

Мила ЂОРЂЕВИЋ, МА*

Спаић, Бојан. 2020. Природа и детерминанте судијског тумачења права. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 190.

*Тврдња да је судска пресуда заснована на закону
значи само то да се држи оквира који закон представља;
то не значи да је реч о јединој могућој индивидуалној норми...*

Ханс Келзен¹

Најпознатији пример у теорији права који треба да укаже на сву сложеност судијског одлучивања јесте Хартов пример са возилима у парку.² Замислимо да постоји једно, на први поглед врло једноставно правило: забрањена су возила у парку. Испрва делује да правило не може

* Сарадница у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, mila@ius.bg.ac.rs.

¹ Један од највећих доприноса правној теорији Ханс Келзен је дао идејом о ступњевитости, односно хијерархијском устројству правног система. Ипак, нормативизам Ханса Келзена никада није подразумевао формалистичко схватање правног тумачења. За њега је виша норма оквир, а не прецизно упутство. Више норме одређују начин стварања нижих норми, али не и њихов садржај. Зато Келзен сматра да је свака примена норми уједно и стварање норми и да је неодређеност права незаобилазна (Келзен 2007, 66).

² Пример је први пут објављен у Хартовом чланку који је замишљен као одговор правним реалистима. Чланак је изишао 1958. године у *Harvard Law Review* (Hart 1958). Наводно, идеја за тај пример је настала приликом читања одлуке судије Холмса из 1931. године, у којој је тврдио да авион није возило (*McBoyle v. United States*). Мекбојл је превозио авион за који је знао да је украден и тужилац је подигао оптужницу на основу *The National Motor Vehicle Theft Act*, којим се регулише кажњавање у случају крађе моторних возила који за своје кретање не користе пругу. Судије су Мекбојла ослободиле оптужнице тврдећи

бити једноставније и да судије неће имати много проблема са применом тог правила. Уколико постоји возило у парку, правило је прекршено. Ипак, замислите ситуацију у којој у парк улазе амбулантна кола зато што је некоме у парку позлило. Да ли амбулантна кола крше дато правило? Одговор је несумњиво позитиван. Али, да ли је оправдано казнити лекара који је правило прекршио да би некоме спасио живот? Или не морамо замишљати тако изузетне околности, шта је са електричним бициклима у парку или са сада врло популарним електричним тротинетима? Да ли они спадају у возила? Наш имагинарни судија који треба да примени норму тако долази до питања: шта је возило? Ако закључимо да је возило све што иде на моторни погон, да ли онда дејчи аутић са мотором крши ту забрану? Као испомоћ у пресуђивању, наш имагинарни судија може да се окрене и тражењу циља који је законодавац имао на уму када је забрану поставио и да на основу интенције законодавца пресуди. Шта је законодавац желео да постигне том забраном? Уколико је циљ тог правила да се спречи бука у парку, онда је возња та два електрична превозна средства дозвољена, али ако је циљ норме да се заштите деца, допуштено коришћење и електричног тротинета и електричног бицикла постаје упитна. Такође, врло оправдано се може поставити питање на основу чега судија може да одреди циљ норме, односно интенцију законодавца да би знао како да норму примењује?

Тај врло једноставан пример нам показује сву сложеност судијског позива. Судијски посао не може да се сведе на дедукцију, где судија има задатак да мању премису (утврђено чињенично стање) подведе под већу (законску норму) и донесе пресуду. Природа судијског тумачења и критика таквог схватања судијске активности тема је Спаићеве нове књиге, а главна теза аутора је да судије нису пука уста која изговарају слова закона већ појединци који вољно одлучују о значењу правног текста.

Бојан Спаић је готово целокупан досадашњи научни опус посветио теми тумачења права. Његова магистарска теза се тиче правне и политичке филозофије прагматизма Џона Дјуија, а његова докторска теза бави се тумачењем права у оквиру херменеутике Емилија Бетија. Према доприносу правној теорији, његова најновија књига *Природа и детерминанте судијског тумачења права*, која је и предмет ове критичке анализе, вероватно је и најзначајнија. Та књига није посвећена

да се појам возило из тог закона не односи на авионе. За више информација видети: *McBoyle v. United States*, 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, последњи приступ 1. новембра 2021.

само правним теоретичарима већ и правницима практичарима, а и широј стручној публици. Сам њен почетак указује на то да се пред читаоцем налази занимљиво штиво: аутор нас подсећа да је све избор и да смо осуђени да одлучујемо. И одлука да останемо пасивни или да не донесемо одлуку – такође је одлука.

Књига је подељена на пет целина. У првом поглављу аутор даје добар преглед свих психолошких и других истраживања о одлучивању и усредсређује се на теорије одлучивања. За разлику од класичних теорија одлучивања, које су постулирале идеализованог појединца који увек и без изузетка поступа са циљем да максимизира сопствену добит, у савременим теоријама одлучивања које аутор цитира установљена су бројна одступања од раније постулиране рационалности приликом доношења одлука. Из перспективе савремених теорија одлучивања, доношење субоптималних одлука на основу различитих личних и контекстуалних ограничења појединца показује се као правило, а не као изузетак. Један од најзанимљивијих примера о (не)рационалности судијских одлука који Спаић препричава у књизи јесте онај о утицају близине паузе за ручак на одлуку судије о смањивању казне затвора: што је пауза ближа а судија гладнији, проценат одлука којима се смањује казна приближава се нули.³

У другом поглављу аутор се бави одлучивањем на основу правила и анализира на који начин правила руководе понашањем појединца, тиме што постају разлози за даље делање и одлучивање. Аутор притом наглашава правна правила, које назива формализоване укорењене нормативне генерализације. Субјекти одлучивања на основу правила су тим правилима везани. Управо та везаност правилима требало би да смањи, а пожељно је и да елиминише везану рационалност и когнитивне предрасуде које постоје у сваком одлучивању. Тако нас аутор наводи на помисао о оправданости формализма, чије основне идеје представља у трећем поглављу књиге. Формализам је тренутно доминантна идеологија о тумачењу права. Према тој теорији правног тумачења, постоји једно и само једно исправно значење правног текста и судије треба да га пронађу и на основу њега донесу одлуку у појединачним случајевима. Ограничена рационалност људи је превазиђена постојањем формалних правила, али да ли је заиста тако?

