

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Примена права као исходиште правног поретка
(мастер рад)

Ментор
Проф. др Марко Трајковић

Студент
Никола Ђорђевић
Број индекса: M053/23-0

Ниш, 2024. године

САДРЖАЈ

УВОД	3
I ПРАВО КАО ИЗРАЗ ДРУШТВЕНОГ И ПРАВНОГ ПОРЕТКА.....	6
II ПРАВНА НОРМА КАО ИМПЕРАТИВ И ЊЕНА ПРИМЕНА.....	12
III ТУМАЧЕЊЕ НОРМЕ ПРИ ЊЕНОЈ ПРИМЕНИ У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ	17
ЗАКЉУЧАК.....	40
ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	48
Сажетак и кључне речи.....	50
БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА.....	55

УВОД

Примена права захтева најпре објашњење методологије права, где се у избору термина слажемо са Радомиром Лукићем који за такав свој избор даје следеће објашњење: „Ако би се назвала методологијом правних наука, онда би се она ограничила само на онај начин бављења правом који се назива науком. Али поред научног бављења правом, људи се правом баве и на друге начине.“¹ Право је феномен који своју логику постојања остварује тек својом применом, али се током примене појам права неће исцрпети само у научном пољу бављења њиме. Из тог разлога за методологију права кажемо она изучава „методе који се употребљавају у нашем бављењу правом, било теоријско-сазнајном било практичком“.² Потом идемо даље, метод је пут или начин да се до нечега дође, у овом нашем правном свету да се дође до ваљаног сазнања права и његове што је могуће боље примене.

Методи које примењујемо при сазнавању и разумевању права су разнолики и зависе од самог предмета који желимо да сазнамо, истовремено, а то ће крајња анализа свега показати, сви ови методи морају ипак бити спојени у једно, интегралистичко једно.

Дакле, ваља кренути од дијалектичког метода који по својој природи одбацује статички начин схватања света права, те самим тим од њега захтева одтварање ка друштвеној стварности којој према Артуру Кауфману, право ваља да служи.

До општих истина у праву долазимо и методама које нису до краја правне, мада ни то са апсолутном сигурношћу не можемо рећи јер се до основних правних принципа и дошло надахнућем, попут принципа једнакости, пример Розе Паркс. То надхнуће видимо у „откривању извесних ставова у стању надахнутости, усхићења, које превазилази обично, хладно, „разумско“ стање“.³ Да ли је право религија и ако није зашто помињемо отрковење? Ипак, иако право није религија откорвењем налазимо оно стално, оно што чини онтолошку суштину права, оно што се неће променити нашим сазнавањем.

Како се ипак бавимо практичном димензијом права нама је неопходан догматички метод који се „примењује за сазнавање једне одређене стране, вида, елемента права као

¹ Р. Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1983, 3.

² Ibid., 4.

³ Ibid., 62.

нормативне појаве – његове садржине, као норме“.⁴ Ово даље значи да ми путем њега желимо да „утврдимо које су мисли садржане у норми“.⁵ Што постаје јасно већ у примени пране норме која свој смисао и добија кроз примену, те она мора да буде јасна, а задатак догматичког метода је да утврди „шта правна норма (одн. њихов одређени скуп) тачно значи...“.⁶ Из сличних разлога наведени смо да користимо и нормативни метод којим се „испитују норме као такве и њихови системи, не улазећи у њихову конкретну садржину као правила понашања“.⁷ Све би у праву морало да буде један систем те се овај метод „бави правом као целовитим нормативним системом који врши одређену друштвену функцију“.⁸

Применом права постаје јасно да нормативни свет права не може да постоји сам за себе, и да се сврха права неће окончати у нормативном свету, те нам је из тог разлога неопходан социолошки метод јер је право израз друштвених потреба. Социолошким методом се „утврђује текст норме која стварност постоји у свестима и понашању људи...“.⁹ Близак и у задатку социолошком методу је историјски који открива „открива један развојан узрочни ланац догађаја ...“.¹⁰ Тај се ланац неминовно дешава у политичкој збиљи те се сам по себи намеће и политиколошки метод јер право „као друштвена појава има и своју политичку страну или вид“ а оно је и „њено средство“ јер га „политика ствара да би јој послужило као средство, да би обезбедило и олакшало политичку власт владајућих“.¹¹ Примена права неминовно изазива одређене људске реакције, као и процес сазнања, које могу бити позитивне и изражено у понашању људи по норми, као и негативне изражене у одбијању примене те изазивају примену санкције. Ово није чудо јер „право се ствара извесним психичким процесима, а то исто важи и за његово сазнавање, као што ови процеси, пре свега вољни, играју одређену улогу при његовој примени“.¹² Пошто прихватимо холистичку поставку света постаје јасно да је један свет права повезан са другим световима, па самим тим и са другим световима права, те нам је из тог разлога

⁴ Р. Лукић, *Методологија права*, 110.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., 112.

⁷ Ibid., 134.

⁸ Ibid., 135.

⁹ Ibid., 90.

¹⁰ Ibid., 151.

¹¹ Ibid., 99.

¹² Ibid., 82.

посебно при примени права неопходан упоредни метод који „омогућава да се сазна и туђе искуство и, уколико би се овим методом обухватило целокупно право, и ово искуство би било потпуно“.¹³ На овај начин наметнуо се сам по себи интегралистички метод који захтева методолошку интеграцију, како то сматра Стеван Врачар. Овако је свет права само један део велике слике, што опет изазива и прихватање плуриперспективизма као идеје која иде ка „интеракцији разнородних перспектива“ а оне потом „стварају упоришта и мјерила за оријентирање у питањима која се односе на живот или на увјете и околности његова очувања“.¹⁴ Како право својом садржином и императивним карактером утиче на живот и његов квалитет јасно је да сваки овакав искорак у целовитом сагледавању њега као сложена појаве представља „методолошки напредак“.¹⁵

¹³ Р. Лукић, *Методологија права*, 152.

¹⁴ А. Ћовић, *Етика и биотика*, PERGAMENA, Zagreb, 2004, 11.

¹⁵ Ibid.

I ПРАВО КАО ИЗРАЗ ДРУШТВЕНОГ И ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Право је ипак само израз друштвених потреба, односно потреба друштва да нечим јачим, нечим што располаже већом силом, којом ће регулисати своје односе. Током тог регулисања и долази до примене права, односно примене правне норме која мења и обликује понашање људи у друштву.

Док тако регулише своје односе друштво се и стара о очувању свог поретка, односно бави се очувањем својих вредности које му између осталог и омогућавају опстанак. Тада постаје јасно да је главни задатак правне норме да својим императивним садржајем одува друштвене вредности усмеравајући понашање људи у одређеном правцу. Јасно је да се правни поредак издиже изнад друштвеног али и то да правни поредак настаје у крилу друштвеног поретка и његов је израз.

Примена права највише говори у прилог друштвеног израза правне норме, што значи да су директни узроци права друштвене потребе. Социолошки приступ праву одбацује међутим форму а истиче ефикасност у примени, што говори о приступу који „не гледа на право као на скуп важећих норми, него као на норме ефективно примењене у једном друштву“.¹⁶ Овако се примена права померила ма раван повезивања „нормативне технике и биолошких, економских, политичких, културних и других односа, при чему је од другоразредног значаја то што неки аутори више истичу фактичке односе а други нормативност“.¹⁷ Зато се сматра да основ права „није у начелу правде, ни у вољи суверена – законодавца, нити у унутрашњем формалнолошкој складу правног система“ они потом наглашавају да је он заправо у „стварним људским потребама и интересима унутар одређеног распореда друштвен моћи, или пак у самом остварењу нормативног садржаја у друштвеним односима“.¹⁸ Тако се искристалисало схватање да је јуриспруденција „једна грана у групи друштвених наука“,¹⁹ а право добија своју практичну димензију јер се посматра као „друштвена институција која обухвата изналажење норми кроз искуство и кроз свесно стварање“²⁰ и тиме су обезбеђени „друштвени интереси“.²¹ Јединственост

¹⁶ N. Bobbio, *Teoria della norma giuridico*, Torino, 1958, 61. Наведено према: N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981, 30.

¹⁷ N. Visković, *Pojam prava*, 30

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књига I, ЦИД, Подгорица, 2000, 156.

²⁰ Ibid., 10.

друштвеног света изродио је и социолошко-биолошки приступ праву те потреби да се створи „једна потпуни систем на основу неког биолошког принципа“.²² Из тог разлога је Ото фон Фирке сматрао: „Оно што човек јесте – дугује савезу човека са човеком. Могућност стварања асоцијација, удружења, које не само што унапређују моћ оних који заправо живе у садашњости већ, изнад свега, кроз своју сталност и надживљавање личности појединца, повезује прошлост расе са оним који тек долазе, дајући нам прилику за развијање историје“.²³ Тако је право „манифестација заједничког живота људи“,²⁴ а „групна воља боље разуме ако мислимо на интерес а не на вољу“²⁵ јер право поседује „унутрашњу снагу“ независно од спољне снаге државе, и то пошто је право „израз убеђења једне заједнице“²⁶ и истовремено оно је пропис „ума за ограничење воље“.²⁷ Да би што боље остварило друштвене интересе правној норми као облику друштвених норми додати су снага и моћ државе са циљем да се држава „ставља у службу права“.²⁸ Тако је и Георг Јелинек сматрао да правни пропис „опстаје у акцији када и где власт која га је донела има подршку социјално-психолошке моћи“.²⁹

Право јесте друштвена појава и потреба и како смо то већ нагласили оно има свој неодвојив нормативни вид постојања, утолико је тачно да је правник онај који се ваљано креће у свету права, и том свом кретању он, правник, води своје клијенте, дајући им правно мишљење и могућа правна решења³⁰ онда је јасно зашто је Томас Холанд дефинисао јуриспруденцију као формалну науку.³¹ Те ће Џон Остин говорити о праву као о заповести и нареди, јер према његовом схватању свако је право само наредба.³² А ми ваља да се као правници бавимо само оним правом које се може назвати државно, односно позитивно право, те је из тих разлога предмет јуриспруденције позитивно право.³³ Из ових

²¹ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књига I, 10.

²² Ibid., 163.

²³ Ibid., 167.

²⁴ Г. Фасо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица, 2007, 563.

²⁵ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књига I, 168.

²⁶ Г. Фасо, *Историја филозофије права*, 563.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књига I, 170.

³⁰ Т. Е. Holland, *The Elements of jurisprudence*, The Lawbook Exchange Ltd. Clark, New Jersey, 2006, 2.

³¹ Ibid., 5

³² J. Austin, *Law as the Sovereign's Comand*, from *The Province of Jurisprudence Determined*, etc, у: C. Johnson, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Company New York, 1993, 33.

³³ Ibid., 31.

поставки се јасно види значај „обазривости“ у примени права која дакле сама по себи подразумева одређену употребу силе. Ипак, све се у свету права не може заснивати на нормативном стубу, мора се унети и поље моралности.³⁴ То нас је навело да прихватимо дефиницију Николе Висковића који се истовремено определио за интегралну дефиницију права за које сматра да је процес узајамног условљавања и „имплицирања међуљудских понашања и вредносно-нормативних ставова који то понашање“ квалификују онако како могу те га потом и усмеравају, укратко по њему, уз неке наше измене, право припада „специфичној друштвеној стварности“ а која је „нормативно уређена“ и то према историјски променљивим вредностима, што говори о „јединству-различитости“ у интегралној дефиницији права.³⁵

Након што смо се бавили појмом права, а пре него што кренемо путем његове примене морамо осветлити делатност стварања права, која је баш таквог карактера да се одвија у „разложном мишљењу“ као уосталом и целокупан човеков живот,³⁶ али да ли је то довољно за стварање ваљаног закона? При овоме нам помоћ долази од логике,³⁷ односно човеков разум стоји као основно средство при стварању права. Тако и долазимо до поделе метода коју је извршио Радомир Лукић на оне методе чијом употребом се добијени искази доказују и оне чијом употребом се добијени искази не доказују.³⁸ Дакле, они чијом употребом се добијени искази доказују деле се на: проширење искуствених исказа на надискуствене, априористички метод, аксиоматски метод, дедукција из априорних и аксиоматских ставова.³⁹ Опет методи у стварању права чијом употребом се добијени искази не доказују су: интуиција, надахнуће, откровење и аксиолошки метод.⁴⁰ Најпре, можемо говорити о проширење искуствених исказа на над искуство доводи до тога да се исказ који је заснован на искуству схвати као важећи и за неке појаве које се налазе ван искуства, а на неки начин су повезане са искуством, а заправо се ради о односу стварност – вредност.⁴¹ Тако се враћамо на тему о коју смо већ начели, да се основни принципи који

³⁴ L. Fuller, *Morality of Law*, 645, у: A. J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 160.

³⁵ N. Visković, *Pojam prava*, 47 и 49.

³⁶ Т. Аквински, *Izabrano djelo*, Globus, Zagreb, 1981, 35.

³⁷ Ibid.

³⁸ Р. Лукић, *Методологија права*, 56-65.

³⁹ Ibid., 56-60

⁴⁰ Ibid., 60-65.

