природе позитивних закона као законског неправа. Осим тога, као што указују примери на које се позива и Радбрух, немачки судови након рата користили су неке друге правне институте за поништај последица примене нацистичког законодавства и нису се изричито супротстављали позитивним прописима (нису изричито истицали да нацистички прописи немају правну природу, да представљају законско неправо).⁶²

Ипак, значај Радбрухове формуле је велики стога што заснива теоријско оправдање за *contra legem* одлучивање, односно стога што формулише кључни услов за овај облик судијског рада. Тај услов је, као што истичу и припадници покрета слободног права, кршење начела праведности, и то у мери која драстично нарушава принцип једнаког поступања са једнакима.

Овим долазимо до кључног питања овог рада, а то је да ли у условима нормалног функционисања правног поретка, када никако не можемо порицати правну природу позитивних прописа са становишта надзаконског права, односно законског неправа, можемо прибећи *contra legem* одлучивању. Изложени ставови о методским основама (слобода судијског рада) и теоријским основама (нарушавање начела праведности) *contra legem* јудиирања омогућавају да формулишемо одговарајући одговор.

На почетку ваља рећи да се овде не ради о ситуацијама када закони добијају антицивизацијски карактер и када можемо порицати њихову правну природу. Другим речима, овде се не ради о ситуацијама када се сусрећемо са законским неправом, већ са неисправним правом у условима легалног и легитимног правног поретка, где у појединачним случајевима откривамо неподношљиву неправду и кршење принципа једнаког поступака. Овде се ради о грешкама у правном регулисању које су могуће исто као што су могуће и празнине у правном поретку. Ове грешке су системског карактера и до њих долази без свесне намере законодавца. Оне настају када се приликом правног нормирања у оквиру различитих закона релативно слично чињенично стање регулише на другачији начин.

⁶² На пример, денунцијант чијим је потказивањем друго лице осуђено на смрт гоњен је као посредни извршилац. Војник који је дезертирао са фронта, па онда лишио живота представника закона приликом покушаја да буде ухапшен, ослобођен је позивањем на институт крајње нужде, итд. *Ibid.*, 282 287.

Полазећи од Ф. Бидлинског, ову врсту грешака (а не разне друге: логичке, техничке, словне, итд.) можемо назвати вредносним противречностима. Опет, и када се ради о вредносним противречностима, овде се не мисли на вредносне противречности које настају услед застарелости циљева закона. У овом другом случају, ако већ није промењен пропис, одлука суда не подразумева логику *contra legem* рада, већ се мења *ratio legis* закона, односно један историјски циљ замењује се новим који проистиче из садашњих односа. Овај поступак се означава као „функционална промена“, а у суштини представља примену објективно-телеолошког тумачења.⁶³ Вредносне противречности о којима се овде говори, и које могу бити основа контралегалног јудицирања, како је већ истакнуто, огледају се пре свега у томе што је релативно слично чињенично стање регулисано на другачији начин у различитим законима. Имајући у виду овај други услов за решавање противно закону (поред правичности односно неправичности која може наступити), може се рећи да *contra legem* одлучивање представља поступак отклањања вредносних противречности. Поступак у питању такође почива на логици објективно-телеолошког тумачења, јер се у овом случају *ratio legis* једног закона преноси, односно примењује у тумачењу другог закона, што је опет могуће с обзиром на сличност у чињеничном стању два случаја која су различито нормирана у различитим законима или законима из исте области донетих у различито време (на пример, сличност у чињеничном стању може се односити на породичноправни однос који је другачије нормиран у различитим законима на начин да узрокује неправичност, тј. неједнакост у поступању).

У литератури се овај метод интерпретације означава као телеолошко-систематско тумачење. Ф. Бидлински изражава суштину овог поступка на начин који је управо изложен. Он каже да у овом случају „средство тумачења, које додатно неопходно, није више, дакле, експлицитна садржина других, системски значајних прописа, већ су то њихове циљне или вредносне основе. Оне су само примењене на другу конкретну норму“.⁶⁴ Исто тако, када се ради о условима ове примене, Бидлински каже да је основни услов сличност у чињеничном стању, односно у неком конфликту интереса који у сличном облику постоју у оба случаја.⁶⁵ Треба истаћи да Бидлински телеолошко-систематски метод посматра само као технику попуњавања празнина у услед вредносних противречности,⁶⁶ док се у овом раду поменути

⁶³ Ф. Бидлински, 104-106.

⁶⁴ *Ibid.*, 44.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, 43-46.