³ Још једно занимљиво истраживање које се бави (бизарним) факторима који могу да утичу на судијске одлуке тиче се близине рођендана окривљеног приликом изрицања казне. У тим случајевима казне су много блаже (Chen, Phillippe 2020). У српским правничким круговима влада мит да судије најблаже казне изричу пред Нову годину и новогодишње празнике.

Том питању је посвећено следеће, четврто поглавље. Зашто је формалистички приступ погрешан? Основни аргумент је да је судијска одлука о значењу правног текста вољна и стваралачка и да је судијско тумачење заправо ауторитативно одлучивање о нормативном значењу правног текста. Правна правила нису довољна да би се предвидео исход спора. Аутор закључује да судије нису само ствараоци појединачних правних норми и примењивачи општих правних норми већ саучесници у стварању општих правних норми на основу текстова извора права. У прилог тој, за локални и глобални правнички контекст прилично смелој тврдњи, аутор наводи три приговора, које једном речју назива приговорима неодређености права. Први приговор је приговор избора судија: судије одлучују чак и када своју одлуку представљају као једини могући исход тумачења правног текста. У приговору неодређености језика истакнуто је да је језик којим се право служи увек непотпун. Непотпуност се односи на то што правна правила укључују или искључују превише ситуација на које се односе или на то што постоји неки облик семантичке неодређености или због правних празнина и конфликта извора права. Трећи приговор је приговор неразликовања текста норме и норме, у којем аутор показује да правни текст није исто што и правна норма и да је норма значење правног текста које ауторитативно утврђује судија актом своје воље.

Најзад, у петом поглављу говори се о основним поставкама антиформализма, као алтернативној теорији о природи судијског тумачења којој се превазилазе грешке формализма. Аутор заступа тезу да та теорија верно осликава природу судијског одлучивања. Ако прихватимо ауторову тезу да је антиформализам исправна теорија о правном тумачењу, намеће се питање да ли то значи да судије одлуке доносе произвољно? Односно, уколико имају слободу да бирају између више потенцијалних значења правних текстова, како њихове одлуке нису хаотичне и неуједначене? Аутор нас не оставља без одговора и у последњем делу петог поглавља говори о детерминантама судијског тумачења права. То је и најоригиналнији и највреднији део књиге. Аутор разликује три врсте детерминанти судијског тумачења: нормативне, институционалне и епистемичке. Нормативним детерминантама аутор није посветио много простора, те нас упућује на праксу Врховног касационог суда (ВКС). У оквиру институционалних детерминанти разликујемо поделу власти и односе између судова. Епистемичке детерминанте су оне које потичу од епистемичких ауторитета, а то су најчешће професори права. Те детерминанте су уједно и облици институционалне контроле који омогућавају стабилност у примени права и обезбеђује правну сигурност у савременим правним системима.

Недостатак овог дела је то што обрада тема постаје све краћа како се приближавамо крају књиге. Најважнији и најоригиналнији део књиге, онај који говори о детерминантама судијског одлучивања, заузима само 33 стране, што чини само петину књиге. Рецимо, питања о неправним начинима тумачења права само је дотакнута, иако смо сигурни да аутор има још много штошта да дода на ту тему. Спрам важности тог дела књиге, требало му је посветити више простора. На самом почетку књиге аутор наводи да је ова књига нека врста увода за једно веће дело на енглеском језику *Institutional Control of Legal Interpretation*, која тек треба да буде објављена. Очекујемо да у том издању буду детаљније разрађене теме које овом издању недостају.

Предност овог дела је најсавременија литература и из света права и из области теорија одлучивања, која је анализирана објективно и критички. Такође, аутор даје значајне алузије и осврте на тренутна дешавања у свету и популарну културу те на тренутке заборављамо да је у питању правничко штиво. Спаић заиста успева да нас убеди да на судије и на исход њихове одлуке утиче читав низ фактора о којима нема ни речи у законским текстовима. Посебно ће бити занимљиво видети на који начин судије доживљавају ово дело и да ли се слажу са основном идејом књиге јер је „званична“ теорија о судијском одлучивању и даље формалистичка, а судије здушно негирају своју улогу у стварању права.

Тумачење права је активност која се одвија у одређеном друштвеном контексту – у одређеном правном систему, у одређеном политичком систему и у одређеном друштву. Друштвени контекст несумњиво утиче на то какво значење судије приписују правним текстовима. Ипак, правна наука се најчешће не бави тим неправним утицајима на судијске одлуке и негира их, а ова књига је корак ка томе. Она је добар пример сарадње правне науке са осталим друштвеним наукама и показатељ да једна другој имају много шта да понуде – а све са циљем долажења до истинитих научних сазнања.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Келзен, Ханс. 2007. Чиста теорија права. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Hart, Herbert. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.

- [3] Chen, Daniel L., Philippe Arnaud. 2020. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. Social Science Research Network.
- [4] McBoyle v. United States. 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, последњи приступ 1. новембра 2021.