⁴¹ Ibid., 56.

се данас подразумевају морају у једном тренутку створити, да се они сами по себи неће спустити из надискуственог света у свет реалности. Исказ који се изводи из искуствених појава о којима је стечено искуство сматра се важећим, према Лукићу, и за неке друге појаве о којима оно није стечено, али се начелно може стећи.⁴² Зато Лукић и сматра да: „У ову врсту спадају и сви филозофски искази који на основу садржине норми права датог у искуству закључују о садржини надискуственог права“.⁴³ Зато и наводи пример да присталице природног права „тврде да природно право садржи норме о забрани убиства, о поштовању уговора, о надокнади штете ...“.⁴⁴ Даље можемо говорити о априористичком методу и аксиоматском методу, први који прави везу између урођених сазнања без који не би било могуће искуство, и други који сврху има у утврђивању ставова чија је истина самоочевидна за сваког.⁴⁵ Тако су опет настали примарни принципи једног друштва, односно вредности су добиле своју реалност, и то попут вредности мира, реда. У овоме нам свакако помаже разум и то онда када прихватамо „дедукцију из априорних и аксиоматских ставова“ јер њима долазимо до нових сазнања, а „без потребе да се позиве упомоћ искуство“ те се тако, наводи Лукић, из става да су сви људи једнаки извлаче њихова једнака права у погледу права гласа, својине“.⁴⁶ Тако су овим путем створена прва начела правног поретка.

Ствараност препознаје према Радомиру Лукићу и спонтано стварање права путем обичајног права, и то онда када држава преузима норме обичајног права и претвара их у правне јер је то њен интерес, и то путем додавања својих санкција и свог ауторитета иза њих. Друштво можда наступа стихијски у стварању обичаја, и можда демократски, али држава то неће учинити.⁴⁷ Са овим је свакако повезано и стање када држава препознајући свој интерес „обичној“ стварности даје правни карактер, односно то је делатност који можемо овако описати „све оно што право додаје обичној, неправној стварности како би је претворио у правну“.⁴⁸ Радомир Лукић за давање овог руха даје пример својине која одржава „фактичко постојеће стање у друштву“ односно „чињеницу да људи имају у својој власти одређене ствари и да су други људи искључени из тога“, али право потом

⁴² Р. Лукић, *Методологија права*, 56.

⁴³ Ibid., 57.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., 58-59 и 59.

⁴⁶ Ibid., 59-60.

⁴⁷ Ibid., 167, 168 и 169.

⁴⁸ Ibid., 203.

преображава ту стварност тако што јој додаје „примену државне принуде“.⁴⁹ Дакле, право уз помоћ државног ауторитета једну стварност претвара у правну и тиме усмерава понашање људи у друштвеним односима, а као пример имамо васпитавање и издржавање деце, родитељи би то и сами радили, нека то буде једна оптимистичка претпоставка, али право жели да одреди правила испод којих се не може ићи.⁵⁰ За примену права ово је важна „тачка“ постоји ситуација када право путем правних појмова стварност језичиким путем претвара у правну, а том приликом оно у себи има појмове из обичног живота и „правне појмове“ који су „посебна творевина права“. Као примере за ово можемо навести следеће „правни појам родитељ или муж“ спада у неправне појмове јер „њихов супстрат већ постоји у стварности“ он је само преображен у „правну појаву“, али тужилац, окривљени или правни лек спадају у правне појмове „пошто изражавају једну правом створену појаву, чији се супстрат не налази у обичној стварности“.⁵¹ Овоме додајемо и изведене правне појмове у којима се налази прави елемент више различитих правних појмова који одржавају стварност, али су потом ти правни елементи спојени у једну целину, као што је то са појмом субјект у праву, као изведен појам из појма „оца, детета, кривца, уговарача“.⁵² Примена права захтева и одређење појма правно начело, а што је такође изведен правни појам, и представља у својој суштини апстрактне норме, које су изведене из оних које су мање апстрактне и потом начела важе за низ случајева који су већ обухваћени и нижим нормама. Тако се „из низа норми којима се прописује да се накнади штета у одређеним конкретним случајевима изводи опште правно начело о накнади штете, а из низа норми које прописују кривична дела изводи се опште начело о кривичној одговорности“.⁵³

Из домена стварања права, а за домен његове примене изузетно је важно одредити циљ тог стварања, јер онда и сама примена „другачије“ тече, мада је јасно „циљ права ће бити у суштини одређен општим циљем дате владајуће класе...“.⁵⁴ Релација вредност – стварност захтева прецизност у испитивању узрочне везе, мада ту постоје тешкоће у испитивању „узрочне везе између права и његовог друштвеног циља“ због чега се дешава

⁴⁹ Р. Лукић, *Методологија права*, 201.

⁵⁰ *Ibid.*, 202.

⁵¹ *Ibid.*, 205.

⁵² *Ibid.*, 206 и 207.

⁵³ *Ibid.*, 215.

⁵⁴ *Ibid.*, 172.

да право остаје „неефикасно“, односно неће остварити задате циљеве.⁵⁵ Ово је једноставно тачно јер обично „нема никаквог подробног испитивања, него се на основу општег искуства и традиције стварају норме за које се мисли да ће остварити циљ“.⁵⁶ Након тога о „главну садржину треба прецизирати, „умити“, прилагодити захтевима права, а, пре свега, захтевима јавног мњења“.⁵⁷ Посебно је важно због примене обезбедити „довољну гipкост и прилагодљивост општих правних норми различитости случајева које обухватају“.⁵⁸ На крају, правну норму примењују они који нису учени правници, они којима су императивни захтеви упућени те тако творац права мора да „изабере и прецизира онај језички и појмовни апарат који ће најтачније изразити ону садржину права коју је он утврдио у предходном поступку“ који ће истовремено бити разумљив „великом броју људи“ који су „међу собом веома разноврсни“.⁵⁹ Као крајње техничко решење правни пропис мора да буде објављен у службеним гласилима и у аутентичном облику, јер без овога није могуће ни замислити његову примену.⁶⁰

⁵⁵ Р. Лукић, *Методологија права*, 176.

⁵⁶ *Ibid.*, 177.

⁵⁷ *Ibid.*, 178.

⁵⁸ *Ibid.*, 179.

⁵⁹ *Ibid.*, 180-181.

⁶⁰ *Ibid.*, 182.

II ПРАВНА НОРМА КАО ИМПЕРАТИВ И ЊЕНА ПРИМЕНА

Сврха стварања правне норме исцрпљује се у њеној примени, односно ради се о „претварању права у стварност“ а то је „његово остваривање“.⁶¹ Ова практична делатност може посматрати и у ужем смислу те је онда то примена опште правне норме на конкретна случај или извођење појединачне норме за тај конкретан случај из опште норме. Све ово можемо сузити и везати примену права само на извршење санкције.⁶² За ово је нужно да постоји норма и субјекат њене примене.

Примена права је у неку руку и тежа од њеног стварања те се за примену права везују случајеви које Роналд Дворкин назива тешки случајеви *hard cases*, када примена захтева више од пуког познавања права и правног система кода онај ко примењује право мора да искористи целокупно своје знање из свих области. Када се назначило да је неопходан субјекат примене, јасно је да заправо најчешће овде говоримо о оном субјекту који има апарат присиле који се труди да примена буде ефективна.

Та ефективна примена значи да ће се људско понашање усмерити и прилагодити правној норми, односно субјекат ће се понашати или по примарној заповести израженој у диспозицији или по секундарној заповести израженој у санкцији. У сваком случају заповест је императивног карактера и неће оставити простор за другачије понашање од прописаног. Мада се ми можемо понашати по диспозицији што ће бити оначено као добровољно понашање а можемо бити и присиљени путем санкције, те је тако Лукић добровољну примену означава као „најчешћи нормалан случај примене права“⁶³ што значи да се ради о понашању које је очекивано и које представља друштвени интерес, као и интерес класе на власти. Ипак, како је право хетерномног карактера и код добровољне примене права можемо говорити о елементима принуде, јер постоји страх од санкција. Док ће потпуна принудна примена права у најужем смислу подразумевати понашање по санкцији и њену примену. Идеално, али никкад достигнуто стање ствари, била би добровољна примена права из убеђења у његову вредност.

⁶¹ Р. Лукић, *Методологија права*, 221.

⁶² *Ibid.*, 221 и 222.

⁶³ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995, 303.

Више је разлога за заинтересованост државе за добровољно понашање људи по правним нормама, један је ефективна примена норме без застоја, а други је идеолошке природе, јер се гради слика о позитивном праву које је опште прихваћено у друштву. Ипак, држава не поклања превише вере у своје грађане и она ће примену обезбедити санкцијама, чиме ће грађани бити путем санкције натерани да поштују правну норму путем механизма принуде. Што значи да је диспозиција била „тако подешена да је могла бити прекршена, јер је њена примена зависила од воље субјекта диспозиције“.⁶⁴

Методолошки посматрано примена права обухвата следеће: правну сигурност – јер право мора да буде такво да се тачно може применити како је прописано, ефикасност примене – састоји се у намери да право изазове оно дејство које му је постављено као циљ и њену економичност – односно да до примене дође најкраћим путем, што подразумева уштеду времена, људских радњи и материјалних средстава.⁶⁵ При овоме правимо разлику између две ситуације, да ли је неки случај регулисан општом или појединачном нормом, те тако ако је регулисан општом нормом примена права подразумева утврђивање опште норме, те стварање појединачне норме и још понашање субјекта по норми, док ако је случај регулисан само појединачном нормом онда се све код примене своди на понашање људи по правним нормама.

Повезани су садржај и примена правне норме, и један од другог зависе, а сам процес примене подразумева да „субјект диспозиције или санкције мора да сазна правило понашања које му је упућено, затим да мотивише своју вољу да по њему поступи“.⁶⁶ Ово нас наводи на закључак да се примена састоји из психичких и телесних радњи, чији је циљ извршење заповести, односно тачно одређивање захтеваног понашања, чиме и омогућава његово извођење. Ово захтева од нас да се најпре сазна садржај правне норме, како би она могла да се примени; потом се прелази на тумачење правне норме, што је даље и процес сазнавања норме, онда следи утврђивање фактичке ситуације, заправо утврђивање конкретног случаја, чиме се протумачена норма доводи у везу са утврђеним чињеницама, па се закључује да се може применити; даље имамо људску радњу примењивања саме

⁶⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 304.

⁶⁵ Р. Лукић, *Методологија права*, 223.

⁶⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 306.

норме, односно непосредну примену права, што значи заправо да субјекат врши радњу коју му одређује сама норма.⁶⁷

Колико правницима у самој примени помаже догматички метод? Током примене он ће служити да утврдимо значење опште правне норме, мада, како се норма овде не тумачи апстрактно, већ је везана за конкретан случај и самим тим мења свој садржај донекле, ми користимо и социолошки метод тумачења.⁶⁸ Овај се моменат утврђивања опште правне норме за конкретан случај може се поделити у две етапе, и то значи да се најпре „мора имати преглед, што потпунији, целокупног права, који треба да је тако подешен да се релативно брзо могу утврдити норме које долазе у обзир да буду примењене на конкретан случај, а затим се ове норме подробније тумаче догматичким методом“.⁶⁹ Познавање свих норми једног правног система, посебно оног који се мења, је тешко, али помоћ при овоме добијамо од „класичних метода“ утврђивања опште правне норме за конкретан случај, а који се састоје у „обradi правних извора од стране правне науке“ где се ти извори разврставају по „областима, гранама и мањим деловима позитивног права и објављују у разним облицима“.⁷⁰ Потом се прелази на тумачење опште норме, а добијени резултат може бити позитиван, дакле норма се заиста односи на тај случај, или негативан, односно она се не односи на дати случај. Ако се то догоди иде се ка тумачењу друге норме за коју се претпоставља да се односи на дати случај, и тако се иде док се не нађе норма која регулише дати случај, а може се утврдити да тај друштвени однос није регулисан представља правну празнину. Потом се прелази на утврђивање која општа норма може да се примени на конкретан случај, и то се врши на основу оних чињеница које су садржане у претпоставци диспозиције те правне норме, након чега се утврђује да ли оне заиста постоје. Оно што је потребно за један правни поредак да би примена права текла ваљано је да и поред могућности да уврђивање чињеница обаве и недржавни субјекти, ипак то учине државни органи у формалним поступцима, чиме се смањује могућност грешке.

Радомир Лукић код асптрактне правне норме, прави разлику и каже да постоји „полазна ситуација“ која је одређена у диспозицији, како би се остварила долазна ситуација. Што

⁶⁷ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 308.

⁶⁸ Р. Лукић, *Методологија права*, 226.

⁶⁹ *Ibid.*, 227.

⁷⁰ *Ibid.*, 228.

