

Bojan Spaić*

INTERPRETACIJA I KONSTRUKCIJA: PRILOG RAZMATRANJU RAZLIKE IZMEĐU PRIMJENE PRAVA I STVARANJA PRAVA

Apstrakt: U okviru svojih redovnih aktivnosti sudovi pripisuju značenja pravnim tekstovima da bi utvrdili normativnu situaciju stranaka u sporu. Aktivnost pripisivanja značenja pravnim tekstovima od strane sudova uobičajeno nazivamo autoritativnim tumačenjem prava. U velikom broju slučajeva, značenje koje tekstu pripisuje sud na različite načine odstupa od onoga što bi laici, pa čak i pravnici očekivali, a sama odstupanja se u pravnoj teoriji objašnjavaju na različite načine. U svrhu objašnjenja koriste se pojmovi stvaranja i primjene prava, ekstenzivnog i restriktivnog tumačenja, *secundum*, *praeter* i *contra legem* presuđivanja. U ovom radu se pak razmatraju shvatanja interpretacije, konstrukcije i njihovog odnosa, kao moguća objašnjenja situacija u kojima autoritativno tumačenje odstupa od očekivanja stručne i laičke javnosti. U tu svrhu, izlažu se savremena tekstualistička i intencionalistička (kognitivistička) shvatanja interpretacije i konstrukcije i upoređuju se sa savremenim skeptičkim shvatanjima. Uprkos jednostavnosti i intuitivnoj prihvatljivosti nekih kognitivističkih stanovišta, pokazuje se da skeptička shvatanja daju bolju teorijsku osnovu za razmatranje primjene i stvaranja prava od strane sudova. Samo razlikovanje između interpretacije i konstrukcije pokazuje se kao korisno teorijsko oruđe za objašnjenje postupanja sudova, kao i za preciziranje postojećih teorijskih razlikovanja.

Ključne reči: tumačenje prava, primjena prava, stvaranje prava, interpretacija, konstrukcija, kognitivizam, skepticizam, tekstualizam, intencionalizam.

1. UVOD

Krivično odjeljenje Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu: KOVKS ili Sud), u cilju obezbjeđivanja jedinstvene sudske primjene prava i ujednačavanja sudske prakse, donosi stavove u vezi sa spornim pravnim

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu;
e-mail: bojan.spaic@ius.bg.ac.rs.

Članak je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Epidemija. Pravo. Društvo.“

pitanjima.¹ Na sjednici održanoj 28. septembra 2018. godine, donijet je pravni stav sledećeg sadržaja: „Protiv osuđujuće presude kojom je okrivljeni oglašen krivim zbog krivičnog djela koje se goni po službenoj dužnosti, nije dozvoljena žalba supružnika okrivljenog u korist okrivljenog, kada supružnik u postupku (sic) ima svojstvo oštećenog.“ Kao osnov za usvajanje pravnog stava, Sud navodi nedoumice u pogledu primjene stava 2. člana 433. Zakona o krivičnom postupku koji glasi: „U korist optuženog žalbu mogu izjaviti i njegov bračni drug, lice s kojim živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života, srodnici po krvi u pravoj liniji, zakonski zastupnik, usvojitelj, usvojenik, brat, sestra i hranitelj, a rok za žalbu teče od dana kada je optuženom, odnosno njegovom braniocu dostavljen prepis presude.“

Postupak kojim sud dolazi do normativnog značenja – suda o pravima i obavezama strana u sporu – na osnovu teksta pravnog akta nazivamo sudskim ili sudijskim tumačenjem prava. U tom smislu bismo stav KOVKŠ-a mogli nazvati tumačenjem stava 2. člana 433. ZKP-a. Istovremeno, pretpostavili bismo da će se pravnik vjerovatno osjetiti nelagodno, a laik u najmanju ruku zbunjeno, pred stavom suda da riječi „U korist optuženog žalbu može izjaviti njegov bračni drug“ zapravo znače „U korist optuženog žalbu nema pravo da izjavi njegov bračni drug, kada supružnik u postupku ima svojstvo oštećenog.“ Jedan od uzroka pretpostavljene nedoumice kod pravnika i laika jeste svakako i to što stanovište Suda (bar implicitno) podrazumijeva da normativno značenje teksta kojim se, po svemu sudeći, daje mogućnost da se u korist optuženog izjavi žalba od strane bračnog druga obuhvata i zabranu ulaganja žalbe u određenim situacijama – naime onim situacijama u kojima je bračni drug oštećen od strane okrivljenog.

I zaista, postupak koji u ovoj situaciji preduzima KOVKŠ nije jednostavno teorijski obrazložiti. Tumačenje prava se tradicionalno određuje kao utvrđivanje značenja pravnog teksta. Izraz „utvrditi značenje“ pravnu nauku i pravnu teoriju upućuje na zaključak da određeno značenje pravnog teksta postoji sasvim nezavisno od tumača. Pojedini autori tvrde i to da među mogućim značenjima treba izdvojiti jedno određeno značenje koje je „ispravno“, pa ga i označavaju kao „pravo značenje“ pravnog teksta.

1 Nadležnost Vrhovnog kasacionog suda da obezbjeđuje jedinstvenu sudsku primjenu prava utvrđena je kao nadležnost izvan suđenja članom 31. Zakona o uređenju sudova (*Sl. glasnik RS*, br. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – dr. zakon, 78/11 – dr. zakon, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 – dr. zakon, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18 – odluka US, 87/18 i 88/18 – odluka US). Sam postupak ujednačavanja sudske prakse je regulisan Sudskim poslovníkom (*Sl. glasnik RS*, br. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16, 56/16, 77/16, 16/18, 78/18, 43/19 i 93/19). Pravni stav i razlozi na kojima je zasnovan izloženi su u *Biltenu Vrhovnog kasacionog suda*, 2/19, str. 26–27.

Klasično stanovište možemo označiti kao kognitivizam, po kojem je radnja tumačenja prava po svojoj prirodi sazajna ili kognitivna – tumač saznaje jedno ispravno značenje pravnog teksta.²

Kognitivistička pozicija djeluje intuitivno prihvatljivo i teorijski lagodno: ako postoje kriterijumi za istinitost tumačenjskih iskaza – iskaza o značenju pravnih tekstova – u svakom trenutku na osnovu tih kriterijuma možemo reći da li je jedno tumačenje pravnog teksta ispravno ili pogrešno. Naravno, čak i da su kriterijumi jasni, teorijski problem pravi činjenica što sudije nisu obavezne da pripišu baš ona značenja koja su ispravna, da to često i ne čine, te moramo pretpostaviti da je važeće pravo sastavljeno od „tačnih“ iskaza sudova o tome kako subjekti treba da se ponašaju i od „netačnih“ iskaza sudova o tome kako subjekti treba da se ponašaju. U tom smislu, zastupati ideju o tome da postoji jedno pravo značenje pravnih tekstova često dobija oblik neprekidnog pravno-teorijskog lamenta nad pogrešnim tumačenjima, uz (aktivnu ili pasivnu) nadu da će pravna praksa shvatiti svoje „greške“ i raditi na tome da ih ispravi.³

Za razliku od kognitivističkih shvatanja, volutaristička, skeptička ili antiformalistička shvatanja sudijsko tumačenje prava određuju kao odluku o značenju pravnog teksta. Po interpretativnom skepticizmu, suštinska karakteristika sudijskog tumačenja prava (za razliku od drugih vrsta tumačenja prava kakva je recimo naučno tumačenje prava), sastoji se u tome da sud autoritativno pripisuje značenje pravnom tekstu.⁴ Autoritativna pripisivanja značenja pravnom tekstu su voljni čin suda kojim se jedno od mogućih normativnih značenja „povezuje“ s pravnim tekstom. Interpretativni iskazi sudova su stoga stipulativni, te nalik bilo kom

2 Termin „pravo značenje norme“ u našoj pravnoj teoriji potiče od Radomira Lukića (Lukić, R., 1961, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, str. 73). Izbor termina kojim će se označiti „značenje pravne norme koje obezbeđuje ispravno i najpotpunije moguće vršenje one uloge koju ta norma, tj. pravo uopšte, ima u društvu“ i naknadne (nesvesne) redefinicije, praktično su dovele do poistovjećivanja termina s cjelinom kognitivističkih stanovišta.