метод, имајући у виду логику његове примене, сматра подобним и за одлучивање *contra legem* услед вредносних противречности, јер напосто, не постоји други механизам судијског исправљања ове врсте грешака (остаје наравно да се такве грешке, тј. вредносне противречности овог типа исправљају радом законодавца, но то је већ једна друга проблематика која нас са терена примене води у област стварања права). Осим тога, примери из наше судске праксе о којима ће бити речи у следећем одељку искуствена су потврда ове логике поступања.

Конечно, долазимо до трећег услова који је неопходна претпоставка контралегалног одлучивања (поред вредносних противречности и неправде, тј. неједнаког поступања које услед тога наступа). Смисао овог услова такође је изражен кроз идеју телеолошко-систематског метода. Наиме, позајмљивање и преношење вредносних принципа из једног закона у други, логиком систематског тумачења, значи да одлучивање супротно закону примењујемо увек уз настојање да се одлука уклопи у највећој могућој мери и на оптималан начин у постојећи правни поредак.⁶⁷

4. ПРИМЕРИ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА У НАШОЈ ПРАВНОЈ ПРАКСИ

Трагање за примерима и анализа *contra legem* праксе у нашем правном поретку (овде пракси Врховног касационог суда) навели су нас на два закључка којима ћемо заокружити размишљања на ову тему: први, да је овај облик одлучивања у највећој могућој мери прикривен, и други, да је *contra legem* одлучивање плод извесне интуиције и личног осећаја за праведност судије (или судског већа) који је пропраћен одговарајућим херменеутичким (правно-методским) резонувањем. Укратко ћемо појаснити ове закључке пре него што прокоментаришемо одговарајуће пресуде где се испољава контралегално расуђивање.

Још је А. Рос у својим бриљантним анализама о судијској слободи из 60-тих година XX века указао на значај воље у праву, на вредносну димензију судијског одлучивања и на судијску слободу као нит водиљу процеса изрицања правде. Међутим, оно што је А. Роса посебно интригирало, о чему је у више наврата износио свој суд, јесте чињеница да управо правосуђе, више него доктрина, прикрива ову реалност присутну у судници. У том правцу Рос истиче како су канони тумачења тек аргументативне (оправдавајуће) фаса-

⁶⁷ *Ibid.*, 40.

де којима се маскира судијска слобода и ствара привид да се судска одлука може дедуковати из неке опште норме.⁶⁸ Ево једне типичне Росове изјаве у том правцу: „Конструктивна улога судије приликом изрицања правде, да дефинише прецизно или да исправи директиву закона ретко је видљива. Обично судија неће признати да његово тумачење има овакав конструктиван карактер, већ ће покушати, техником аргументације, да представи да је до одлуке дошао објективно и да је она обухваћена значењем закона или намером законодавца“.⁶⁹ Рос најзад сматра да је интересантан проблем социјалне психологије „зашто се жели прикрити оно што се стварно дешава приликом изрицања правде“.⁷⁰

Емпиријска истраживања, односно анализа примене прописа који се у појединим својим одредбама сматрају манифестима судијске слободе, потврђују Росове наводе о прикривању ове слободе којем прибегава правосуђе у свом раду. Овде мислимо пре свега на чл. 1 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) из 1912. године и по том узору, на параграф 10 Пољског грађанског законика (ПГЗ) из 1934. године. У чл. 1 ст. 2 ШГЗ каже се да у случају када нема изричитог правила на темељу којег би донео своју одлуку, суд суди по обичају, а у случају одсуства одговарајућег обичајног правила, суд одлучује слободно, односно у складу са правилом које би он донео као законодавац. У ПГЗ се понавља ова одредба, с тим што се у случају нејасног закона или када закона нема, судија може позвати на основна начела правног поретка.

У Швајцарској је А. Мајер-Хајоз истраживао четрдесетогодишњу праксу примене одредби које се односе на судијску слободу. Његов закључак је да се судска пракса није изричито позивала на чл. 1 ШГЗ,⁷¹ али да постоје безбројни примери судијског допуњајућег стварања права,⁷² на основу чега извлачи закључак да судови прикривају своје конструктивно деловање, односно да је судијска слобода већа него што то судије желе да признају.⁷³ Исти се закључак може применити и на чл. 4 ШГЗ и пара. 10 ПГЗ, такође и на чл. 8 Српског грађанског законика (СГЗ), који допуштају одлучивање на

⁶⁸ А. Рос, 165. У овом часопису је на сродну тему вођена занимљива полемика, вид. Миодраг Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 25–53 и 2/2009, 29–54 и Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 66–107.

⁶⁹ А. Рос, 178.

⁷⁰ *Ibid.*, 181.

⁷¹ Arthur Meier Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zurich 1951, 122.