значи да је полазна одређена у претпоставци а долазна у самој диспозицији.⁷¹ Као пример нам може послужити следећи правни однос и захтев да сви грађани морају да плаћају порез, полазна је ситуација постојање грађана који располажу имовином, а долазна одређен износ који ће се платити. Дакле, обе чињенице морају да се утврде. Долазна ситуације, може да проистиче из полазне, тако на пример „ко је закључио дуг, дужан је вратити га“, имамо дакле узрок и последицу, али, она може да настане и људском радњом независно од полазне ситуације, што значи да веза узрок последица није лако видљива, попут примера да ко наврши 18 година живота мора да води рачуна од правним последицама својих поступака, што значи да долазна ситуација настаје из конкретног понашања, а не из стицања пунолетства.⁷² Наравно, код конкретне норме, полазна ситуација се не утрђује, она је остварена, утрђује је се само долазна, попут ситуације у којој је лице А дужно да служи војску, лице А је дужно да плати порез, а зашто то морају да учине се не може видети, само се види обавеза примене норме.⁷³

Пошто код примене права нагласак стављамо на примену од стране државних органа који утврђују правну стварност, они и утврђују „правну истину о чињеницама“.⁷⁴ Разлог правне сигурности се некада супротставља стварној сагласности стварности и материјалне истине, јер се овако утврђена истина једноставно из разлога правне сигурности мора поштовати, опет из разлога начела формалне истине, које захтева са своје стране да су државни органи, упркос свом уверењу обавезни да истинитим сматрају неку чињеницу, и то чим за њу постоји одређен број доказа, и обрнуто. Онда када онај ко примењује правну норму, најчешће државни органи, реши сва правна и чињенична питања, тада се „прилази поређењу између чињеница како су предвиђене у протумаченој норми и оних које су утврђене у стварности“ те ако се нађе да су стварне чињенице тачно оне које су у норми предвиђене као услов за примену норме, прилази се закључку, односно правном силогизму.⁷⁵ Тај се силогизам обично састоји од две претпоставке и једног закључка, где прву претпоставку или виши суд, представља значење протумачене норме, док другу или нижи суд, чини сам суд о постојању чињеница предвиђених у норми, а закључак чини констатација да норма треба или не да се примени. Тако ово можемо видети на следећим

⁷¹ Р. Лукић, *Методологија права*, 231.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid., 233.

примерима: општа норма гласи да је свако ко има приходе дужан да плати порез – то је прва премиса, тада суд о утврђеном чињеничном стању одговара нормама, пошто лице А има приходе – то је друга премиса, која се исцрпљује у непосредном опажању, али и извођењу доказа, попут потврде о уплаћеним новчаним средствима на његов рачун, оно је дужно да плати порез, што предствала правни закључак.⁷⁶

Шта је сврха права у једном правном поретку? Сама дефиниција правног поретка као појма који има нормативни и фактички део поставља јасну ситуацију да је сврха права остварена тек његовом применом, односно тек понашањем људи по правним нормама. У правном поретку ми не можемо да замислимо идеалну добровољну примену диспозиције, већ можемо да замислимо само примену диспозиције уз принуду „јер се санкција „по правилу примењује употребом принуде“.⁷⁷

⁷⁶ Р. Лукић, *Методологија права*. 233.

⁷⁷ *Ibid.*, 235.

III ТУМАЧЕЊЕ НОРМЕ ПРИ ЊЕНОЈ ПРИМЕНИ У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ

Примена права захтева тумачење онога што ће се применити. Сама примена нема могућности да због нејасности правне норме „прође“ без тумачења, а норма до нас долази у писаном облику те захтева језичко тумачење као нешто од чега полазимо. Ипак, значења прелазе границе језика те тако „Тумачење правне норме није ништа друго до утврђивање тачног смисла норме, смисла који није увек лако открити, и на први поглед“.⁷⁸

Како је предмет наше пажње херменеутика морамо назначити да је она била предмет рада и Лудвига Витгенштајна, Хелмута Коинга, Ханса-Герога Гадамера, Вилхема Дилтаја, Емилио Бетија, Хајнриха Ромбаха, Хелмута Фетера, Јиргена Хабермаса.

Сваки од њих је херменеутику везивао на неки начин за тумачење, и то оно које се јавља „тамо где постоје текстови с претензијом на обавезност који због временског растојања нису више непосредно разумљиви, па се стога морају интерпретирати“.⁷⁹ Релацијски однос разумевање – примена права јасан је сам по себи. Хелмут Фетер је приметио језичку сличност, која иде и више и даље од саме језичке сличности, између речи херменеутика и „имена грчког бога Хермеса“ који је гласник, долази из далека, те представља нешто непознато, док је Хестија „богиња огњишта и дома“ те самим тим представља нешто познато.⁸⁰ Овај спој Хермеса – нечег непознатог и Хестије – нечег познатог, представља основ сазнања и рада у свакој, па и у правној науци, јер ако је све непознато како ишта сазнати, радити на нечему, а ако је све познато, чему било какав труд.

Право је израз свести и језика те је сасвим могуће да буде „неразумљиво“, односно да се не може наћи његов смисао, или смисао наредбе, питање је да ли се тумачењу сме прићи као „вештини да се из неког текста добије оно што се у њему не налази“.⁸¹ Пошто је израз свести и језика, објективног и субјективног могућност разлике у ономе што се жели нормом и онога што је изражено језиком неминовно је тумачење, које можемо

⁷⁸ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 223

⁷⁹ Х. Фетер, *Херменеутички огледи*, Досије, Београд, 2000, 25.

⁸⁰ *Ibid.*, 32.

⁸¹ *Ibid.*, 25.

одредити као „пут од опажања неке појаве или нацрта једне могућности ка схватању њеног смисла“.⁸²

Наравно, ми се не можемо ограничити само језиком, те значење ваља тражити и ван језичких оквира, онда када је заповест изражена гестом, али ипак језик је најпрецизнији систем знакова тако да се тумачње заснива на „језичком подручју“ које је задничко „аутору и његовој првобитној публици“.⁸³ Ипак, ваља рећи да је много важније од саме технике тумачење, открити за стабилност примене мотиве тумачења норме који би морали да обезбеде непристрасност при примени правне норме. Тако „Изградњу разумевања називамо ‘тумачењем’. У њему разумевање разумевајући усваја оно што је разумело. У тумачењу разумевање не постаје нешто друго, него оно само“.⁸⁴ Како је човек ипак само човек, његова моћ тумачења је омеђена њиме самим, те „Тумачење често може само да омеђи оквир у којем су различита решења, рационално, подједнако вредна“.⁸⁵ Ипак, норма је „оквир“ и то такав да у њој самој постоји „више могућности извршења“, тако судска пресуда заснована на закону се заправо „држи оног оквира који представља закон“.⁸⁶ Значај тумачења испољава се и у томе да је оно „духовни поступак који прати процес стварања права у његовом развоју“.⁸⁷

Ток тумачења обухвата два момента, односно најпре се утврђује „значење знакова помоћу законика значења“, а потом се тако утврђено значење „допуњава и прецизира откривањем веза између појединих знакова“ при чему се у ово укључује повезивање са друштвеним појавама.⁸⁸

Како већ стоји у одабиру израза методологија права, исто понављамо и овде, тумачење је свакодневна делатност која подразумева „тумачење правног поретка као целине, што опет подразумева да постоји „тумачење права кроз постојећу правну норму“ и тумачење када норма „не постоји, када постоји правна празнина“.⁸⁹ То свакодневно тумачење може се означити као спонтано, али ми можемо као посебно издвојити и оно које захтева посебну пажњу државних органа, што би значило да тумачење права у овим посебно тешким

⁸² Х. Фетер, *Херменеутички огледи*, 26.

⁸³ *Ibid.*, 27.

⁸⁴ *Ibid.*, 37.

⁸⁵ Р. Валтер, *Теорија права Ханса Келзена*, Досије, Београд, 1999, 29.

⁸⁶ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998, 63 и 64.

⁸⁷ *Ibid.*, 61.

⁸⁸ Р. Лукић, *Методологија права*, 108.

⁸⁹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 223.

случајевима „треба да развије метод који омогућава да се утврђени оквир исправно пупуни“.⁹⁰ Сами субјекти тумачења већ говоре о разлици у снази тумачења, те тако оно тумачење које врше државни органи попуњавајући оквире има императиван карактер, за разлику од оног које врше недржавни субјекти које можда јесте ваљано, али нема преко потребан инструмент присиле да би био наметнут.

Правни систем би морао бити непротивречна логички сређена средина у којој се норме стварају и потом преносе у фактички део правног поретка у којем се потом људи понашају по њима. Ово значи даље да се оне морају схватити и систематски, односно тумачити на начин да све оне припадају једном логички непротивречном и сређеном правном систему. Тумач једноставно жели да правне норме при примени остварују задатак опстанка правног поретка. А да би се то догодило право једноставно мора да се разуме, те је јасно да „разумевање израста из практичних интереса, из потребе људи да се међусобно разумеју“.⁹¹

Јирген Хабермас као и они који који припадају Франкфуртској школи, сматра да херменеутика ваља да образложи и критеријуме „за истините или погрешне судове у етичком и политичком смислу“, али и да према Полу Рикеру она је више „одгонетање слика у постојећем тексту“.⁹² Мада је за нас прихватљивија Гадамерова поставка да је херменеутика утврђивање неког заједничког смисла, који постаје „база за разумевање“.⁹³ Али, у откривању тог заједничког смисла ваља прихватити „херменеутичку ситуацију“, односно ваља се окренути „другим хоризонтима“, што опет значи наићи на нешто стране, те свој хоризонт ставити на пробу, а ово ћемо посебно имати у ситуацијама када сопствени правни поредак приближавамо или усклађујемо са оним универзалним, са међународним правилима.⁹⁴

Остварење овог задатка захтева прихватање идеје Артура Кауфмана да „језик конституише право“⁹⁵ а да је споразумевање језиком могуће баш због његове социјалног порекла и природе. Живот је једноставно динамичка појава, а право га прати, те тако морамо ићи и ван апстрактних правних норми и ван статичког тумачења. Ово од тумача

⁹⁰ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 64.

⁹¹ Х. Фетер, *Херменеутички огледи*, 36.

⁹² Ibid., 41.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid., 40.

⁹⁵ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Гунтенбергова галаксија, Београд-Ваљево, 1998, 9.

захтева, без напуштања његове надлежности, да уједначи правне норме са животним околностима., односно он мора да помогне отварању права ка животним чињеницама, те из тог разлога морамо прихватити идеју „херменеутичке ситуације“ и „могућностима разумевања смисла и језика“⁹⁶ када се говори о херменеутици. Ово захтева прихватање идеје динамичности живота, те самим тим и права које ће се отворити ка животним чињеницама. Све ово значи да ће свака промена друштвеног живота захтевати и промену у језику као начину изражавања, јер и он језик има своју социјалну, односно друштвену основу као и свој друштвени задатак.

Постаје веома јасно да је исходите правног поретка остварење, односно примена правне норме, па и правног система, као његовог нормативног дела, у целини. Тада је и могуће увидети да је предмет тумачења у најужем смислу правна норма као најмањи елемент правног система, а овај цео процес везујемо за „тумачење општих и аспстрактних правних норми, односно извора права, односно закона“.⁹⁷ Након овога се, мада доста површно, усвојило становиште које тумачење везује за тумачење закона, иако је то преуско схватање јер се тумаче и појединачне норме „Једино што је тумачење појединачних норми лакше, због њихове веће конкретности, и мање пада у очи“.⁹⁸ Одавде следи једноставно да је свака правна норма предмет тумачења, али у тај процес улази и тумачење правне радње, тужбе, жалбе, изјаве сведока, вештака, тумаче се и деликти.

Шта год да је предмет тумачења, што је и нормално када видимо ширину правног поретка, ваља му наћи смисао, док су узроци који изазивају тумачење практичне природе што већ само по себи произлази из појма примене норме. Током примене неминовно долази до потребе за тумачењем јер „они који стварају и формулишу норме нису савршени“, а и да јесу правна норма „казује извесне мисли“ а оне су изражене путем одређеног знака, те онда морамо утврдити шта тај конкретан знак значи.⁹⁹ Узрок за тумачење примени права је „неслагање, односно непоклапање између ознаке и мисли, између норме, текста, који леже пред нама као знаци једне мисли, и саме те мисли“, јер

⁹⁶ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 241.

⁹⁷ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 223.

⁹⁸ *Ibid.*, 224.

⁹⁹ *Ibid.*, 231.

норма „не изражава у већини случајева тачно и прецизно смисао који треба да изрази“.¹⁰⁰ Опет разлог за ово налази се у несавршености творца норме као и језика као основног средства изражава уопште те самим тим и изражавања садржаја императивног захтева. А динамика живота истовремено захтева и промене у самом начину изражавања или ситуације где дати изрази добијају другачији смисао. Тако и долази до везивања тумачења са тражењем смисла правне норме као предмета тумачења. Радомир Лукић сматра да до тог смисла долазимо тако што полазимо од језичког тумачења које се заснива на граматици јер је она објективна, јер и проистиче из нечег што је објективно, а за сва остала тумачења правне норме, која долазе касније морамо да одредимо „једну руководећу идеју како ћемо их употребити, у ком правцу, који циљ желимо њима постићи“.¹⁰¹

Правни поредак има свој нормативни део који је једна већа целина, те правну норму тумачимо као део те целине, и из тог разлога Шлајермахер, даје свој „Други канон: смисао сваке речи на неком датом месту мора се одредити по њеној заједници са оним речима које је окружују“.¹⁰² Даље у изградњи „херменеутичког круга“ можемо ићи у правцу „усмеравања погледа ка целини“ односно „интерпретацији појединачног из целине“, односно интерпретацији правне норме из правног система.¹⁰³ Зато се и може рећи да код тумачења пре говоримо о спирали него о кругу, јер се нагомилавањем детаља и сама слика целине мења, исто важи за однос правне норме и система права.¹⁰⁴

Колико год желели да замислимо да је правни поредак савршена творевина, он а ни његов нормативни израз правни систем нису, јер су производ несавршених бића, али и због тога што је живот садржајнији и богатији, као и због његове брже промене од правног система и поретка. Све ово у практичном домену отежава примену права у правном поретку, те можемо рећи да „Изналажење једне појединачне норме за случај правне празнине представља тумачење у ширем смислу“.¹⁰⁵ Када тумачимо једну или неколико повезаних норми, можемо овај процес означити као тумачење у ужем смислу.