3 Herbert Hart kognitivističku poziciju naziva „plemenitim snom“ za koju kaže da „ima mnogo varijanti, ali u svim svojim oblicima predstavlja uvjerenje, možda čak vjeru, da uprkos površinskim utiscima da je drugačije, i uprkos dugim periodima sudijskih aberacija i grešaka, možemo ponuditi objašnjenje i opravdanje za uobičajeno očekivanje da sudije treba da primjene na slučajeve postojeće pravo, umjesto da stvaraju novo pravo, čak i onda kada ne izgleda da tekst određene ustavne odredbe, zakona ili dostupnog precedentu ne nudi pouzdano uputstvo.“ Hart, H. L. A., 1977, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, *Georgia Law Review*, Vol. 11, No. 5, p. 978.

4 Cjelovita antiformalistička teorija o prirodi sudijskog tumačenja prava izložena je u: Spaić, B., 2020, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

stipulativnom iskazu nemaju istinosnu vrijednost.⁵ U tom smislu, iz skeptičke perspektive i ne govorimo o tačnim i pogrešnim tumačenjima, već samo o različitim pripisivanjima normativnih značenja.

Skeptička shvatanja pravnog tumačenja na prvi pogled olakšavaju obrazloženje primjera sudijskog tumačenja prava koji smo naveli na početku. KOVKS je određenom pravnom tekstu autoritativno pripisao određeno značenje, a pripisivanje značenja pravnom tekstu jeste upravo ono što sudovi rade kada tumače pravo. No, u tom jednostavnom objašnjenju se ogleda i osnovni problem skeptičkog stanovišta – ono nam ne pomaže u otklanjanju nelagode koju smo opisali na početku, a koja se tiče činjenice da nismo rado spremni da tumačenjem nazovemo baš svako pripisivanje značenja pravnom tekstu, bez obzira na to u kojoj je mjeri udaljeno od pretpostavljenog, intuitivnog, *prima facie* značenja.⁶

U članku se traga za odgovarajućim teorijskim obrazloženjem ove i drugih sličnih sudijskih odluka o značenju pravnih tekstova (tj. sudskih tumačenja prava). Da bi se na odgovarajući način objasnile ova i slične situacije, razmotrićemo: 1. razliku između interpretacije i konstrukcije koja se u savremenim teorijama tumačenja koristi da bi se označila različita utvrđivanja značenja pravnih tekstova; 2. savremena shvatanja razlike između interpretacije i konstrukcije u doktrinama pravnog tumačenja koje imaju kognitivističke osnove; 3. savremena shvatanja razlike između interpretacije i konstrukcije u skeptičkoj teoriji pravnog tumačenja da bismo 4. došli do zaključka o teorijskoj opravdanosti razlikovanja interpretacije i konstrukcije u objašnjenju ovog i sličnih sudskih pripisivanja značenja pravnim tekstovima.

2. INTERPRETACIJA, KONSTRUKCIJA I SRODNA RAZLIKOVANJA

Prvo korisno pojašnjenje koje se teorijski može dati u vezi s prethodnim ilustrativnim primjerom tiče se odnosa između iskaza suda i iskaza

5 Stipulativne (pogodbene) definicije su vrsta definicija kojima se pojmu daje novo značenje u određenom kontekstu ili za određenu svrhu.

6 Taj se prigovor antiformalističkim shvatanjima često uzima kao presudan, i u tom smislu se govori o modifikacijama kognitivističkih shvatanja koja omogućavaju načelno obrazloženje ove situacije. Posebno je značajno obrazloženje koje je ponudio Herbert Hart, koje se tiče razlikovanja između situacija u kojima se pravni tekst može bez tumačenja primjeniti na odgovarajuću situaciju i situacija koje zahtijevaju diskrecionu odluku sudije (Hart, H. L. A., 1994, *The Concept of Law*. 2nd ed., Clarendon Press, pp. 126–132). Baš kao što kognitivizam metaforički naziva „plemeniti san“, Hart o skepticizmu govori kao o „noćnoj mori“ koju objašnjava kao iznevjeravanje očekivanja da sudija treba da uvijek primjeni postojeće pravo na slučaj koji je pred njim (Hart, H. L. A., 1977, p. 972).

zakonodavca. Iskaz zakonodavca „U korist optuženog žalbu može izjaviti njegov bračni drug“ jeste tekst pravnog akta koji nas upućuje na zaključak da je u normativnom smislu bračnom drugu dato jedno određeno procesno ovlaštenje u okviru krivičnog postupka. „Interpretativni“ iskaz suda utvrđuje da bračni drug nema pravo da izjavi žalbu u korist optuženog ako je oštećen djelom. Iskazom sud utvrđuje normativnu situaciju subjekata i to na taj način što tekstu pripisuje normativno značenje koje nije samorazumljivo. S obzirom na to da sud u krajnjoj liniji u slučaju spora utvrđuje prava i obaveze, u konkretnom slučaju je sud taj koji u doslovnom smislu ustanovljava normu (tj. normativno značenje). Upravo u odnosu na tu činjenicu, o iskazu iz pravnog akta govorimo kao o tekstu izvora prava na osnovu kog sud normu donosi.

Tekst člana 433. ZKP-a upućuje na postojanje norme po kojoj bračni drug ima pravo da uloži žalbu u korist bračnog druga bez obzira na to da li je oštećen njegovim djelom ili ne. Izlažući razloge za zauzimanje pravnog stava koji nije u skladu s onim na šta tekst upućuje, KOVKS i sam naglašava da tekst odredbe ZKP-a „izolovano posmatrano [...] ne ostavlja nikakve dileme u pogledu toga da žalbu može izjaviti i supružnik“. Uprkos tome, Sud ustanovljava normu na osnovu koje jedna kategorija supružnika, naime oni supružnici koji su oštećeni djelom okrivljenog, nemaju pravo da ulože žalbu u korist okrivljenog. Kao opravdanje za ustanovljavanje te norme Sud navodi neke praktične i neke teorijske razloge. Teorijski razlozi se tiču procesnog položaja oštećenog, koji je po sudu takav da je „na strani javnog tužioca i da je njegov interes samim tim vezan za optužbu“. Praktični razlozi se sastoje u tome da je pravni interes oštećenog krivičnim djelom pretežan u odnosu na njegovo pravo da izjavi žalbu u korist okrivljenog, te da izjavljivanje žalbe dovodi do „mešanja procesnih uloga“. I bez posebne ekspertize u oblasti procesnog prava djeluje opravdano postaviti pitanje koje i KOVKS retorički postavlja – „ukoliko oštećeni izjavi žalbu u korist okrivljenog, [...] da li je na taj način odustao od predloga“ ukoliko je riječ o krivičnom djelu u kojem se gonjenje preuzima po predlogu, odnosno od „optužnice na osnovu koje je doneta presuda“.