⁷² *Ibid.*, 203.

⁷³ *Ibid.*, 206.

основу правичности и једнакости, за које се сматра да омогућују да судија делују слободно, чак и у *contra legem* правцу.⁷⁴

Ревизионе пресуде Врховног касационог суда Србије (раније Врховног суда Србије – ВСС), на које ћемо се позвати, такође потврђују постојање праксе *contra legem* одлучивања, која се ретко упражњава и која је прикривена, при чему се кроз такве одлуке види и то да је ово одлучивање плод личног осећаја судије које је у великој мери израз зреле правно-методске свести.

Тако на пример, у једној пресуди из 2007. године (Рев. 606/06), ВСС је поступио супротно (*contra legem*) чл. 201. Закона о облигационим односима (ЗОО) који регулише питање накнаде нематеријалне штете. Наиме, по овој одредби право на накнаду нематеријалне штете у случају смрти неког лица имају чланови његове уже породице: брачни друг, деца и родитељи. Пресудом Окружног суда у Нишу (Гж. Бр 1628/05 од 31.8.2005) ово право је признато и маћехи настрадалог. Тужена страна (МУП Србије, јер је настрадали био припадник полиције) изјавила је ревизију против ове пресуде због погрешне примене материјалног права. Врховни суд је ревизију тужене одбио као неосновану чиме је одлучио супротно чл. 201 ЗОО, јер маћеха није члан уже породице и не спада у круг лица која по закону имају право на ову врсту накнаде. Врховни суд је у свом образложењу применио телеолошко-систематско тумачење и успостављени однос блискости и поверења између маћехе и пасторка уподобио породичним везама између родитеља и детета у смислу чл. 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода и права на заштиту породичног живота.⁷⁵

Као што се да видети, у изложеном примеру суд је одлучивао *contra legem* из разлога правичности, тј. ради отклањања вредносних противречности до којих је дошло услед тога што се сличан

⁷⁴ Међу ретким ауторима који су се изјашњавали на ову тему у нашој литератури, М. Бартош и Б. Марковић изричито сматрају да се овим одредбама на велика врата уводи пракса *contra legem* одлучивања, Милан Бартош, „Пољско грађанско право“, *Архив за правне и друштвене науке* 3 4/1928; Божидар С. Марковић, *О правном праву*, Нови Сад 1993, 41.

⁷⁵ Врховни суд Србије је могао да примени телеолошко систематско тумачење и позивањем на изворе права унутрашњег правног поретка Србије. На пример, наш Закон о наслеђивању у чл. 9, ст. 1 говори о лицима која спадају у први наследни ред, где су уврштени оставиоачеви потомци и његов брачни друг. Међутим, у чл. 9, ст. 3 овог закона говори се о наследним правима оставиоачевог детета коме оставиоачев брачни друг није родитељ (очух или маћеха) и признао одређена права и овим лицима. Према томе, ако се очух или маћеха сврставају под одређеним условима у први ред наслеђивања, телеолошко систематским тумачењем, ради избегавања вредносних противречности, односно из разлога правичности, може се признати очуху или маћехи и право на накнаду нематеријалне штете позивањем на Закон о наслеђивању у смислу, као у ревизији о којој је реч.

однос (овде породични однос) у различитим законима регулишу на другачији начин. Исто тако, видимо да се суд у том правцу руководио методом телеолошко-систематског тумачења (позивање на друге изворе права и њихов *ratio legis*), који није изричито именован. Осим тога, видимо и то да се у својој одлуци по уложеној ревизији тужене суд није изјаснио да у овом случају одлучује *contra legem*, већ је једним херменеутичким еуфемизмом само констатовао да је ниже-степени суд исправно применио материјално право.

Други пример у изложеном правцу је пресуда где је ВСС у поступку ревизије (Рев. 2917/05) одлучио супротно чл. 15 Закона о стамбеним односима (ЗСО) из 1990. године који одређује круг лица који имају статус члана породичног домаћинства и могу да наставе коришћење станарског права после смрти претходног носиоца станарског права. Овде је у поступку ревизије суд усвојио ревизију особе која је сестра претходног носиоца станарског права, што је супротно чл. 15, ст. 2 и 3 ЗСО. Врховни суд је у овом случају такође применио телеолошко-систематско тумачење позивајући се на раније закон из стамбене области (ЗСО из 1966. године), који је у чл. 12 знатно шире одређивао круг лица који се сматрају чланом породичног домаћинства. Међутим, овде се не ради о *contra legem* одлучивању, стога што постоји правни основ за позивање на претходни ЗСО. У овом случају то је чл. 60, ст. 5 тада важећег ЗСО из 1990. године, где се у прелазним и завршним одредбама говори о лицима која могу стећи статус члана породичног домаћинства по ранијем закону. Другим речима, чл. 60 ЗСО из 1990 је правни основ за решавање вредносне противречности између чл. 15 ЗСО из 1990. године и чл. 12 ЗСО из 1966. године, па се овде не ради о *contra legem* одлучивању.