Шта су правне празнине у једном правном поретку? То су друштвени односи који нису

¹⁰⁰ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 231-232.

¹⁰¹ Ibid., 235 и 236.

¹⁰² Х. Фетер, *Херменеутички огледи*, 27.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., 28.

¹⁰⁵ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 265.

регулисани правом, поставља се питање, да ли је могуће да „сваки однос који долази у право садржи један правни пропис“? Ово није могуће због сложености друштвеног живота, његове непредвиљивости и динамичности.¹⁰⁶ Наравно, када се тумачи већа целина попут правног система постаје јасно да се тумаче и правне празнине, односно друштвени односи који нису регулисани. Када настају правне празнине? Тренутак њиховог настанка везујемо за моменат доношења правних аката и те ће се назвати почетним. Разлог за њихов настанак налази се у несавршености и немару творца. Следећи тренутак је након доношења правних прописа, а разлог налазимо у настанку нових и другачијих друштвених односа. Опет, правне празнине можемо поделити на апсолутне које се не могу попунити, и релативне које се могу попунити ако се касније донесе правни пропис. Потом их делимо на праве које се појављују када сложенији друштвени однос регулисан општом правном нормом, али делови тог односа нису регулисани; и неправне када читава област друштвених односа није регулисана општим нормама, али све друге норме које регулишу друге односе могу непосредно да се примењују. Ове празнине су празнине ван норми.

Да ли има савршених твораца правних прописа? Оборива претпоставка каже да, ипак стварност је побија, те одатле долазимо до потребе за тумачевом активношћу. Дакле, ова оборива претпоставка покреће тумача да „напрегне све своје силе да би замислио конкретна решења „савршеног“ творца права и сам их остварио“.¹⁰⁷ Поред свих наведених врста празнина, можемо навести и техничке празнине које су производ и последица слабог правног регулисања друштвених односа, а истовремено су резултат несавршености творца, односно када „законодавац пропусти да нормира нешто што је морао да нормира“ ми то одређујемо као техничку празнину.¹⁰⁸ Даље се могу појавити вредносне празнине у ситуацији када норме нешто негативно уређују.¹⁰⁹

Док је техничке празнине лако отклонити, са вредносним није тако. Оне се по својој природи теже отклањају јер их творац и неће видети као празнине попут Немачке у периоду 1933-1945. година. Овде би везано за вредносне празнине могли истаћи и Келзенов став да празина „није ништа друго него разлика између позитивног права и

¹⁰⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 265.

¹⁰⁷ Р. Лукић, *Методологија права*, 125.

¹⁰⁸ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 68.

¹⁰⁹ N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001, 254-255.

једног поретка који се сматра бољим, праведнијим, исправнијим“.¹¹⁰ „Развијање правних норми“, појам који Радомир Лукић везује за ситуацију када државни органи морају да регулишу дати случај, а постоји правна празнина, предствља приступ налажења правног прописа који ће то регулисати, при чему имамо следеће могућности: да се користимо аналогијом и *argumentum-om a contrario*, потом обичајним правом и на крају да самостално створе конкретне правне норме за дате правне односе.¹¹¹ Ако се прати овај пут, односно могућности државног органа може се закључити „попуњавање правних празнина је радња која спада у стварање или примењивање права“.¹¹² Нема апсолутне моћи оног ко примењује правни пропис око попуњавања правних празнина, те је тако Келзен сматрао да посебну пажњу ваља посветити решавању питања „законодавчевих празнина“. Ако попуњавање правних празнина оставимо ономе ко примењује пропис, ипак он неће стати на место законодавца.¹¹³ Ако би се ономе ко примењује право дала већа слобода могуће да би дошло до поремећаја идеје поделе власти, док ће с друге стране то из перспективе школе слободног стварања права донекле бити добро јер је живот динамичан а онај ко право примењује није само фигура правног поретка, већ има своју активну улогу.

Правни поредак има свој фактички елемент, односно састоји се из дела примене права, те се тако долази и до питања субјеката тумачења. То се тумачење може вршити у „процесу непосредне примене права на конкретна случај од стране субјекта који је позван да дотичну норму коју тумачи, односно право примени“, али може бити и „независно од примене, у циљу припреме за будућу примену“.¹¹⁴ Одавде произлази да у првом случају можемо говорити о следећим тумачима: ствараоци нижих општих норми и то у ситуацији када тумаче опште више опште норме а приликом стварања нижих норми; потом то су творци појединачних норми и субјекти који су дужни да се понашају по правним нормама. Док у ругом случају то је доносилац правне норме, када тумачи норму коју је сам донео и то је аутентично тумачење, попут ситуације када законодавац тумачи своје законе доношењем новог интерпретативног закона, ово је тумачење ретко и важи за убудуће, а ретко има повратну снагу јер није сасвим самосталан акт. Он је садржински повезан са актом који се тумачи, и његов је саставни део, осим што није донет када је доношен акт

¹¹⁰ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 67.

¹¹¹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 265, 267 и 268.

¹¹² Р. Лукић, *Методологија права*, 127

¹¹³ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 69-70.

¹¹⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 227.

који се тумачи. Потом се као тумач јавља и правно надлежни државни орган који тумачи најважније норме, и на крају то је правна наука као тумач, односно то је доктринарно тумачење.¹¹⁵

Питање тумача можемо одредити као тумачење државних органа, односно то је оно тумачење које врши сам законодавац и оно које врше други државни органи, на пример суд, даље то је и тумачење правне науке, али овоме можемо додати и тумачење друштвених субјеката. Даље, тумачење свих других друштвених субјеката и приватних лица разликује се од тумачења државних органа, не баш по стручности, јер и један правник који је учен али није судија такође може дати своје тумачење правних прописа. Разлика је у степену обавезности, односно његово тумачење као физичког лица нема потребан степен обавезности да би произвело обавезујуће дејство. Овде се степен обавезности тумачења наметнуо као критеријум разликовања између обавезног и необавезног тумачења.

Сама примена права немеће потребу за тумачењем и то најпре државних органа, ипак аутентично тумачење је апстрактно и ретко, јер законодавац ретко тумачи прописе које доноси. Поред њега говоримо и о казуистичком тумачењу које предузимају управни и судски органи. То је тумачење конкретно, јер се опште норме тумаче да би се примениле, те на пример када се тумаче опште норме на којима судија заснива доношење пресуде, али можемо говорити и о ситуације тумачења појединачних норми које се налазе, на пример у случају суда, у пресуди, што нам говори да је ова врста тумачења обавезна о коначна. Ипак, тумачење управних органа није коначно, јер постоји могућност да уследи управни спор, који нас потом враћа судском тумачењу. Наравно, да се у процес тумачења може укључити и свако физичко лице које је субјекат одређених друштвених односа на које се има применити правни пропис, ипак то његово тумачење нема карактер обавезног јер она иза себе нема монопол физичког насиља за примену свог тумачења. На крају се може издвојити и научно тумачење које такође нема обавезни карактер иако га врши „правна наука у разним делима у којима разрађује поједине позитивноправне прописе“.¹¹⁶ Ово се тумачење може поставити на вишу раван јер сва друга посматра те „критички их претресајући“ долази до смисла. Односно правна наука даје „најпотпуније и

¹¹⁵ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 227.

¹¹⁶ *Ibid.*, 229.

најдоследније тумачење правних прописа“ и без ње би примена права била „несигурнија, неправилнија, сиромашнија“. ¹¹⁷ Ипак, морамо се сагласити да је тачна поставка, херменеутика означава „научно тумачење фактичности живота“. ¹¹⁸

Пошто је јасно да је примена права исходиште правног поретка јасно је и то да ће бити неопходно тумачење, а да за то морамо да имамо средства. Тако крећемо од „језичког састава норме“, ¹¹⁹ али убрзо ваља „вршити даље тумачење норме“, односно оно значење које је добијено путем језичког тумачења, ваља „упоређивати с другим средствима помоћу којих се утврђује смисао норме“. ¹²⁰ Дакле, ми започињемо са језичким тумачењем али се користимо различитим средствима и „обично за правилно тумачење потребно да се употребе сва средства тумачења и да се она упореде и тиме узајмно провере“. ¹²¹ Неопходно је да видимо колико то добијено језичко значење одговара „логичким законима мишљења“, што значи да се након језичког тумачења обично прелази на логичко тумачење. ¹²² Потом се користимо систематским тумачењем како би њиме покрили нормативни део правног поретка, а након тога се користимо историјским и циљним тумачењем.

Пошто је правна норма идеална појава и као таква изражена језиком ми морамо најпре да се користимо **језичким тумачењем**. Тај се језик као средство стварања правне норме састоји од обичног као и од стручног језика. Тада и обични изрази добијају свој правни карактер, попут морално-језичког израза савестан, али имамо и типично правне изразе створене само за сврху права попут израза правоснажност, застарелост, али има и термина који су овде наменски створени „правна обавеза“. Обично су ови термини тако јасни да нема двоумљења око њих. Језик није савршен те право користећи језичке изразе може доћи у неповољан положај, попут ситуације када користи речи народног језика. ¹²³ Опет могу се појавити и правни стандарди који су иако долазе из правног језика због своје неодређености „проблематични“. Додатну „збрку“ представљају архаизми али и

¹¹⁷ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 229.

¹¹⁸ Х. Фетер, *Херменеутички огледи*, 73-74.

¹¹⁹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 254.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid., 255.

¹²³ N. Visković, *Teorija države i prava*, 248. Наведено према: Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, Досије студио, Београд, 2012, 242.

неологизми и некритички усвојене речи из страних језика.¹²⁴

Шта се жели да постигне језичким тумачењем? Њиме настојимо да дођемо до свих „језички могућих значења нормe“, ипак „њиме се никада не може потпуно поуздано утврдити и право значење њено“.¹²⁵ Како тече језичко тумачење? Најпре се приступа тражењу и утврђивању значења одређене речи у законнику значења, односно у „правилима језика, лексичким, граматичким, синтаксичким, интерпункцијским“.¹²⁶ Пошто немамо друго средство изражавања осим језика ваља користити „објективно постојећи друштвени законик значења“, при чему се мора наћи равнотежа у давању посебног смисла речи, односно „у овоме не треба претеривати“.¹²⁷ Језик који творац нормe користи мора бити јасно и разумно употребљен, јер је правни пропис императивне природе и посебно се код кривичних прописа захтева апсолутна прецизност. Пошто је језик ограниченог домета користимо се логиком, а ово нас наводи на закључак да постоји језичко-логичко тумачење, односно да су врсте логичког тумачења „тесно везане за језичко тумачење“.¹²⁸

Само језичко тумачење можемо поделити на две фазе. У правој утврђујемо смисао појединих употребљених знакова, али се они у овој фази посматрају појединачно, чиме се није тај знак који се тумачи још повезао са другим, односно тиме се „још не види целина мисли“.¹²⁹ До те „целине мисли“ долази се у другој фази, када се помоћу синтаксе и логике „открива значење више појмова повезаних у мисао“.¹³⁰ Све ово нас наводи на закључак да се ми овде користимо лексичким тумачењем, односно језичко значење нормe добијамо на основу значења појединих речи, без узимања у обзир целине; док нам из друге фазе бива јасно да синтаксичко, граматичко и интерпункцијско тумачење помажу да откријемо „целину мисли“, односно да добијемо значење речи као дела једне смислене, јасне и прецизне „целине мисли“. Овим путем добили смо језички контекст правне нормe, при чему ваља посебно водити рачуна о томе „да се јасно разликују правни термини од обичних термина употребљених у праву“.¹³¹ Да ли је ово значење функционално? Став је правне науке да није и да се оно добија другим средствима, а ако се током тумачења

¹²⁴ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 242.