U našoj pravnoj teoriji i pravnoj praksi, rasuđivanje i postupanje suda u ovoj i sličnim situacijama kvalifikuje se polazeći od nekih osnovnih i često ponavljanih razlikovanja. Prvo relevantno razlikovanje dijeli aktivnosti državnih organa na stvaranje prava i primjenu prava. U državno-pravnim porecima u kojima je vlast podijeljena, stvaranje prava je zadatak zakonodavne vlasti, dok je primjena prava zadatak izvršne i sudske vlasti. Sudovi i upravni organi nesporno stvaraju pojedinačne norme u okviru redovnih aktivnosti, te se samo stvaranje opštih normi karakteriše

kao stvaranje prava.⁷ Slijedimo li početni pretpostavljeni laički utisak o normativnom značenju teksta člana 433. ZKP-a, djeluje izvjesno da rasuđivanje koje koristi KOVKS nije u strogom smislu primjena prava, već da je riječ o stvaranju prava. Utisci pak mogu poslužiti kao početna tačka u teorijskom i sudskom rasuđivanju o pravu, ali ne predstavljaju zadovoljavajući osnov za teorijsko obrazloženje i praktičko rasuđivanje. Razlika između stvaranja i primjene prava, u svojoj osnovnoj doktrinarnoj formulaciji, otvara više pitanja nego što ih rješava. Bez odgovarajućih obrazloženja, ona nam ne pomaže u ustanovljavanju kriterijuma razlikovanja između stvaranja i primjene, ne rješava pitanje moguće legitimnosti sudijskog stvaranja prava, niti nam teorijski utemeljeno objašnjava relativno složeno rasuđivanje Suda.

Drugo razlikovanje dijeli aktivnosti sudova na *secundum legem, contra legem i praeter legem* presuđivanje.⁸ U pozadini pomenute klasifikacije se nalazi zavodljivo jednostavna ideja na osnovu koje cijenimo aktivnost suda, po kojoj *lex* ima jedno, nepromjenjivo značenje. Polazeći od tog pretpostavljenog značenja, za svako sudijsko tumačenje prava možemo tvrditi da je po zakonu, protivno zakonu ili u skladu sa zakonom. Da bismo navedeni slučaj sudijskog tumačenja prava evaluirali sa stanovišta ovog razlikovanja, neophodno je da prethodno utvrdimo nedvosmisleno normativni sadržaj pravnog teksta. Tvrdimo li da je normativni sadržaj identičan sa *prima facie* normativnim značenjem pravnog teksta, već smo zauzeli jedan normativni stav po kojem sudija treba da tumači pravo na osnovu utiska o normativnom značenju riječi izvora prava.⁹ Ukratko, razlikovanje će nam biti od pomoći pod uslovom da zastupamo 1. kognitivističke pozicije u teoriji pravnog tumačenja na osnovu kojih postoji jedno normativno značenje pravnog teksta koje sud (tumač) samo treba da potvrdi i 2. da imamo normativnu teoriju (doktrinu) pravnog tumačenja koja daje uputstvo o tome kako se nedvosmisleno utvrđuje normativni

7 Noviji doprinosi raspravi o stvaranju i primjeni razmatraju se u: Sandro, P., 2021, *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Hart Publishing (u štampi).

8 Wroblewski, J., 1969, Legal Reasoning in Legal Interpretation, *Logique et analyse*, Vol. 12, No. 45, pp. 12–13; Wroblewski, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Springer, p. 224; Poscher, R., The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Glanert, S., Glinart, F., 2017, *Law's Hermeneutics: Other Investigations*, Routledge, p. 207.

9 Razlikovanje između tri vrste presuđivanja podudarno je u određenoj mjeri sa Larencom (Karl Larenz) razlikovanjem između *Auslegung, gesetzesimmanente Rechtsfortbildung* i, *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung* (Larenz, K., 1960, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*, 3rd ed., Springer, pp. 350–351). Kriterijum razlikovanje je kod Larenca, doduše, određen i tiče se popunjavanja pravnih praznina i zaključivanja na osnovu pravnih principa. Pravnička upotreba razlikovanja kod nas je pretežno neodređena i konfuzna.

sadržaj teksta. Drugo razlikovanje stoga, pod navedenim uslovima i uz neophodna preciziranja, može biti relevantno za objašnjenje sudijskog postupanja iz našeg primjera.

Na sličan način se često govori o restriktivnom i ekstenzivnom tumačenju, u zavisnosti od toga da li je tumač pripisao tekstu značenje koje se odnosi na manji ili na veći broj slučajeva.¹⁰ Za razliku od prethodnog razlikovanja, o uskom tumačenju govorimo onda kada se tekst tumači na taj način da obuhvati samo one slučajeve za koje možemo reći da potpadaju pod „srž“ pojma, dok o širokom tumačenju govorimo onda kada se tekst tumači na taj način da obuhvati i one slučajeve za koje nije sasvim jasno da li se pojam odnosi ili ne, te, slijedeći Herberta Harta, kažemo da se nalaze u „polusjenci“ pojma.¹¹ Restriktivno i ekstenzivno tumačenje Karl Larenca zamišlja kao krajnosti kojima se ocrtavaju konture dosega (domena primjene) jednog pojma. Širokim tumačenjem pojma obuhvatamo sve one pojave koje se po nekom kriterijumu mogu podvesti pod taj pojam. Ako se pojava ne može podvesti pod pojam, ali je sud pod pojam ipak podvede, govorimo o rasuđivanju po analogiji.¹² Uskim tumačenjem se pak iz dosega pojma isključuju sve one pojave koje ne potpadaju pod srž pojma po određenom kriterijumu. Isključimo li iz dosega pojma one pojave koje potpadaju pod njegovu srž, po Larencu ne govorimo više o uskom tumačenju, već o teleološkoj redukciji.¹³ S obzirom na to da pojam „supružnika“ iz člana 433. ZKP-a po samom KOVKS-u obuhvata i one supružnike koji su oštećeni krivičnim djelom, jasno je da u strogom smislu Sud ne tumači restriktivno tekst, već da određene pojave na koje se tekst odnosi isključuje iz dosega upotrebljenih pojmova. U tom smislu i ne možemo govoriti o restriktivnom tumačenju u smislu Hartovog razlikovanja, već o stvaranju novog pravila. I ovo se razlikovanje pokazuje *prima facie* podesnim za analizu naše situacije, ali nas, bar u ovom slučaju, vraća podjeli na aktivnosti stvaranja prava i aktivnosti primjene prava.

10 *Ibid.*, pp. 341–345.

11 Hart, H. L. A., 1958, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, p. 607. Uprkost tome što slijedi Engiša, koji ističe nejasnost ovog razlikovanja navodeći čak četiri moguća značenja širokog i uskog tumačenja, Larenovo razmatranje je u značajnoj mjeri slično Hartovom (Larenz, K., 1960, p. 342).

12 Noviji doprinosi razumijevanju analogije uopšte i analogije u pravu razmotreni su u: Dajović, G., 2020, Shvatiti analogiju ozbiljno, *Pravni zapisi*, Vol. XI, No. 2, str. 461–503.

13 Teleološka redukcija se kao interpretativni i argumentativni postupak razmatra detaljno u njemačkoj pravnoj teoriji (Brandenburg, H.-F., 1983, *Die Teleologische Reduktion*, Duncker & Humblot; Wank, R., 1997, *Die Auslegung Von Gesetzen*, Carl Heymanns Verlag; Zippelius, R., 2005, *Juristische Methodenlehre*, 9 ed., Verlag C. H. Beck; Larenz, K., 1960, pp. 342, 377–384).