Ипак, ревизиона пресуда у овом случају такође представља пример *contra legem* одлучивања, јер је право члана породичног домаћинства признато сестри претходног носиоца станарског права која је ово право изгубила по основу чл. 15, ст. 5 ЗСО из 1990. године. Наиме, поменута је у једном тренутку купила сопствени стан (и касније га продала), чиме се сматра да је решила своје стамбене потребе и чиме је изгубила право да се било како нађе у кругу лица која могу да наставе коришћење станарског права. Интересантно је да у овом случају имамо *contra legem* одлучивање без примене телеолошко-систематског тумачења, односно без позивања на друге изворе права и њихове вредносне основе (*ratio legis*), већ само позивањем на разлоге правичности. Наиме, у овом случају суд се руководио чињеницом да је тужена продала стан и прешла у породично домаћинство са сестром и својом мајком, како би могла да им помогне у лечењу од канцера, од чега су обе и умрле.

У сваком случају, и ова пресуда је пример *contra legem* одлучивања, и то где није било услова за примену телеолошко-систе-

матског тумачења, већ се суд водио искључиво разлoзимa правичности, и где је коришћењем одређених аргументативних техника прикрио одлучивање супротно закону. Поређења ова два примера такође показује да је први облик *contra legem* одлучивања поузданији и више у духу осталих канона тумачења права, јер примена телеолошко-систематског тумачења омогућава да се једна таква судска одлука на оптималан или коректан начин уклопи у правни поредак. Други пример (из стамбене области), указује да је *contra legem* доношење одлука само на основу правичности мач са две оштрице, отварање пандорине кутије арбитрерности, којим се релативизују остали принципи правног поретка, пре свега законитост и правна сигурност.

Изложени примери указују да правни поредак није имун на вредносне противречности и да се не тако ретко управо *contra legem* одлучивање намеће као метод њиховог отклањања. У том правцу, изгледа да контралегално јудицирање тада заправо искрсава као метод најбезболнијег и најрационалнијег отклањања вредносних противречности, односно неправедних решења, и то како са становишта права странака у поступку, тако и са становишта ефикасног и економичног функционисања правног поретка. У сваком случају, ово је тема која из разних разлога није толико присутна у литератури, иако правна пракса напросто тражи њену озбиљнију доктринарну обраду. Овај рад је покушај да укажемо како је *contra legem* одлучивање реалност са којом се морамо суочити и у односу на коју се морамо одредити. Такође, рад је и покушај методске артикулације овог облика слободног судијског одлучивања.

С обзиром на основни циљ рада (методска артикулација *contra legem* судске праксе), изостала је обрада неких других облика контралегалног доношења судских пресуда, насталих као израз специфичних друштвених околности које су дошле до изражаја у функционисању правног поретка појединих земаља. На пример, у Француској, ауторитет Наполеоновог грађанског законика је био сувише велики да би уопште било помена о једној оваквој пракси. Међутим, индустријске и политичке револуције чији је епицентар била и Француска, захтевале су промене Законика. Француски рецепт иновација и новелирања Законика била је аналогија. Но, како то истиче наш Ж. Спасојевић, који се тада нашао на извору најважнијих тенденција у развоју правне херменеутике у Француској, судови су врло често границе аналогије ширили до те мере да се она претварала у *contra legem* одлучивање.⁷⁶

⁷⁶ Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење, Прилог проучавању метода у приватном праву*, Београд 1996, 76 98. О недопуштености аналогије у овом облику, вид. Claus Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, Berlin 1964, 180 188.

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

CONTRA LEGEM DECISION MAKING – THE PANDORA’S BOX OF LEGAL HERMENEUTICS

Summary

The author examines the relation between the reality of *contra legem* decision making and the necessity for a methodical articulation of this form of judicial work. *Contra legem* decision making is analyzed as a method of the least painful and the most rational dealing with the value based discrepancies, which derive from the instances of relatively similar social relations being regulated differently. The author offers examples of the *contra legem* decision making of the Supreme Cassation Court of Serbia.

Key words: *The movement of free law (la libre recherche du droit, Freirechtsbewegung). – Freedom as a method of interpretation of law. – Contra legem decision making. – Radbruch's formula.*