¹²⁵ Р. Лукић, *Методологија права*, 118.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid., 119.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

утврди да норма нема смисао долазимо до друге фазе. Што значи да се језичким тумачењем могу добити више различитих значења, која могу бити и нејасна. Опет, ако је значење јасно, онда идемо ка утврђивању стварног значења, али пре тога ако се утврди да је језичко значење нејасно поступак се понавља. Ово се дешава када норма није изражена језички ваљано и постаје тиме бесмислена, нема значење, или може бити неодређена као и противречна целини, што опет значи да је у домену примене неупотребљива. До оваквих ситуација долази због несавршености језика и због „непрестаног мењања“ као и зато што језичка целина никада није „довршена до краја“.¹³² Наравно, „грешке“ се морају свести на минимум јер „од једне запете, односно од њеног места“ зависи „да ли ће норма бити протумачена овако или онако“.¹³³ Ипак, сваком језичком знаку у ситуацији када има више значења, ваља дати оно које се садржи у основном значењу, јер се ипак дешава да свако ко тумачи правну норму додаје неко своје значење, односно субјективни приступ се не може избећи.¹³⁴ Након овога тумач мора средствима ван језика покуша да „утврди да ли је једино језички значење заиста право, одн. Које је од два или више таквих значења право“.¹³⁵ Овај процес је тежи и одговорнији.

Како је већ наглашено, са језичким тумачењем се ретко када завршава процес тумачења, што значи да након језичког прелазимо на **логичко тумачење**, које служи као средство провере резултата језичког тумачења, и то употребом правила логике, а посебно правилом непротиовречности, истоветности и искључења трећег. Ов значи да се логичко тумачење „састоји у примењивању логичких закона на садржину норме и у извлачењу смисла норме помоћу тих логичких закона“.¹³⁶ Заправо, тако се утврђује да ли је значење које смо добили другим врстама тумачења логички могуће, односно овако утврђујемо „логичку повезаностречи из које се правна норма састоји“.¹³⁷

Даље, правила правничке логике „представљају само конкретну манифестацију правила опште логике, примењених на правном материјалу“.¹³⁸ Ово значи да логичким тумачењем, уз коришћење општих правила логике, проверавамо логичку могућност значења које је

¹³² Р. Лукић, *Методологија права*, 118-119.

¹³³ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 256.

¹³⁴ Видети у: Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 243.

¹³⁵ Р. Лукић, *Методологија права*, 120.

¹³⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 256.

¹³⁷ И. Мелвингер, *Увод у право*, Нови Сад, 1965, 431.

¹³⁸ *Ibid.*, 257.

добијено другим врстама тумачења, попут начела непротивречности; потом користимо на пример закон идентитета у случају аналогije, како би смо добили евентуално ново значење из одређене нормe које се не може добити другим тумачењима; онда је могуће да користимо логичко тумачење да би попунили правне празине.¹³⁹ Овде смо поменули правну логику која је ипак само део опште логике, мада има и аутора попут Кезена који одбацују постојање правне логике, те тако наводи „Не може дакле бити никаквог говора о некој специфичној ‘јуристичкој’ логици.“¹⁴⁰ ово нас наводи на закључак да се логичким тумачењем може „извући више садржаја него што се то може учинити чисто језичким тумачењем“ у чему можемо видети „сву корисност, али и опасност“ логичког тумачења.¹⁴¹ овде се мисли на ситуацију када помоћу логике извлачимо нова значења, што може бити неопуздано код примене правних прописа унутар правног поретка, а посебно код попуњавања правних празнина.

Пошто је нормативни део правног поретка ипак једна целина морамо одредити „логичку природу правног система и логичке везе између његових делова, као и његово јединство, потпуност и кохерентност“.¹⁴² Логика је апсолутно пристуна у правном систему и то не само у делу тумачења већ и у делу стварања права те „творац права мора непрекидно да води рачуна о логици како би његова творевина била строго логична и тако омогућавала своје исправно разумевање (тумачење) и примену“.¹⁴³ Сваки творац правног система настоји да створи једну непротивречну целину, те одбацује могућност да у њему на једном месту стоје логички противречни појмови, попут ситуације да је једно исто лице тужилац и тужени. Закон искључења трећег, говори о на пример да један правни акт може бити или законит или незаконит, што је са становишта правне ефикасности и економичности изузетно значајно. Уз ово веома је важно за право као систем применити закон идентитета, односно да су истоветни они појмови који су истог обима и садржаја, али и да нема потребе понављати, на пример, кривац и починилац кривичног дела.¹⁴⁴

У сврху разрешења проблема при примени права можемо се користити аналогijом – аргумент сличности, *argumentum a contrario* – разлогом супротности, и *argumentum a*

¹³⁹ И. Мелвингер, *Увод у право*, 265-260.

¹⁴⁰ Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми*, приредио Д. Јаковљевић, Подгорица-Београд, 2003.110.

¹⁴¹ *Ibid.*, 256.

¹⁴² Р. Лукић, *Методологија права*, 137.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 244.

fortiori – разлогом „утолико пре“.

Разлог сличности или другачије *аналогија* користимо при закључивању по сличности. Аналогију користимо као посебно „пригодно“ средство код попуњавања правних празнина, односно онда „кад постоје два конкретна случаја који су међу собом слични, а само за један од тих случајева је предвиђена правна норма, док је други нерегулисан, предствља правну празнину, па се на основу њихове сличности норма која је предвиђена само за један случај примењује и на други случај“.¹⁴⁵ Сам процес примене аналогије састоји се у томе што се на један случај који није регулисан општом правном нормом, примени правна норма која је предвиђена за други случај који је сличан. Ипак, остаје нам као потешкоћа како и ко ће одредити шта је то слично. Ово значи два су случаја слична „кад су им битне особине, истоветне, а споредне различите“, те да би се она применила „мора постојати сличност у битним особинама“ што даље наводи на закључак да је то сличност у оним особинама „које представљају разлог за прописивање онакве норме каква је прописана за случај који је регулисан“.¹⁴⁶ Када је она релативно поуздана? До тога да је она релативно поуздана долазимо онда када идемо од општег ка посебном, али не и када идемо од посебног ка општем јер то подразумева више слободе у тумачењу која опет може произвести негативне последице. Аналогија се увек користи када за то постоји друштвени интерес, односно интерес владајућих, а тада се мора утврдити и да постоји интерес да се празнина попуни, у овом случају тако што се користи аналогија на основу законског разлога и телеолошког тумачења и тако се проширило значење и на други однос. Већ је наведено да постоји законски разлог за њено коришћење и тако можемо говорити о законској која је заправо примена конкретне норме, односно „јер се правило које се примењује на нерегулисан случај изводи из једног конкретнијег правила које постоји већ у закону“.¹⁴⁷ Правно се правило проширило те „изводи се из једног конкретнијег правила једно апстрактније“ а из тог разлога веома важно разликовати законску аналогију од широког тумачења, где се ради о „проширивању граматичког смисла норме“ али се та норма примењује баш за тај случај на који се односи.¹⁴⁸ Даље се може говорити и о правној аналогији која је примена општег начела на случај који је правна празнина, с тим

¹⁴⁵ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 268.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 271.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 272.

¹⁴⁸ *Ibid.*

што код ње тумач сам изводи општа начела, до чега долази јер „примењује правило изведено из низа конкретнијих правила“.¹⁴⁹ Даље правимо разлику између делимичне правне аналогије када се норма извлачи из неколико посебних норми, и потпуне када се извлачи из општих начела која одражавају смисао целог права.¹⁵⁰ Када онда користимо законску, а када правну аналогију? Прву у случају када је закон нејасан, а другу у случају празнина у закону. Где нема места употреби аналогије? Кривично право јесте поље у које а због његовог изузетно ригидног карактера не можемо користити аналогију. Опет судија може путем судске одлуке општу правну норму примени на конкретан случај, тада он „судија неку важећу општу норму примењује на неко чињенично стање, које додуше у општој правној норми није једнако *in abstracto* одређеном чињеничном стању, али је по мишљењу судије (њему) слично“.¹⁵¹

Како се показало да аналогија неће бити довољна за попуњавање правних празнина, правна логика увела је и *разлог супротности, argumentum a contrario*. Када правну празнину желимо да попуњимо овим путем то чинимо на следећи начин, дакле, ако нека норма није обухватила сличне случајеве, примењује се норма која је њој супротна, попут норме које забрањује пушење у ходницима факултета, супротно би било да ако ништа не каже о пушењу у амфитеатру да се закључи да је дозвољено. Дакле, примењујемо супротно правило, али је услов да неком другом нормом „нису регулисани ти други случајеви“, односно да ти други случајеви представљају правну празнину.¹⁵² Сам процес тече овако утврђујемо да правна норма обухвата одређене случајеве, с тим што не обухвата дати случај који је правна празнина, потом се утврђује тај случај који није обухваћен нормом, а на крају се закључује да норма која регулише те случајеве који су супротни од оног који представља правну празнину, не може применити, већ ће се применити норма која јој је супротна. Наравно, све што можемо искористити при примени права да би правни поредак био функционалан је добро, али се са применом разлога супротности мора бити опрезан, а да ли ће се употребити или не „то се мора решити другим средствима тумачења, односно пре свега телеолошким тумачењем“.¹⁵³ Он се може користити и као вид закључивања, и то онда када је низ случајева регулисан општом

¹⁴⁹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 272.

¹⁵⁰ Г. Вукадиновић, Д. М. Мигтровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 246.

¹⁵¹ Х. Келзен, *Елементи теорије правних норми*. 105.

¹⁵² Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 258.

¹⁵³ *Ibid.*, 258-259.

нормом, али из издвојен један неком посебном нормом, онда за тај случај који није обухваћен посебном нормом, користећи се разлогом супротности, важи та општа норма, попут ситуације извршење смртне казне не сматра се убиством.¹⁵⁴ Ово логичко средство користимо приликом тумачења „специјалних норми, како би се спречило „ширење“ изузетака на друге случајеве“.¹⁵⁵

Још можемо користити и *разлог „утолико пре“ (argumentum a fortiori)*, које је „закључивање на основу упоређивања истог квалитета у разним степенима“.¹⁵⁶ Овим логичким правилом закључујемо обележја, или обележје једног случаја због јачег разлога постоје у другом случају, попут правила да је забрањено „нехатно понашање“ али је утолико пре „забрањено исто умишљено понашање“.¹⁵⁷ Овде је основ закључивања да је разлог примене јачи.

Наравно, не можемо заобићи ни закључивање „од мањег ка већем“ (*argumentum a minori ad maius*), које нам помаже да оно што је прописано за догађај мањег интензитета, или за појаву мањег интензитета, применимо и за појаву већег интензитета.¹⁵⁸ Као пример нам може послужити ситуација када је неко одговоран због нехата, из тога би следило да је одговоран и за умишљај. Издвајамо и закључивање „од већег ка мањем“ (*argumentum a maiori ad minus*), односно ако пропис „даје овлашћење неком ко има мање права, онда га даје утолико пре другом, ко има више права“.¹⁵⁹ Као пример нам може послужити ситуација ако је неком адвокату дато пуномоћје за вођење парнице, а није означено која посебна овлашћења има, сматра се да он има право да поднесе или повуче тужбу.

Можемо прибећи и тумачењу помоћу *општих начела права*. Заправо се ради о тумачењу помоћу *правних конструкција*, када се једно опште правило односи на више случајева, где се сматра обавезним, оно се односи и на друге сличне случајеве иако то није изричито споменуто. Одатле можемо закључити да су општа правна начела „апстрактне норме, које су изведене из низа мање апстрактних норми, и које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама“.¹⁶⁰ Практично примена овог средства се може

¹⁵⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 270.

¹⁵⁵ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 245.

¹⁵⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 259.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 247.

¹⁵⁹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 259.

¹⁶⁰ Ibid., 281.

видети на примени начела законитости, начела надокнаде штете или кривичне одговорности која се могу применити на све случајеве који се могу подвести под ова начела. Када конструишемо један нови појам спајајући у њему све заједничке особине појединачних појмова то можемо такође назвати правна конструкција.¹⁶¹ Из тог разлога Радомир Лукић и сматра да се конструкцијом ствара оно што још увек не постоји, те „она мора тачно и потпуно да обухвати све норме из којих се изводи; мора бити хомогена и целовита, као и у складу с другим конструкцијама које се граде из других норми; назајад, мора да служи практичним циљевима права“.¹⁶²

Постоји могућност да се језичко тумачење поклопи са другим тумачењима, и таква ће се ситуација назвати *буквалним, дословним тумачењем*, јер „тада тачно оно што буквално значе речи које су употребљене да изразе једну мисао, једну норму“,¹⁶³ то могу бити норме из области кривичног законодавства. Али, постоје могућности да се језички смисао норме не поклапа са правним, односно ужи је од њега, а како би дошло до поклапања он се мора *проширити*, или *сузити*.¹⁶⁴ Ипак, ово одступање је само у „извесном делу“.¹⁶⁵ Сужено тумачење служи да се норма уже тумачи како не би дошла у супротност са другим нормама правног поретка. Истовремено, можемо користити приликом попуњавања правних празнина и *уско тумачење изузетака*, односно ови изузеци „значе правила која неке случајеве изузимају испод примене општег правила“ што нас наводи на закључак да се они морају уско тумачити, због правне сигурности, и они се не смеју ширити „преко изричног поступка“.¹⁶⁶ На делу је опет интерес, односно интересно одређење шта имамо сматрати за изузетак.