Dolazimo tako i do teorijski i praktično aktuelnog razlikovanja koje može biti dobar kandidat za objašnjenje situacije iz primjera i sličnih situacija postupanja sudova. Aktivnost kojom sud neiskazana pravila ili pravne posljedice izvodi iz teksta izvora prava u savremenoj pravnoj teoriji se često ne naziva tumačenjem ili interpretacijom, već konstrukcijom. Između interpretacije i konstrukcije postoji, tvrdi Damijano Kanale (*Damiano Canale*), konceptualna razlika. Pojmovno posmatrano, interpretacijom se uspostavlja odnos između teksta izvora prava i pravila koje se tim izvorom prava izražava, dok se konstrukcijom uspostavlja odnos između izražene norme i neizražene norme.¹⁴ Pogledamo li pobliže obrazloženje koje daje KOVKS, primjećujemo da ni sam Sud ne shvata svoju aktivnost u konkretnom slučaju kao tumačenje odredbe ZKP-a. Štaviše, na samom početku obrazloženja naglašava se da formulacija odredbe ZKP-a naizgled ne ostavlja nikakve sumnje u pogledu normativnog značenja odredbe, što nam ukazuje na to da je interpretativna aktivnost obavljena, te da nastavak razmatranja nema interpretativni karakter. KOVKS interpretacijom identifikuje izraženu normu koja ovlašćuje supružnika da izjavi žalbu u korist okrivljenog, ali nam odmah potom daje razloge u prilog konstrukciji neizražene norme kojom se određenoj kategoriji supružnika, naime onim supružnicima koji su oštećeni djelom supružnika, onemogućava ulaganje žalbe.

Za razliku od termina interpretacija (tumačenje), koji je u pravnoj nauci i pravnoj praksi neizostavan, termin konstrukcija se kod nas skoro i ne koristi. U tradiciji teorija pravnog tumačenja, konstrukcija je pak termin koji je u često upotrebi i kojim se označava jedan određen skup rasuđivanja kojima pravnici potencijalno ili aktuelno ustanovljavaju prava ili obaveze subjekata prava. Već Frensis Liber (*Francis Lieber*), pišući u prvoj polovini XIX vijeka, konstrukciju određuje kao „izvlačenje zaključaka u pogledu subjekata, koji prevazilaze izričiti izraz teksta, iz elemenata koji su poznati i dati u samom tekstu – zaključaka koji su u okvirima duha teksta ali ne i u okvirima slova teksta“.¹⁵ Na drugim osnovama se i u evropsko-kontinentalnoj pravnoj teoriji, bar od Savinjija (*Friedrich Carl von Savigny*), govori o aktivnostima tumačenja prava i aktivnostima sudijskog razvoja prava (*Rechtsfortbildung*), koje prevazilaze moguća značenja riječi pravnih tekstova.¹⁶ U oba slučaja, donošenje normativnih zaključaka koji

14 Canale, D., 2019, Norme espresse e norme inesprese. Un'analisi concettuale, *Analisi e Diritto*, No. 5, pp. 16–17.

15 Lieber, F., 1839, *Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities.*, Charles C. Little and James Brown, p. 56.

16 Larenz, K., 1960, p. 350; Poscher, R., 2017, p. 207.

se tiču subjekata, to jest ustanovljavanje prava i obaveza konstrukcijom jeste od posebnog značaja kada aktivnost sprovede sudovi, s obzirom na to da sudovi definitivno utvrđuju normativni status strana u sporu.

Razlikovanje interpretacije i konstrukcije može, dakle, biti od koristi za označavanje i objašnjenje aktivnosti koje sud preduzima rješavajući slučajeve polazeći od tekstova izvora prava. Da bi se razlika između tumačenja i konstrukcije utemeljila kao teorijski i praktično relevantna, neophodno je utvrditi kriterijume na osnovu kojih je moguće njihovo razlikovanje u sudijskim aktivnostima pripisivanja značenja pravnim tekstovima. Stanovišta različitih autora u okviru pravne teorije i filozofije se u tom pogledu, očekivano, razilaze.

3. KOGNITIVISTIČKA SHVATANJA INTERPRETACIJE I KONSTRUKCIJE

3.1. TEKSTUALISTIČKA PERSPEKTIVA

Prethodno smo ukratko izložili razliku između kognitivističkih i skeptičkih shvatanja pravnog tumačenja. Na osnovnoj kognitivističkoj premisi da tumačenja možemo klasifikovati kao tačna ili pogrešna, istinita ili neistinita, naslonjene su i dominantne savremene doktrine pravnog tumačenja. Za razliku od teorija pravnog tumačenja, koje objašnjavaju prirodu pravnog tumačenja ili opisuju načine na koje se tumačenje stvarno odvija, doktrine, to jest normativne teorije pravnog tumačenja, daju odgovor na pitanje o tome kako sud treba da tumači pravo.¹⁷

U pravnoj teoriji i praksi SAD u poslednjih nekoliko decenija dominira normativna teorija tekstualizma koja insistira na primatu jezičkog značenja pravnih tekstova prilikom tumačenja prava. U domenu javnog prava uopšte i ustavnog prava posebno, formulisana je i posebna „porodična teorija tumačenja ustava“, koju karakterišu teze da izvori prava dobijaju određeno značenje u trenutku njihovog usvajanja, te da su sudije dužne da izvorima prava pripisuju ono značenje koje oni imaju u trenutku njihovog nastanka. Upravo je u okviru ovog normativnog strujanja, koje nazivamo

17 Angloameričke doktrine pravnog tumačenja, po pravilu, formulišu konstitutivna i regulativna pravila. Konstitutivno pravilo se najčešće formuliše tako da se pod tumačenjem podrazumijeva utvrđivanje jednog određenog značenja (jezičko značenje, namjera autora, sistemsko značenje i sl.). Regulativno pravilo se sastoji u normativnoj tvrdnji da sudije treba da pripišu baš to značenje pravnom tekstu (Spaić, B., Normativity of Basic Rules of Legal Interpretation, in: Himma, K. E., Jovanović, M., Spaić, B., 2018, *Unpacking Normativity*, Hart Publishing, pp. 157–175).

originalizam, formulisano jedno od savremenih obrazloženja razlike između interpretacije i konstrukcije.¹⁸

Polazna osnova jednog dijela originalističkih shvatanja interpretacije i konstrukcije jeste ideja da u okviru svakog pravnog teksta možemo razlikovati „komunikativni sadržaj“ i „pravni sadržaj“. Komunikativni sadržaj teksta predstavlja njegovo jezičko značenje – ono što znače riječi i rečenice u prirodnom jeziku (primjerice srpskom ili engleskom) kojim je tekst izražen.¹⁹ Jezički sadržaj svakog pravnog teksta sastoji se od značenja koje riječi i izrazi na osnovu pravila gramatike i sintakse imaju, uz „pragmatička obogaćenja“ koja riječi i izrazi imaju zahvaljujući kontekstu u kom su izgovorene ili zapisane.²⁰ S obzirom na to da su pravni tekstovi izraženi prirodnim jezikom, primjena prava od strane suda prevashodno podrazumijeva utvrđivanje komunikativnog sadržaja teksta.

Prirodni jezik, podrazumijeva se, nije savršeno precizno sredstvo komunikacije, pa je saopštenji sadržaj često višeznačan.²¹ Primjera radi, višeznačna riječ u pravnom tekstu može biti krivica, s obzirom na to da se krivica u građanskom pravu pretpostavlja i zasniva na prouzrokovanoj

18 O značaju originalizma u teoriji i praksi pravnog tumačenja govori i česta napomena da je „sve ustavno tumačenje originalističko“, koju ističu autori koji se bave ustavnim pravom SAD (Greene, J., 2009, *On the Origins of Originalism*, *Texas Law Review*, Vol. 88, No. 1, p. 8). Uticaj doktrine je za tridesetak godina postao toliko veliki da su neki od najistaknutijih savremenih teoretičara ustavnog prava dali priloge njegovom teorijskom utemeljenju (Baude, W., Sachs, S. E., 2019, *Grounding Originalism*, *Northwestern University Law Review*, Vol. CXIII), revidirali svoja shvatanja pravnog tumačenja u cilju inkluzije ili kritike originalističkih teza (Huscroft, G., Miller, B. W. (eds.), 2011, *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press), ili su se bar osjetili obaveznim da reaguju na ono što shvaćaju kao pogrešnu doktrinu pravnog tumačenja (Nourse, V. E., 2018, *Reclaiming the Constitutional Text From Originalism: The Case of Executive Power*, *California Law Review*, Vol. 106). Tako se danas detaljno govori o starom i novom originalizmu i o savremenim varijantama originalizma (Solum, L. B., 2011, *What Is Originalism?* *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, No. 1353), semantičkom originalizmu (Solum, L. B., 2008, *Semantic Originalism*, *Illinois Public Law Research Paper*, No. 07–24), evolutivnom originalizmu (Balkin, J. M., 2011, *Living Originalism*, Harvard University Press), pa čak o tome da je samo pravo u SAD zasnovano na originalizmu (Baude, W., 2015, *Is Originalism Our Law?*, *Columbia Law Review*, Vol. 115).

19 Solum, L. B., 2014, *Communicative Content and Legal Content*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, pp. 479–520.

20 *Ibid.*, p. 488.

21 Za razmatranje oblika jezičke neodređenosti u pravu pogledati: Spaić, B., *Institucionalno rješavanje problema semantičke neodređenosti u pravnom tumačenju*, u: Spaić, B., Banović, D., 2016, *Savremeni problemi pravne i političke filozofije*, Šahinpašić, pp. 121–145; Ralf, P., Keil, G., 2017, *Vagueness in the Law*, Oxford University Press; Endicott, T. A. O., 2000, *Vagueness in Law*, Oxford University Press; Waldron, J., 1994, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, *California Law Review*, Vol. 82, No. 3, pp. 509–540.

šteti, dok se u krivičnom pravu ne pretpostavlja, već dokazuje i zasniva na psihičkom odnosu učinioaca prema djelu. Aktivnost kojom se rješava višeznačnost, kao osnovni problem semantičkog sadržaja pravnog teksta, Lorenc Solum (*Lawrence Solum*), jedan od najznačajnijih predstavnika originalizma, naziva interpretacijom, tj. tumačenjem.²² Tumačenje u Solumovom smislu te riječi rezultira tvrdnjom o jezičkom značenju pravnog teksta i rješava probleme koje tekst ima sa stanovišta njegovog komunikativnog sadržaja.²³

Iako je tumačenje pravnog teksta neizostavno, sudovi ne pripisuju značenja tekstovima da bi saznali njihov komunikativni sadržaj, već se sadržaj utvrđuje da bi se tekst primijenio na slučaj koji je pred sudom. Da bi sud primijenio tekst, neophodno je da, osim njegovog komunikativnog sadržaja, utvrdi i njegov pravni sadržaj. Osnovni element pravnog sadržaja teksta jesu pravila ili norme koje se povezuju sa semantičkim sadržajem teksta, ali nisu sastavni dio tog sadržaja. Utvrđivanjem pravnog sadržaja, sud određuje pravne posljedice određenog teksta.²⁴ I dok se problemi komunikativnog sadržaja ogledaju u višeznačnosti tekstova izraženih prirodnim jezikom, problemi u utvrđivanju pravnog sadržaja nastaju zbog toga što često nismo sigurni da li se tekst odnosi na neki slučaj ili ne.²⁵ U situacijama u kojima nismo sigurni da li se tekst odnosi na pojavu, slučaj ili situaciju, kažemo da je tekst nejasan. Za razliku od problema višeznačnosti, koji se rješavaju interpretacijom, problemi nejasnosti se rješavaju konstrukcijom koja određene „pravne efekte“ teksta povezuje sa određenim komunikativnim sadržajem.²⁶

Interpretacija jeste, dakle, stvar jezičkog značenja (konotacije, opsega) pojmova koji su korišćeni u tekstu izvora prava, dok je konstrukcija stvar primjenjivosti teksta (dosega, denotacije) na slučaj koji je posrijedi.²⁷ S obzirom na to da se termin interpretacija koristi da bi označio postupak utvrđivanja komunikativnog sadržaja pravnog teksta, pretpostavka je da postoji neka lingvistička činjenica koju interpretacijom treba da utvrdimo. U slučaju krivice, ta prosta činjenica koju interpretacija treba da utvrdi jeste, recimo, da li je riječ krivica upotrebljena u pravnom tekstu iz oblasti građanskog prava (npr. u Zakonu o obligacionim odnosima) ili u pravnom tekstu iz oblasti krivičnog prava (npr. u Krivičnom zakoniku).

22 Solum, L. B., 2010, Interpretation-Construction Distinction, *Constitutional Commentary*, Vol. 27, pp. 95–118.

23 *Ibid.*, pp. 100–102.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*, p. 98; Solum, L. B., 2014, p. 509.

26 Solum, L. B., 2010, pp. 103–108.

27 Barnett, R. E., 2011, Interpretation and Construction, *Harvard Journal of Law Public Policy*, Vol. 34, No. 1, p. 66.

U tom smislu je interpretacija vrijednosno neutralna – da bismo utvrdili značenje određenog teksta, tvrdi Solum, dovoljno je da utvrdimo na koji se način riječi i rečenice pravnog teksta upotrebljavaju u prirodnom jeziku.²⁸ No kada je riječ o tome da li se, primjera radi, „porodica“ odnosi na vanbračnu vezu koja je trajala jedan dan, po shvatanju Lorenca Soluma, interpretacija nam nije od pomoći.²⁹ Da bismo odgovorili na pitanje dosega pojma porodica neophodno je da iskoračimo iz lingvističkog značenja pravnog teksta i da se pozabavimo pitanjem osnova za primjenu termina porodica i na situaciju vanbračne zajednice koja traje jedan dan. Suštinski, konstrukcija podrazumijeva identifikaciju pravnog sadržaja pravnog teksta, preciznije – njome se na osnovu pravnog teksta stvara pravno pravilo koje ćemo primijeniti na spornu situaciju. Sama konstrukcija pravnog pravila podrazumijeva ili preciziranje nejasne odredbe ili termina ili preciziranje procedure koja se koristi da bi se od slučaja do slučaja odlučilo.

Interpretacija i konstrukcija su, tako, koraci u praktičnoj primjeni ili teorijskom obrazloženju autoritativnog teksta.³⁰ Komunikativni sadržaj do kojeg dolazimo interpretacijom i pravni sadržaj do kojeg dolazimo konstrukcijom se ne poklapaju. Rezultati interpretacije doprinose konstrukciji, ali je ne određuju u potpunosti iz razloga nejasnosti, „nesvodive“ višeznačnosti, postojanja pravnih praznina i protivrječnosti u okviru samog komunikativnog sadržaja.³¹ Razlike između komunikativnog i pravnog sadržaja postaju posebno značajne kada, kao u našem uvodnom primjeru, pravni sadržaj sud utvrdi tako da stičemo utisak o konfliktu sa komunikativnim sadržajem, ali i onda kada sud stvori pravni sadržaj na čije staranje nije izričito ovlašten pravnim tekstom koji propisuje njegovu nadležnost.³² Iz perspektive doktrine pravnog tumačenja koju smo označili kao tekstualizam, trebalo bi da konstrukcija u tim slučajevima bude neopravdana – tekstualizam zastupa stanovište da je Sud dužan da pripiše ono značenje pravnom tekstu koje ne odstupa od komunikativnog sadržaja tog teksta, bez obzira na moguće probleme koje taj komunikativni sadržaj može imati. No zadatak koji smo postavili u uvodu ovog teksta ne tiče se mogućnosti opravdanja sudijske konstrukcije u svim konkretnim slučajevima, već mogućnosti objašnjenja sudijskog postupanja u uvodnom slučaju i u sličnim situacijama. Pomaže li nam, onda, Solumovo tekstualističko-kognitivističko obrazloženje razlike između interpretacije i konstrukcije da objasnimo aktivnosti KOVKS-a?