Пошто је јасно да је правни поредак једна целина, јасно је да се једна норма има тумачити у савезу са другим нормама како би се открила њена суштина. У том нормативном делу правног поретка морамо наћи логички сређену целину правних норми, јер се норма налази у једном систему права што значи да је **систематско тумачење** „једна врста продужења логичког тумачења“ које полази од претпоставке да су „све правне норме само делови једне више целине“, што говори о томе да се систематско тумачење

¹⁶¹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 279.

¹⁶² Р. Лукић, *Методологија права*, 214.

¹⁶³ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 263.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid., 257-258.

састоји у томе „да нормe протумачи тако да оне не буду противречне једна другој, и затим, у томе да им из узајамног односа једне према другој одреди тачнији смисао, да им прецизира и конкретизира значење“.¹⁶⁷ Јасно је да се овако смисао нормe добија помоћу налажења њених веза са другим нормама и то чинимо помоћу логике која нам помаже да схватимо да свака норма „узета за себе има једно значење, а доведена у везу са другима она то значење мења или га допуњава, прецизира“.¹⁶⁸ Неопходност повезивања норми чини основу постојања и правног поретка, јер нормe некада не говоре потпуно узете саме за себе. Дакле, нормe и изрази се морају повезати и мора се такође одредити место правне нормe у једном систему. Систематско и циљно тумачење су повезани, а систематско има различите облике попут: састављања правне нормe из више одредаба, примена општих правних начела, утрђивања значења једне нормe значењима других норми из једне установе, повезивањем правних норми путем дефиниција.¹⁶⁹

Некада је разумевање нормe и њена примена лакша, односно олакшана када се знају друштвено околности које су претходиле или биле присутне када се норма доносила, и у томе нам помаже **историјско тумачење**, које као вид социолошког метода показује да је норма, односно потреба за њеним доношењем „извесном ситуацијом, реалним чињеницама у друштву“ а у којима се одсликавају интереси класе на власти у том датом тренутку или интереси појединих група или целине друштва ако је било могуће доћи до компромисног решења, или опште сагласности о одређеним питањима.¹⁷⁰ Ипак, је некада схватити норму када се осветле тачне околности као и друштвено-политички захтеви за доношење одређене нормe. Тиме се ипак открива идеолошки карактер правног поретка, иако би желели да га одбацимо. Овај облик тумачења пореди различита правна решења и „из упоређивања позитивноправне нормe с нормом која је важила пре него што је она донета може утврдити смисао садашње нормe“.¹⁷¹ Дакле, нужно је одредити идеолошке моменте доношења нормe, као и идеолошке моменте њене примене, све остало некако може да остане са стране. Историјско тумачење боље од других открива вољу творца нормe, као у случају одлука са заседања АВНОЈ-а из 1943. године, доношење појединих устава из наше прошлости, попут „Септембарског устава“ или „Октроисаног устава“ из

¹⁶⁷ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 260.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Видети у: Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 249.

¹⁷⁰ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 261.

¹⁷¹ Ibid.

1931. године. Временска разлика између доношења и примене норме може да замагли суштину норме, те да учини да разлог њеног доношења буде неухватљив, а овим путем се открива разлог нормирања и ограничења одређених слобода. Истовремено откривамо путем историјског метода интересе као и интересне групе које су утицале на доношење одређених норми, као и на промене у правном поретку, данас у области породичног права на пример. Деловање ових интересних група налази се у политичкој сфери, и у међународним односима који такође утичу на стварање одређених правних правила која се могу разликовати од оних у претходним временима.

Јасно путем тумачења, а због лакше примене ми желимо да откријемо циљ доношења правних правила, а за то нам служи **циљно тумачење**. Изгледа да су сва друга тумачења само припрема за циљно тумачење које се служи социолошко-аналитичким приступом. Циљ је „од основног значаја у праву“¹⁷² те је јасно да се циљним тумачењем утврђује циљ и то онај објективни, друштвени, а ово значи да „често сама норма одређује свој циљ, изричито га прописујући“ што даље „много доприноси стварном утврђивању циља“, јер се циљ неких општих аката „обично наводи у уводу њиховом или у правом члану“.¹⁷³ Циљ откривамо када га повежемо са последицама доношења и примене правне норме. Циљ је изражен и у друштвеној клими коју је норма створила својом применом. Наравно, остаје једно веома тешко питање одредити циљ, односно ако их има више разврстати циљеве, уклонити противречности међу њима, као и одредити хијерархију циљева, а све ово се може остварити једном непристрасном и подробном анализом степена важности одређених циљева. Једино, што се овом веома добром систему може приговорити, је ко је тај ко ће бити апсолутно и непогрешиво позван да одреди циљеве? Наравно, да би одредили циљ, ми циљно тумачење повезујемо са свим другим облицима тумачења. Ово видимо на следећем примеру, односно на ситуацији када у уставима стоји да се границе једне суверене државе не могу мењати без њене сагласности, тада је граматички смисао јасан, али држава нема своју личност. Овде се ради о поступку урачунавања, држава има своје тело које је носилац суверености, попут парламента. Онда примењујемо историјско тумачење, да би открили пут настанка одређених граница, те разлог за чврсто држање тих граница, а из тога повезивањем са другим нормама правног система извлачимо циљ те

¹⁷² Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 262.

¹⁷³ Ibid.

норме.¹⁷⁴ Јасно је одавде да циљном тумачењу помажу историјски и социолошки метод, јер се све не може завршити са језичким одређењем циљ. Поставља се питање да ли се можемо везати за значење које је дао творац норме при стварању и да тиме прихватимо субјективно тумачење или ипак ићи ка објективном циљном тумачењу које је свеобухватно тумачење друштвених вредности.¹⁷⁵ Ипак, предност ваља дати интегралистичком објективном тумачењу, јер право је средство остваривања ширих друштвених интереса.

Могуће се истовремено говорити и о методу тумачења правне норме те је онда могуће и учинити следећу поделу на: субјективно и објективно тумачење; статичко и еволуционистичко тумачење и везано и слободно тумачење.

Најпре ваља објаснити **субјективно** и **објективно** тумачење. Процес тумачења можемо схватити и као потребу да се нађе „онај смисао који је творац хтео да норма има, који је он покушао да изрази текстом норме“.¹⁷⁶ Субјективним тумачењем откривамо творчево значење које није изван језичког значења, као када је у норми навео васпитавање и издржавање деце. Шта нас води ка прихватању субјективног тумачења, то су аргументи да у случају нејасноћа ваља ићи ка утврђивању воље творца, а не „подметати“ вољу тумача правне норме; даље њему у корист говори аргумент да каква год била воља творца је постојана, чврста, стална, а објективна воља тек ваља да се утврди и опет може доћи до замене објективне воље за субјективну вољу тумача, те је из тог разлога субјективно тумачење сигурније. С друге стране објективно тумачење иде ка оном значењу норме које му даје друштво на основу законика значења, који је објективно утврђен и самим тим независан од творца и тумача, ако је то уопште могуће. Дакле, ваља утврдити „објективан смисао који норма има, тј. треба утврдити шта она објективно значи“ шта она значи „без обзира на вољу свог творца“ већ за друштвену свест „која је најобухватнија, најсавршенија, најрационалнија“.¹⁷⁷ Шта је онда смисао норме, оно што је творац желео или оно што се може утврдити путем објективно постављеног законика значења. Оно што нас наводи да прихватимо објективно тумачење су: норма мора да изражава нешто објективно, нешто што је изнад субјективних воља, нешто чему се субјективна воља има

¹⁷⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 263.

¹⁷⁵ N. Visković, *Teorija države i prava*, 250. Наведено према: Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 251.

¹⁷⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 239.

¹⁷⁷ Ibid.

покорити, јер сама норма има објективно значење „какво му је био морао дати и сам творац нормe“¹⁷⁸ јер норма не може бити његова субјективна воља. Општи правни акти нам у својој примени баш говоре у прилог прихватања објективног тумачења, јер се ту поставља питање чија је то воља. Када је немогуће утврдити творчеву вољу тумач ће према објективно датој друштвеној ситуацији потражити значење у објективно датом закону значења. Када тражимо творчеву вољу то може компромитовати разумевање и примену нормe у стварности.¹⁷⁹ Интегралистички посматрано, како то уосталом чини и Лукић, нема потребе искључивати ни субјективно и објективно тумачење, јер јер воља творца јесте један од важних елемената при утврђивању смисла нормe, али није једини „пачак није ни глави“ те ваља тражити „онај смисао који нормам објективно има“,¹⁸⁰ односно смисао нормe морамо тражити и у вољном моменту и изван њега. Када је пресудан творчева воља за ваљану примену нормe у правном поретку? То се дешава онда када тумачимо правне акте појединаца, попут ситуације када је она јасно изражена у тестаменту или уговору, мада и ту није могуће избећи објективно тумачење јер је некада тешко реконструисати вољу творца чак и када је он жив.¹⁸¹ Ипак, за налажење смисла правне нормe веома је важно прихватити објективно значење јер норму повезујемо са другим нормама у систему, а творац као појединац није у могућности да у својој свести држи читав правни систем „јер би тада творац морао стварно, психички да држи цео систем у свести“.¹⁸² Тако се одбацује компромисна теорија која је била става по коме „за нове нормe треба применити субјективну теорију, а за старе – објективну“ јер су и једне и друге заправо део целине.¹⁸³ Још један разлог говори у прилог објективном значењу, а то је правна вредност правне сигурности до које се долази тек кроз изналажење значења из објективно постављеног законика значења.

На примену права у правном поретку од изузетног је утицаја време, које представља потом критеријум за поделу на **еволуционистичко** и **статичко тумачење**. Статичким тумачењем идемо ка оном значењу које је норма имала у тренутку њеног доношења, јер правна норма „има једну одређену садржину, и она се не може мењати, јер би то значило у

¹⁷⁸ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 241.

¹⁷⁹ Ibid., 241.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid., 242.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

ствари мењати норму, узимати на себе улогу ствараоца норме, која не припада тумачу¹⁸⁴. Ипак, статичким тумачењем се неће до краја превазићи ситуација да промењене околности утичу и на саму примену права. На ово нам одговор даје еволуционистичко тумачење које доводи дотле да је право значење оно које норма има у тренутку њеног тумачења, односно примене, а истовремено је немогуће наћи „тумачење које не води рачуна о еволуцији и не врши прилагођавање права друштвеном развоју“¹⁸⁵. Ипак, постоје аргументи у корист еволуционистичког тумачења, а томе говоре примери, ако је закон донет а није постојала електрична енергија, да ли прописе о крађи из ранијег периода можемо применити на крађу електричне енергије, или када ово исто применимо на питање брзе вожње, не само према месту, већ и према томе шта се сматрало брзом вожњом некада, а шта сада, или ситуација где ће било какав напредак у техници и технологији бити супротан правној норми.¹⁸⁶ Ипак, еволуционистичким тумачењем не можемо придавати норми неко друго значење, осим оног које она има према закону значења у тренутку тумачења, јер оно не може да иде мимо закона, односно против прописа који се тумачи, односно не може се ићи „преко смисла закона“¹⁸⁷. Тако се оно може појавити као проблематично код попуњавања правних празнина, односно не може се ићи у правцу незаконитости.

Чиме смо ми везани приликом тумачења? Писани правни пропис је „писани разум“, а тумач је „прави аутомат који нема никакву самосталну улогу у тумачењу, који ништа не ствара, него само аутоматски утврђује смисао текста“¹⁸⁸. Ако је овако прави смисао, стварно значење норме не може се тражити изван законика значења, јер супротно идемо ка слободном стварању права. Дакле, овде се користимо **везаним тумачењем**, које овим ставом иде ка правној вредности правне сигурности, јер тумач није творац прописа. Код **слободног тумачења**, он тумач више није везан језичким значењем и може ићи даље од језичког контекста норме. Слободно тумачење се тако све више доводи у везу са слободним стварањем права, те се јавља идеја „немоћи закона“ и „побуњених чињеница против закона“ одакле се потом и развија идеја да је судија „раван законодавцу“¹⁸⁹. Тада

¹⁸⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 249.

¹⁸⁵ Ibid., 250.

¹⁸⁶ Ibid., 250-251.

¹⁸⁷ Ibid., 252.

¹⁸⁸ Ibid. 236.

¹⁸⁹ Ibid., 237.