28 Solum, L. B., 2010, p. 104.

29 *Ibid.*, pp. 98–99.

30 *Ibid.*, p. 96.

31 Solum, L. B., 2014, pp. 509–510.

32 *Ibid.*, p. 511.

Utvrđivanje komunikativnog sadržaja člana 433. ZKP-a interpretacijom, dovodi sud do određenog interpretativnog zaključka po kojem su „svi“ supružnici ovlašćeni da u korist supružnika ulože žalbu. Interpretativna aktivnost Suda time je praktično završena, jer je nedvosmisleno utvrđeno jezičko značenje teksta izvora prava. Razmatrajući pravne posledice koje rezultat interpretacije ima, Sud dolazi do zaključka da u određenom skupu slučajeva, naime u onim slučajevima u kojima je supružnik oštećen radnjom okrivljenog, supružnik nije ovlašćen da uloži žalbu na prvostepenu presudu. Praktični i teorijski (doktrinarni) argumenti suda ne predstavljaju interpretativnu aktivnost, jer se u strogom smislu ne bave tekstem člana 433. ZKP-a, već razmatraju prihvatljive i neprihvatljive pravne posledice. Upravo zbog toga, na osnovu Solumovog razmatranja, zaključujemo da je sud nakon aktivnosti interpretacije preduzeo aktivnost konstrukcije utvrđivanjem određenih pravnih posledica koje „odstupaju“ od komunikativnog sadržaja teksta zakona. Ostavljajući po strani pitanje opravdanosti odstupanja od komunikativnog sadržaja, ispostavlja se da Solumovo obrazloženje razlikovanja između interpretacije i konstrukcije objašnjava aktivnost KOVKS-a na osnovu kriterijuma jezičkog značenja pravnog teksta. S obzirom na to da se sud nije pridržavao jezičkog značenja, njegovu aktivnost u ovom slučaju ne možemo nazvati interpretacijom već isključivo konstrukcijom.

3.2. INTENCIONALISTIČKA PERSPEKTIVA

Osnovna ideja o tome da se u okviru utvrđivanja značenja pravnog teksta od strane sudova mogu razlikovati aktivnost interpretacije i aktivnost konstrukcije, značajno je drugačije obrazložena u radu Ralfa Pošera (*Ralf Poscher*). Nalik Solumu, Pošer interpretaciju shvata kao empirijski poduhvat. No za razliku od pomenutih autora, osnovna empirijska činjenica koju tumač treba da otkrije nije jezičko značenje pravnog teksta, već namjera njegovog tvorca.³³ Interpretativni iskazi, s obzirom na to da su iskazi o realno postojećoj namjeri autora, imaju karakter iskaza o stvarnosti, koji se, u zavisnosti od toga da li odgovaraju namjeri realnog tvorca teksta ili ne, mogu cijeniti kao istiniti ili lažni.³⁴

Često će biti slučaj da nam utvrđena namjera tvorca pravnog teksta ne daje odgovor o tome koja prava i obaveze imaju stranke – zakonodavac prosto nije namjeravao ništa u pogledu rješavanja konkretnog spora.³⁵ Iz

33 Poscher, R., 2017, p. 211.

34 „Komunikativna interpretacija podrazumjeva izlaganje hipoteze o empirijskoj činjenici – namjeri govornika zasnovanoj na mentalnom stanju. Nalik svakoj drugoj empirijskoj hipotezi, interpretacije mogu biti istinite ili neistinite.“ *Ibid.*, p. 211.

35 *Ibid.*, p. 213.

„obaveze pravne hermeneutike da pretpostavi da pravo sadrži odgovor na svako pitanje“ proizlazi stoga neophodnost dodatne neinterpretativne aktivnosti – konstrukcije – u svim onim slučajevima u kojima nam namjera tvorca ne daje odgovor na sporno pitanje.³⁶ Za razliku od interpretacije koja je, po Pošeru, objašnjavajuća aktivnost, konstrukcija je stvaralačka aktivnost. Na površinskom nivou bi se moglo učiniti da je konstrukcija prosto pripisivanje značenja na osnovu asocijacije, ili pak stvaranje prava koje ima karakter zakonodavnog donošenja novog pravila koje reguliše odgovarajuću situaciju. No Pošer tvrdi da takve tvrdnje nemaju osnova, te da i konstrukcija, kao i interpretacija, ima hermeneutički karakter.³⁷

Za razliku od zakonodavnog stvaranja prava koje se vodi obzirima „političke i praktične svrshodnosti“ te se može opravdati tom vrstom obzira, konstrukcija podrazumijeva interpretativno opravdanje aktivnosti stvaranja novog pravila. „Hermeneutička konstrukcija“ podrazumijeva, stoga, dva koraka. Prvi korak je pripisivanje novog značenja tekstu tako što će tekstu pripisati namjere koje nisu namjere realnog autora. Drugi korak je u opravdanju pripisivanja namjera pozivanjem na „implicitnog zakonodavca“, fiktivnog imaoa namjere koja je pripisana tekstu, a koja nije prisutna kod realnog zakonodavca.³⁸

Nije naravno dovoljno da pretpostavimo bilo kakvog zakonodavca. Za razliku od interpretacije, čija je uloga rekonstruktivna, konstrukcija je normativni poduhvat koji mora biti regulisan nizom standarda racionalnosti pretpostavljenog zakonodavca. Takođe, za razliku od rezultata interpretacije koje cijenimo kao uspješne ili neuspješne, u zavisnosti od toga da li su tačno identifikovale namjere tvorca teksta, rezultate konstrukcije cijenimo na osnovu „supstantivnih kriterijuma racionalnosti“. U tom smislu, konstrukciju možemo okarakterisati kao racionalnu ako se njeni rezultati mogu generalizovati, tj. primjeniti ne samo na slučaj koji je neposredno pred sudom već i na ostale slučajeve koji potpadaju pod konstruirano značenje pravnog teksta;³⁹ ako je konzistentna sa ostalim konstrukcijama, tj. ako konstruisana norma ne protivrječi ostalim interpretiranim i konstruiranim normama u jednom pravnom sistemu; ako slijedi standarde instrumentalne racionalnosti, tj. ako proizvede pravila koja su smislena i koja se mogu slijediti i ne vodi apsurdnim rezultatima;⁴⁰ ako slijedi standarde evaluativne racionalnosti, te ne protivrječi elementarnim zahtijevima pravednosti; konačno, norma koja se dobije konstrukcijom mora biti relevantna

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, p. 218.

38 *Ibid.*, pp. 217–218.

39 *Ibid.*, p. 218.

40 *Ibid.*

za sadašnjost, posebno u onim slučajevima u kojima u vezi sa spornim pitanjem ne postoji namjera istorijskog zakonodavca.⁴¹

Kriterijum razlikovanja između interpretacije i konstrukcije koji nam Pošer nudi neraskidivo je povezan sa idejom o centralnom mjestu realnih namjera tvorca/zakonodavca u tumačenju prava. Preduzme li sud aktivnost konstrukcije, on ne utvrđuje postojeću normu, već na osnovu pretpostavljenog fiktivnog i savršeno racionalnog zakonodavca stvara novu normu, pravdajući svoj poduhvat pravno-interpretativnim razlozima, tako što polazeći od pretpostavljenih namjera savršeno racionalnog zakonodavca daje novo značenje postojećem tekstu.

Prihvatajući Pošerova osnovna polazišta koja se tiču namjere tvorca kao cilja pravnog tumačenja, na uvodnom slučaju možemo testirati primjerenost njegovog shvatanja razlikovanja između interpretacije i konstrukcije. Da bismo iz Pošerove perspektive tvrdili da je KOVKS uopšte tumačio tekst člana 433. ZKP-a, potrebno je da pretpostavimo da je namjera tvorca nedvosmisleno izražena tekstom odredbe. Obrazloženje Suda ne ukazuje da postoji pokušaj da se utvrdi činjenica namjere tvorca u pogledu slučajeva u kojima se oštećeni supružnik pojavljuje kao potencijalni podnosilac žalbe u korist okrivljenog. U krajnjoj liniji bismo stoga opravdano mogli pitati da li je Sud uopšte pokušavao da tumači u Pošerovom smislu, to jest da li je posegnuo za mogućnostima koje tehnika istorijskog tumačenja stavlja na raspolaganje tumačima – proučavanje pripremljenih radova, zapisnika komisije koja je utvrdila predlog zakona, rasprave u parlamentu i sl. Pod uslovom da odgovorimo pozitivno na ovo pitanje, možemo konstatovati da je realna namjera zakonodavca utvrđena time što je Sud protumačio član 433. stav 2. tako da ovlašćenje na ulaganje žalbe dodijeli svim kategorijama lica pomenutim u tekstu. S obzirom na to da namjera realnog zakonodavca dovodi do posledica neprihvatljivih posledica u onim slučajevima u kojima je supružnik oštećen djelom okrivljenog, rekli bismo da je sud pretpostavio fiktivnog zakonodavca i konstruisao normu koja je djelimično derogirala normu koju dobijamo tumačenjem namjere realnog zakonodavca.

41 *Ibid.*, p. 219; Pošer ovaj standard racionalnosti konstrukcije naziva „stapanjem horizonata“ pozivajući se na Gadamera (*Ibid.*, p. 220). Kod Gadamera pak stapanje horizonata nije normativni standard, pa čak ni standard racionalnosti i ispravnosti tumačenja, već je opis onoga što se dešava kada se tumač susretne s tekstom iz prošlosti (vid.: Spaić, B., 2020, *Tumačenje prava u okviru hermeneutike Emilija Betija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu). On naglašava: „Nekog sadašnjeg horizonta za sebe nema, kao što nema ni istorijskih horizonata, koje bi trebalo steći. Razumjevanje je, naprotiv, uvijek proces stapanja takvih navodno za sebe bivstvjućih horizonata“ (Gadamer, H.-G., 1978, *Istina i metoda*, prev. Slobodan Novakov, IP „Veselin Masleša“, p. 340).

3.3. PROBLEMI KOGNITIVISTIČKIH SHVATANJA

Izložena shvatanja razlike između interpretacije i konstrukcije daju *prima facie* prihvatljiva obrazloženja aktivnosti KOVKS-a. Rasuđivanje koje Sud koristi u uvodnom slučaju se na osnovu oba shvatanja ne može u pravom smislu te riječi nazvati interpretacijom, već se isključivo može govoriti o konstrukciji. Razlozi zbog kojih govorimo o konstrukciji umjesto o interpretaciji, koji se u okviru izloženih pozicija navode jesu različiti. U slučaju tekstualističkih shvatanja, razlika je zasnovana na tvrdnji da se interpretativna aktivnost u strogom smislu iscrpljuje u utvrđivanju jezičkog značenja riječi i rečenica izvora prava. Intencionalistička shvatanja interpretacijom nazivaju isključivo aktivnost kojom se utvrđuje realna namjera tvorca teksta. S obzirom na to da su i jezičko značenje i namjera zakonodavca „statične“ činjenice koje je Sud dužan da utvrdi interpretacijom, opravdano je iz doktrinarnе perspektive postaviti pitanje o tome da li se mogu opravdati i na koji način one brojne aktivnosti pripisivanja značenja pravnim tekstovima koje se ne mogu u strogom smislu nazvati interpretacijom. Formulacija kriterijima razlikovanja se tako na prvi pogled, u doktrinarnom smislu, pokazuje kao korisno oruđe za kritiku sudijskih pripisivanja značenja koja izlaze iz okvira interpretacije i ulaze u domen konstrukcije.

Budući da se teorijsko obrazloženje razlike između interpretacije i konstrukcije zasniva na kriterijumu jedne određene interpretativne tehnike, i tekstualizam i intencionalizam sadrže jednu teorijsku i jednu doktrinarnu tezu. Teorijska teza se sastoji u tvrdnji da je suština tumačenja pravnih tekstova kognitivna aktivnost utvrđivanja njihovog jezičkog značenja ili utvrđivanja realne namjere tvorca teksta. Doktrinarna teza koja se formuliše na osnovu teorijske teze jeste da su sudovi dužni da pripišu tekstovima ono značenje koje je dobijeno jezičkim ili istorijskim tumačenjem. Te osnovne postavke tekstualističkog i intencionalističkog shvatanja dovode nas i do dva osnovna problema kognitivističkih shvatanja.

(1) Iako ni laici ni pravnici pravni stav KOVKS-a ne bi rado nazvali tumačenjem, brojne su situacije u kojima bi postupak suda nazvali tumačenjem, uprkos tome što bi, po Solumovom i Pošerovom shvatanju, trebalo da odustanemo od takvog određenja. Recimo da se problem koji se našao pred sudom sastoji u tome da li se riječ supružnik iz člana 433. ZKP-a odnosi i na osobe koje su sa okrivljenim provele svega par dana u vanbračnoj zajednici. KOVKS bi onda mogao da radi utvrđivanja značenja posegne za argumentom koji se ne tiče komunikativnog sadržaja teksta

niti namjere tvorca, već bi tumačio odredbe Porodičnog zakona.⁴² Uprkos tome što bismo, sasvim u skladu sa uobičajenom i tehničko-pravnom upotrebom pojma tumačenja, mogli da kažemo da je sistemski argument koji je sud upotrijebio zapravo interpretativni argument, iz perspektive kognitivno tekstualističkog i intencionalističkog shvatanja bismo pripisivanje značenja riječi porodica na osnovu Porodičnog zakona, dakle standardan slučaj upotrebe tehnike sistemskog tumačenja, nazvali konstrukcijom. Utvrđivanje odnosa između djela pravnog teksta i njegove cjeline, korišćenje neautoritativnih tekstova da bi se utvrdilo značenje autoritativnog teksta jesu postupci koji se, skoro bez izuzetka, nazivaju tumačenjem, baš kao što se tumačenjem pravnog teksta nazivaju i utvrđivanje jezičkog značenja i namjere tvorca teksta. Štaviše, svaki od tih postupaka se rutinski, kako u teoriji tako i u praksi, izričito karakteriše kao jezičko, sistemsko, istorijsko ili ciljno tumačenje, kao upotreba određenog kanona ili tehnike tumačenja, ili pak interpretativnog argumenta.

To svakako mora biti jedan od razloga zbog kojih, Rendi Barnett (*Randy Barnett*) naglašava da su termini „interpretacija“ i „konstrukcija“ oznake, te da se umjesto njih mogu koristiti i „semantička interpretacija“ i „aplikativna interpretacija“.⁴³ Pošer, takođe, govori o uslovima pod kojima se pravna konstrukcija može shvatiti kao interpretacija pravnog teksta.⁴⁴ Pomenute terminološke nedoumice blisko su povezane s različitim značenjima koja riječ „interpretacija“ ima u pravu i drugdje, a koja se u našoj pravnoj teoriji tradicionalno označavaju kao „tumačenje u užem“ i „tumačenje u širem smislu“.⁴⁵ No za razliku od naše pravne teorije koja termin „konstrukcija“, shvatimo li ga kao sinoniman s terminom „tumačenje u širem smislu“, povezuje s aktivnošću popunjavanja pravnih praznina, kognitivističke doktrine neopravdano pretpostavljaju da se interpretacijom u pravom smislu te riječi može nazvati isključivo utvrđivanje „običnog“ značenja riječi teksta izvora prava, odnosno utvrđivanje realne namjere tvorca pravnog teksta.