судија или онај ко примењује пропис се не може држати апсолутно закона. У прилог оваквог схватања наводимо опис правника који даје Херман Канторович: „Владајућа идеална представа о правнику јесте ова: виши државни чиновник с академским образовањем, седи у својој собици наоружан само једном машином за мишљење, наравно, једном од најизврнијих. Једини намештај те собице јесте један зелени сто на којем пред њим лежи државни законик. Човек му даде какав било случај, стварни или само измишљени, и сходно својој дужности он ће бити кадар да помоћу чисто логичких операција и једне тајне технике, само њему схватљиве, а апсолутном егзактношћу покаже решење које је законодавац претходно одредио у законуку“.¹⁹⁰ Ово значи да се више иде ка вредности правде, а тумач може да прихвати и „Штамлерово „исправно право“, Ерлихово „налажење слободног права“, Мајерове „културне норме“ али и „Римелинове „вредносне судове“ а све ово било би намењено оцени државног права, његовој доуни и даљој изградњи, с тим што би ово онда назвали „слободно право“.¹⁹¹ Све ово нас наводи на закључак да се тумач не везује само за „сазнање сазнатог“ оно иде даље.¹⁹² На овај начин онај ко примењује право као и онај који га тумачи личе на законодавца, јер, према Канторовичу, ако закажу други звори права, судија одлучује по правилу, које би он сам поставио да је законодавац, чиме је пређена улога тумача.¹⁹³ Иако је овакав став прихватљив, већина правних поредака прихвата став „држати се закона утолико уколико он постоји“ а „стварати слободно право на основу схватања друштвених потреба уколико постоји празнина“.¹⁹⁴ Домен слободе оног ко примењује и тумачи право мора донекле бити омеђен, односно ми смо ипак везани правом, јер се закон не може мимоићи. Дакле, слобода је тумача везана постојањем правне празнине, он не може ићи даље од тога, што значи да је тумачење права везано ипак самим правом. а да се не искорачи у незаконитост, арбитрност и волунтаризам, јер не можемо ићи толико ван текста да изгледа како стварамо нови пропис, како тражимо нешто чега у тесту нема. Текст може бити „еластичан и неодређен“ али ми смо ипак везани њиме.¹⁹⁵ Дакле, на неки начин прихватамо везано тумачење уз опаску да онај ко примењује право мора да има одређени

¹⁹⁰ Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 7.

¹⁹¹ Ibid., 10.

¹⁹² Ibid., 17.

¹⁹³ Ibid., 33-34.

¹⁹⁴ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 237.

¹⁹⁵ Ibid., 238.

степен самосталности, који је додуше ипак тешко одредити.

ЗАКЉУЧАК

Да ли је примена права одговоран и сложен процес? С обзиром на задатак онога ко прописе примењује, а то је одржање правног поретка као и његово ваљано функционисање морамо се сложити да то јесте одговоран и сложен процес у коме је истовремено веома ташко начинити складну целину свих елемената које имамо при примени права.

Садржина правних прописа које ваља применити а који имају императиван карактер чини да овај процес посебно у домену изузетно ригидних правних правила постане одговорно-сложен. Тај процес примене без икакве сумње мора укључити и тумачење права и то посебно онда када смисао норме неће доћи „сам од себе“.

Изворни начин да норма коју ваља да применимо долази до нас је текст, односно језички израз наших или нечијих мисли, те нам је наравно неопходно језичко тумачење. Како значење може да превазиђе језички израз, смисао се тражи и израв језичког значења добијеног језичким тумачењем.

А како су у сам процес тумачења укључени различити субјекти, ми можемо говорити и о различитим тумачима права, те тако то могу бити ствараоци нижих општих норми и то у ситуацији када тумаче опште више опште норме а приликом стварања нижих норми; потом то су ствараоци појединачних норми и субјекти који су дужни да се понашају по правним нормама.

Могуће је говорити и о аутентичном тумачењу, односно ситуацији када норму тумачи онај који је сам донео, када законодавац тумачи своје законе и то доношењем новог интерпретативног закона, ово је тумачење ретко и важи за убудуће, а ретко има повратну снагу јер није сасвим самосталан акт, он је садржински повезан са актом који се тумачи, и његов је саставни део, осим што није донет када је доношен акт који се тумачи.

Међу субјектима који својом делатношћу примењују право и тумаче га могу се наћи правно надлежни државни орган који тумачи најважније норме и на крају то је правна наука као тумач, односно то је доктринарно тумачење.

А сваком од ових тумача на располагању су и одређена средства па ми говоримо о језичком, логичком, дословном, проширеном, суженом, систематском, историјском, циљном тумачењу. А када говоримо о методама тумачења, ми говоримо о субјективном и

објективном тумачењу, о статичком и еволуционистичком тумачењу, као и о везаном и слободном тумачењу.

Како је најмањи део правног поретка, истовремено и најмањи део правног система, а у себи садржи императивни основ и једне и друге целине јасно је да се најпре он кроз његову диспозицију примењује. Али да би се примена она мора да буде јасна и да стоји у непротивречном односу са другим нормама тог система, па самим тим и правног поретка. Што значи да су у том нормативном делу правног поретка све норме које упућују на одређено понашање сређене по одређеним критеријумима, односно све оне су сређене тако да се „све држе и зависе једна од друге“¹⁹⁶ и тешко их је протумачити и применити ако нису повезане, јер често саме по себи немају неко одређено значење. Тако се може рећи да је право као поредак „систем правних норми“ где „мноштво норми сачињава јединство, систем“.¹⁹⁷ Истовремено се све у нормативном делу правног поретка мора распоредити по одређеним формалним и садржинским мерилима како би све па и извори права „сачињавали логички непротивречну целину“. А поред правних извора, односно општих правних норми, врши се и „системско излагање искуства у стварању и примењивању (у правним односима) појединачних норми“.¹⁹⁸

Да би се дошло до ваљане примене права унутар правног поретка мора се остварити и оно што се назива критика правне норме, чиме се посредно сазнаје које опште норме чине систем позитивног права које се има применити. Након тога ваља прећи на њихово садржинско груписање, које је неопходно јер нормативни део правног поретка јесте „путоказ за попуњавање празнина и доношење извора права који ће празнине коначно попунити“.¹⁹⁹ У овом попуњавању празнина као и у примени права, научни правни систем даје посебан допринос, јер указује на „правне празнине, садржинске нелогичности, противречности и друге неусклађености“ а све у циљу измене или доношења нових општих правних аката.²⁰⁰ Постаје јасно да норме правног система, односно правног поретка морају бити сређене по одређеним логичким правилима јер ће све супротно онемогућити неопходну примену права.

¹⁹⁶ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 282.

¹⁹⁷ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, 46.

¹⁹⁸ Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, 284.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 265.

Правна наука има посебно место у процесу груписања норми што опет олакшава њихову примену. Она се том приликом користи догматичко-нормативним методом у оквиру чије примене онај ко примењује право „има само да провери систем који му је дала наука, да га евентуално допуни новим елементима, али има чврсту основу од које полази“.²⁰¹ Проблем примене права налази се и у „раштрканости“ правних норми што директно утиче на ефикасност њихове примене. Зато нормативни део правног поретка и мора бити сређени скуп одређених чињеница, података, закона, мисли, а све оне припадају некој грани знања.²⁰² Одавде следи да у нормативном делу долази до тога да се „сви његови елементи (тј. правне норме) стварају, примењују и тумаче“ по неким „изразито формализираним поступцима каквих нема у обичају, моралу и другим порецима“.²⁰³ Дакле, то је један низ тачно утврђених „строгих правила поступака“ која се тичу стварања и примене правних норми, што значи да овде владају „посебне законитости“.²⁰⁴

Непротивречност нормативног дела правног поретка директно омогућава ефикасну примену права, односно омогућава потпуну примену правних заповести те самим тим и јаснију и потпунију регулацију друштвених односа. До те непротивречности нормативног дела можемо доћи ако следимо правне принципе хијерархије, кохерентности, потпуности као и одређености правног система те самим тим и правног поретка. Утолико крећемо од принципа хијерархије који сам по себи подразумева неједнако сређивање правних норми по њиховој правној снази, односно одговарајући правни акт „одређује постојање, садржај и форму друге правне норме односно одговарајућег правног акта“.²⁰⁵ Ово даље значи да ови акти имају различиту правну снагу што ће се одразити и видети током њихове примене, те тако можемо рећи да „неједнаку правну снагу имају норме које стварају правни субјекти различитог ранга“.²⁰⁶ Правни поредак је различит од осталих друштвених поредака јер он подразумева формализовану повезаност општих правних норми у свом нормативном делу и то кроз принцип кохерентности. Правни поредак иако се жели да постане непротивречна целина ипак у свом нормативном делу има антиномије, правне празнине и неодређености које све компромитују примену права, свака на свој начин. Све

²⁰¹ Р. Лукић, *Теорија државе и права, Теорија права*, 285.

²⁰² V. Filipović, *Filozofijski rječnik*, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984, 302-303.

²⁰³ N. Visković, *Pojam prava*, 227.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid., 229.

²⁰⁶ Ibid.

ово се може појавити, сматра Норберто Бобио када постоји неслагање између две норме и то оне која заповеда и оне која забрањује чињење, као и између оне која наређује чињење и оне која овлашћује нечињење, и на крају оне која забрањује чињење и оне која овлашћује чињење.²⁰⁷ Тако се можемо сложити са Перелманом да се антиномије у праву састоје из „немогућности да се истовремено примене, онако како су исказане две норме позитивног права које су довољно тачне да се могу применити саме по себи“.²⁰⁸ Полазећи од принципа аутопоиезе правног система, те самим тим и правног поретка можемо закључити да правни систем сам елиминише антиномије користећи се хронолошким критеријумом где касније правило укида претходно, потом користећи хијерархијски критеријум по коме више правило укида ниже, али и критеријум специјалности, где специјално правило укида генерално, а све се ово мора чинити поштујући критеријум праведности.²⁰⁹ Ако је нормативни део апсолутно сређен, олакшана је и примена права. А то те апсолутне сређености долазимо кроз принцип потпуности, односно моћи правног система да потпуно одреди делатност субјеката у праву.²¹⁰ Да би дошло до ефикасне примене права потребно је поштовати принцип одређености који захтева да више правне норме „што прецизније и потпуније одреде садржај нижих правних норми“, а заправо се ради о слободи оних субјеката који доносе правне норме.²¹¹ И ово начело непосредно одражава хијерархијски однос „међу људима и међу правним нормама“ али је и одраз вредности правне сигурности, али и правни идеал и стварно правно стање.²¹² Ипак, стварно стање правног поретка захтева и релативну неодређеност општих правних аката као и стваралачку функцију оних који примењују право.²¹³ Преко потребна одређеност нормативног дела правног поретка може се остварити када изградимо и прецизирамо правне појмове, када усавршимо законодавну технику доношења прописа, када не запоставимо правну науку и када се ослонимо на ваљано судство.²¹⁴

²⁰⁷ N. Visković, *Pojam prava*, 246.

²⁰⁸ X. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, 122.

²⁰⁹ Видети у: Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 270 и N. Visković, *Pojam prava*, 246-247.

²¹⁰ N. Visković, *Pojam prava*, 247.

²¹¹ Г. Вукадиновић, Д. М. Митровић, М. С. Трајковић, *Увод у право*, 272.

²¹² N. Visković, *Pojam prava*, 250.

²¹³ Ibid., 251.

²¹⁴ Ibid., 253.

Постаје јасно да је тема коју је Артур Кауфман одабрао „како језик конституише право“²¹⁵ заиста оправдана, односно да је правна пракса и стварност оправдавају својим постојањем. Када право у својој примени почне да претвара „обичну“ стварност у правну постаје јасно колики напор ваља уложити у начин формулисања језичког израза, те је сасвим сигурно Радбрух на правом путу када говори и о естетици права.²¹⁶

Језик служи за „комуникацију између људи“²¹⁷ а „само онај ко има језик има свет, само онај ко може да именује ствари може да им прида значење, може да их присвоји“²¹⁸ и само тај може да изда заповест, јер својим језиком уобличава нечије понашање. Овде језик којим се право служи има већу вредност од информативне, а ефикасна примена права заснива се и на „заједничком социјалном искуству“²¹⁹ које језик такође нуди. Да би дошло до ваљане примене права језик којим се право служи „по својој интенцији, језик је апстрактно-појмовни, егзактан, једнозначан, он је једнодимензионалан, креће се само на рационално-категоријалној равни“²²⁰ али се ипак пошто жели да мења стварност „апстрактни појмови из норме морају отворити према животним чињеничним околностима“.²²¹ Овде, нарочито код примене права, можемо говорити о сталном процесу „затварања и отварања“ и поново „затварања ... законских појмова“ што Кауфман назива „дијалектиком „појмовне јуриспруденције“.²²²

Занимљиво је истовремено када говоримо о правним празнинама да се оне могу појавити и из следеће поставке „правно слободни“ начини понашања, код којих „правни поредак, из одређених разлога, одустаје од вредновања (правно/противправно)“.²²³ На овај начин се могу створити вредносне празнине у правном поретку. Оне су веома штетне за опстанак правног поретка јер постоји нешто што се може назвати „паралелно оцењивање“ које „врши судија“ који мора „посредовати између говорнојезичког света починиоца кривичног дела и стручнојезичког света кривичног законика“.²²⁴ Ово јасно указује на потребу универзалног образовања онога ко примењује право, јер „Своје дело починилац

²¹⁵ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 9.

²¹⁶ О томе више видети у: Г. Радбрух. *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд, 1980.

²¹⁷ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 13.

²¹⁸ Ibid., 15.

²¹⁹ Ibid., 20.

²²⁰ Ibid., 26.

²²¹ Ibid., 27.

²²² Ibid., 40.

²²³ Ibid., 33.

²²⁴ Ibid., 46.

не оцењује „паралено“, већ једино по мери обрасца понашања који му је познат. Његова свест о неправу јесте, као што је речено, свест о друштвеној штетности. Међутим, та магловита починиочева свест о социјалном значају дела згушњава се у процесу комуникације пред судом у прецизну судијину свест о правном значају дела“.²²⁵ Овим постаје јасно зашто је хеременутика неопходна јер она „именује трансцеденталне услове могућности језичког разумевања“,²²⁶ те самим тим „омогућује укључивање текста у процес интерсубјективне конституције“ неке нужне одлуке.²²⁷

Чак је могуће повезати Кантов категорички императив и примену права јер је категорички императив у „суштини таква процедурална теорија“ која представља „потхват извођења садржинских моралних исказа из неког мисаоног поступка“.²²⁸ Ово је јасно јер је право као нормативна наука заинтерсована не за супстанције већ за „односе, релације“²²⁹ које се остварују током примене права. Зато Кауфман разуме херменеутику као „могућност разумевања смисла и језика“,²³⁰ што постаје неопходно за примену права посебно код правних празнина. Ову потребу изазива и став који износи Емилио Бети да „Ни до чега човеку није толико стало колико до тога да се разуме са својим ближњима“,²³¹ јер „Кад год пред собом видимо облике који садрже смисао, помоћу којих други дух говори нашем духу, нашу снагу тумачења покреће циљ да одгонетнемо какв смисао носе у себи ти облици“.²³² Код права је ово још израженије због његовог императивног карактера „укратко све оно у чему *туђи* дух приступа нашем, упућује изазов нашој способности разумевања, очекујући да буде докучено“.²³³ Ово је важно јер се право увек нама обраћа путем неког захтева, а ово постаје „препознатљиво у практичном понашању“.²³⁴

Правни поредак мора бити постављен као један целина и утолико му је неопходна хеременутика која захтева „узајамни однос између јединства целине и појединачних елементата једног дела: узајамни однос који допушта да се то дело тумачи тако да се или

²²⁵ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 47 и *Teaching Ethics*, ed. By R. M. Thomas, Centre for Business and Public sector Ethics, Cambridge, 2011, 58.

²²⁶ Ibid., 57.

²²⁷ Ibid., 58.

²²⁸ Ibid., 130.

²²⁹ Ibid., 171.

²³⁰ Ibid., 241.

²³¹ Е. Бети, *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад, 1988, 53.

²³² Ibid., 54.

²³³ Ibid., 55.

²³⁴ Ibid., 58.

јединство целине разабире из појединачних делова или се смисао појединачних делова разабире из јединства целине“.²³⁵ Када се ово примени на сферу права „хеременутички канон целовитости примењује се при тумачењу како изјава и начина понашања, тако и правних норми и других правних прописа и максима одлучивања“.²³⁶ Из овога правни поредак и ствара свој захтев за целовитошћу јер „правна догматика добија смернице да се свака норма, односно максима одлучивања која треба да постане њен интегрални део, нужно мора позивати на целину“.²³⁷

Говорећи о историјском тумачењу већ смо истакли значај догађаја који прате доношење неког правног правила које ће се у доцнијем периоду применити, али према Беттију истовремено ваља испитати, односно „ваљало би тачно знати како стоји ствар са историјском „репродукцијом“ осећајних, душевних садржаја (тамо где они постају историјски релевантни)“.²³⁸ Бети веома осетљиво прилази овом питању, те сматра „Историјски суд, условљен разноврсним интересима само је *одговор* који се свагда може дати на неку духовну ситуацију и на „историјско питање“.²³⁹ И овде је Бети искрен када прихвата „да се објективитет историјског сазнања не може постићи у смислу апсолутног коначног сазнања“ (тврда којој се може признати оправданост због недовршености хеременутичког задатка)“.²⁴⁰ Зашто је историјско тумачење јако битно за право? Разлог налазимо у томе што је правна заповест као историјски феномен окренута будућим понашањима.

Да ли у примени права постоји опасност на коју Бети указује „Опасност од укидања објективитета“?²⁴¹ Одговор је кратак, да, а разлог се налази у субјективном доживљају оног ко правну заповест примењује као и у његовој несавршености, јер се из текстова најчешће извлачи оно што субјекту примене јесте најјасније и оно што представља његов интерес. Реч коју језик користи при стварању текста не треба схватити као „лукои испољавање једног појединачног бића“ већ као реч „као саопштење за које су потребна

²³⁵ Е. Бети, *Хеременеутика као општа метода духовних наука*, 66 и L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago & London 1992, 35.

²³⁶ Ibid., 68.

²³⁷ Ibid., 69.

²³⁸ Ibid., 79.

²³⁹ Ibid., 82.

²⁴⁰ Ibid., 83.

²⁴¹ Ibid., 92.

два бића“ што је предуслов сваке заповести.²⁴² Овај проблем се може решити ако дође до онога што се предлаже односно до „суспензије властитих предрасуда“, односно у заборављању своје „властите историчности“.²⁴³ Дакле, ваља истаћи да за историјско тумачење не може бити важан историјски догађај сам по себи, већ његово „значење (које се односи на садашњост)“.²⁴⁴

Излазак из ове ситуације налази се и у примени аксиолошког метода када „сумњамо у предање и покушавамо да одгонетнемо како помоћи“ да се дође до разумевања садржине“.²⁴⁵ У овоме нам може једино помоћи аксиолошко-критички приступ норми, јер нико па ни интерпретатор нема „монопол на истину, не може истину схватити као „задобијен посед“ и он нема „контролну инстанцу“.²⁴⁶

²⁴² Е. Бети, *Херменеутика као опита метода духовних наука*, 94 и А. Мармор, *Law inb the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007, 5.

²⁴³ Ibid., 101.

²⁴⁴ Ibid., 108.

²⁴⁵ Ibid., 105.

²⁴⁶ Ibid., 106.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Akvinski, T, *Izabrano djelo*, Globus, Zagreb, 1981.

Бети, Е, *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад, 1988.

Валтер, Р, *Теорија права Ханса Келзена*, Досије, Београд, 1999.

Валтер, Р, *Три прилога чистој теорији права*, Досије, Београд, 1999.

Visković, N, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981.

Visković, N, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001.

Врачар, С, *Преиспитивање правне методологије, Наговештаји државно- правног интегрализма*, Научна књига, Београд, 1994.

Вукадиновић, Г, Митровић, Д. М, Трајковић, С. М, *Увод у право*, Досије студио, Београд, 2012.

Јеринг, Р. Ф, *Циљ у праву*, ЦИД, Подгорица, 1998.

Johnson, C, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Company New York, 1993.

Кауфман, А, *Право и разумевање права*, Гунтенбергова галаксија, Београд-Ваљево, 1998.

Келзен, Х, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998.

Келзен, Х, *Општа теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 1998.

Келзен, Х, *Елементи теорије правних норми*, приредио Д. Јаковљевић, Подгорица-Београд, 2003.

Лукић, Р, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1983.

Лукић, Р, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.

Лукић, Р, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права* Завод за уџбенике и наставна средства Београд. Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1995.

Лукић, Р, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995.

Мелвингер, И, *Увод у право*, Нови Сад, 1965.

Митровић, Д. М, *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд, 2000.

Marmor, A, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007.

Паунд, Р, *Јуриспруденција*, књига I, ЦИД, Подгорица, 2000.

Перелман, Х, *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983.

Perić, B, *Struktura prava*, Narodne novine, Zagreb, 1964.

Радбрух, Г, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд, 1980.

Sebok, A. J, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

Strauss, L, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago & London 1992.

Тарановски, Ф. В, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003.

Тасића, Ђ, *Избор расправа и чланака из теорије права*, САНУ, Београд, 1984.

Teaching Ethics, ed. By R. M. Thomas, Centre for Business and Public sector Ethics, Cambridge, 2011.

Фасо, Г, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица, 2007.

Фетер, Х, *Херменеутички огледи*, Досије, Београд, 2000.

Filipović, V, *Filozofijski rječnik*, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984.

Holland, T. E, *The Elements of jurisprudence*, The Lawbook Exchange Ltd. Clark, New Jersey, 2006.

Čović, A, *Etika i biotika*, PERGAMENA, Zagreb, 2004.

ПРИМЕНА ПРАВА КАО ИСХОДИШТЕ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Сажетак

Да ли је примена права одговоран и сложен процес? С обзиром на задатак онога ко прописе примењује, а то је одржање правног поретка као и његово ваљано функционисање морамо се сложити да то јесте одговоран и сложен процес у коме је истовремено веома ташко начинити складну целину свих елемената које имамо при примени права.

Садржина правних прописа које ваља применити а који имају императиван карактер чини да овај процес посебно у домену изузетно ригидних правних правила постане одговорно-сложен. Тај процес примене без икакве сумње мора укључити и тумачење права и то посебно онда када смисао норме неће доћи „сам од себе“.

Изворни начин да норма коју ваља да применимо долази до нас је текст, односно језички израз наших или нечијих мисли, те нам је наравно неопходно језичко тумачење. Како значење може да превазиђе језички израз, смисао се тражи и израв језичког значења добијеног језичким тумачењем.

А како су у сам процес тумачења укључени различити субјекти, ми можемо говорити и о различитим тумачима права, те тако то могу бити ствараоци нижих општих норми и то у ситуацији када тумаче опште више опште норме а приликом стварања нижих норми; потом то су ствараоци појединачних норми и субјекти који су дужни да се понашају по правним нормама.

Могуће је говорити и о аутентичном тумачењу, односно ситуацији када норму тумачи онај који је сам донео, када законодавац тумачи своје законе и то доношењем новог интерпретативног закона, ово је тумачење ретко и важи за убудуће, а ретко има повратну снагу јер није сасвим самосталан акт, он је садржински повезан са актом који се тумачи, и његов је саставни део, осим што није донет када је доношен акт који се тумачи.

Међу субјектима који својом делатношћу примењују право и тумаче га могу се наћи правно надлежни државни орган који тумачи најважније норме и на крају то је правна наука као тумач, односно то је доктринарно тумачење.

А сваком од ових тумача на располагању су и одређена средства па ми говоримо о језичком, логичком, дословном, проширеном, суженом, систематском, историјском, циљном тумачењу. А када говоримо о методама тумачења, ми говоримо о субјективном и

објективном тумачењу, о статичком и еволуционистичком тумачењу, као и о везаном и слободном тумачењу.

Кључне речи: право, правни поредак, примена права, тумачење права, херменутика.

APPLICATION OF LAW AS THE ORIGIN OF THE LEGAL ORDER

Summary

Is law enforcement a responsible and complex process? Considering the task of the one who applies the regulations, which is the maintenance of the legal order as well as its proper functioning, we must agree that it is a responsible and complex process in which it is at the same time very difficult to make a harmonious whole of all the elements we have in the application of law.

The content of legal regulations that must be applied, which have an imperative character, makes this process, especially in the domain of extremely rigid legal rules, become responsible and complex. That process of application must without any doubt include the interpretation of the law, especially when the meaning of the norm will not come "by itself".

The original way that the norm that we should apply comes to us is the text, that is, the linguistic expression of our thoughts or someone else's thoughts, and of course we need a linguistic interpretation. As the meaning can go beyond the linguistic expression, the meaning is also sought directly from the linguistic meaning obtained through the linguistic interpretation.

And since different subjects are involved in the process of interpretation, we can also talk about different interpreters of law, and thus they can be the creators of lower general norms in the situation when they interpret general higher general norms and when creating lower norms; then they are the creators of individual norms and subjects who are obliged to behave according to legal norms.

It is also possible to talk about authentic interpretation, i.e. the situation when the norm is interpreted by the one who made it himself, when the legislator interprets his own laws by passing a new interpretive law, this interpretation is rare and valid for the future, and rarely has retroactive force because it is not a completely independent act, it is substantively connected with the act being interpreted, and is an integral part of it, except that it was not adopted when the act being interpreted was passed.

Among the entities that apply the law and interpret it through their activities, you can find the legally competent state body that interprets the most important norms, and in the end it is legal science as an interpreter, that is, it is a doctrinal interpretation.

And each of these interpreters has certain means at their disposal, so we are talking about linguistic, logical, literal, expanded, narrowed, systematic, historical, target interpretation. And when we talk about methods of interpretation, we are talking about subjective and objective interpretation, about static and evolutionary interpretation, as well as about bound and free interpretation.

Key words: law, legal order, application of law, interpretation of law, hermeneutics.

БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА

Рођен сам 29.11.1993. године у Лесковцу. Живим у селу Горње Крајинце, код Лесковца, завршио сам основну школу „Радоје Домановић“ и средњу школу Гимназију у Лесковцу, са одличним успехом.

Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду, завршио сам дана 29.09.2017. године, са просечном оценом 7,42.

У погледу радног искуства у правосуђу, најпре сам обављао послове адвокатског приправника код адвоката Тање Савић у Нишу, у својству волонтера, у трајању од три године и три месеца, тачније од 20.01.2018. године до 25.03.2022. године.

Правосудни испит положио сам у Београду дана 29.09.2021. године, са општим успехом „положио“.

Дана 21.09.2017.године сам положио адвокатски испит, а дана 25.03.2022. године сам се уписао у именик адвоката Адвокатске коморе Ниш и бавим се адвокатуром непрекидно од тог дана као и данас. У току бављења адвокатуром учествовао сам на више стручних обука, као и на семинарима која је организовала Адвокатска комора Ниш.

Говорим енглески језик.