(2) To nas dovodi i do drugog problema kognitivističkih razlikovanja koji posebno ističe Frederik Šauer (*Frederick Schauer*). Razlika između interpretacije i konstrukcije je po njemu korisna samo ukoliko je većinu primjera sudijskog pripisivanja značenja pravnim tekstovima moguće analizirati na osnovu te razlike. Da bi to bilo moguće, neophodno je da u

42 Kao što je, recimo, slučaj u presudi Kzz 36/10 Vrhovnog kasacionog suda od 7. 4. 2010. godine i nižih sudova koji su postupali u tom slučaju.

43 Barnett, R. E., 2011, p. 65.

44 Poscher, R., 2017, p. 213.

45 Lukić, R., 1961, p. 18; Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., 2014, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

svakom pojedinačnom slučaju možemo da razlikujemo jezičko značenje, tj. značenje koje je tvorac namjerio da pripíše tekstu, od pravnog značenja, odnosno posledica koje pravni tekst ima.⁴⁶ Pravni tekstovi pak često i nemaju neka odjelita značenja u prirodnom jeziku prosto zbog toga što je jezik prava jednim velikim dijelom tehnički jezik bremenit stručnim terminima koji nemaju pandan u prirodnom jeziku i terminima prirodnog jezika koji se tradicionalno razumjevaju na tehnički način od strane svih ili većine pravnika, pa čak i laika.⁴⁷ Karakter pravnog jezika toliko otežava razlikovanje između interpretacije i konstrukcije na osnovu kognitivističkih kriterijuma jezičkog značenja i namjere tvorca da bismo skoro svaku sudijsku aktivnost u vezi sa tekstom morali da nazovemo konstrukcijom.⁴⁸ U tom smislu bismo mogli reći da je razlikovanje, onako kako je izloženo kod Soluma i Pošera, neadekvatno da u okviru prakse sudijskog pripisivanja značenja pravnim tekstovima diskriminiše između interpretativnih aktivnosti i onih aktivnosti koje nisu interpretativne, prosto zbog toga što bismo morali da zaključimo da sudovi skoro bez izuzetka konstruišu pravo, te da veoma rijetko interpretiraju pravo. To je očigledno i zbog toga što koristeći Solumove kriterijume možemo nedvosmisleno reći da je u pitanju konstrukcija, ona ne proizlazi iz činjenice da je jezičko značenje relevantnog pravnog teksta na bilo koji način problematično. Naprotiv, jasno jezičko značenje teksta koji se tumači očigledno je i samom KOVKS-u. Konstrukcija za kojom je posegao Sud nije rezultat jezičke neodređenosti odredbe zakona, već nalaza da upravo jezička određenost odredbe vodi pravnim posledicama koje su u određenom slučaju neprihvatljive praktično, proceduralno i dogmatički.

Prethodni problemi su dovoljni da se zaključi da teorijska neadekvatnost tekstualističkog i intencionalističkog pristupa razlikovanju između interpretacije i konstrukcije u osnovi proizlazi iz kognitivističkih osnova ovih doktrina pravnog tumačenja. Baš kao što su prva zasnovana na doktrini pravnog tumačenja koja nalaže da sudija ne odstupa od semantičkog značenja pravnog teksta, druga su zasnovana na doktrini tumačenja koja nalaže da sudija ne odstupa od značenja koje je realni autor teksta namjerio da pripíše pravnom tekstu. I u jednom i u drugom slučaju će to da li nešto karakterišemo kao interpretaciju ili pak kao konstrukciju zavisiti od doktrinarne teze koju smo zauzeli. U oba slučaja razlikovanje između interpretacije i konstrukcije počiva na shvatanju o dominantnosti jedne

46 Schauer, F., 2021, *Constructing Interpretation*, *Boston University Law Review*, Vol. 101, No. 1, p. 123.

47 Schauer, F. 2015, *Is Law a Technical Language?*, *San Diego Law Review*, Vol. 52, pp. 508–509.

48 Schauer, F., 2021, p. 127.

tehnike ili direktive tumačenja koju prihvata teoretičar ili sudija, ili koja je dominantna u okviru jedne pravne kulture. Teorijske pozicije o sudijskom tumačenju prava koje su formulisane na taj način nazivamo doktrinama zbog toga što je njihov krajnji cilj normativan ili evaluativan – usmjerene su ili na formulisanje direktiva koje sud treba da slijedi prilikom tumačenja prava ili na formulisanje standarda na osnovu kojih se jedno tumačenje može vrednovati.⁴⁹

S obzirom na prethodne probleme, karakterizacija sudijske aktivnosti kao interpretacije ili kao konstrukcije iz perspektive ove dvije teorijske pozicije može biti korisna, ali ne može biti teorijski adekvatna. U pravnim kulturama u kojima su tekstualizam ili intencionalizam dominantne doktrine pravnog tumačenja, karakterizacija instance sudijskog pripisivanja značenja pravnom tekstu kao interpretacije ili kao konstrukcije ukazuje na to da je sud odstupio od dominantne interpretativne doktrine, što zahtijeva obrazloženje ovog odstupanja i moguća sporenja o legitimnosti takvog odstupanja. U pravnim kulturama u kojima nema dominantne teorije pravnog tumačenja, zastupanje jedne od ovih pozicija ima ideološki karakter i predstavlja poziv sudovima da se drže određene interpretativne pozicije. Teorijski osnovanije razlikovanje između konstrukcije i interpretacije moramo, stoga, potražiti van okvira kognitivističkih shvatanja pravnog tumačenja.

4. SKEPTIČKO SHVATANJE INTERPRETACIJE I KONSTRUKCIJE

Problemi sa kognitivističko-doktrinarnim stanovištima nas dovode i do razmatranja skeptičkog odgovora na pitanje o mogućoj razlici između interpretacije i konstrukcije. S obzirom na određenje interpretativnog skepticizma koje je dato ranije, a koje interpretativne aktivnosti sudova određuje kao pripisivanja pravnom tekstu jednog od njegovih potencijalnih značenja, djeluje upitno da li uopšte ima smisla govoriti o razlici između konstrukcije i interpretacije u uslovima u kojima je rezultat autoritativnog tumačenja odluka o normativnom značenju. Ako iskazu „U korist optuženog žalbu može izjaviti njegov bračni drug“, sud pripiše značenje „U korist optuženog žalbu ne može izjaviti njegov bračni drug, kada su pružnik u postupku ima svojstvo oštećenog“, pod pretpostavkom da interpretacijom sud pripisuje značenje tekstu koje ne mora biti njegovo jezičko značenje ili značenje koje je tvorac teksta namjeravao da pripiše, djeluje neupitno da se rezultat aktivnosti suda može označiti kao tumačenje

49 Vid.: Wroblewski, J., 1992, p. 320.

pravnog teksta, te da se razlika između konstrukcije i interpretacije ne može teorijski napraviti.

Jedan od najznačajnijih predstavnika interpretativnog skepticizma, Rikardo Gvastini (*Riccardo Guastini*), ipak smatra da je razlikovanje teorijski opravdano i relevantno za objašnjenje sudijskog rasuđivanja. Tumačenje se, po Gvastiniju, u zavisnosti od njegovog sadržaja može podijeliti na kognitivno i odlučujuće. Kognitivno tumačenje smijera da utvrdi sva moguća (plauzibilna) značenja koja mogu biti pripisana pravnom tekstu na osnovu tehnika tumačenja (jezičkog, sistemskog, istorijskog ili ciljnog) ili na osnovu teza pravne dogmatike koje su široko prihvaćene u pravnoj doktrini.⁵⁰ S obzirom na to da utvrđuje moguća normativna značenja pravnog teksta, zadatak kognitivnog tumačenja jeste da ocrta okvir mogućih značenja do kojih se dolazi polazeći od teksta izvora prava na osnovu tehnika tumačenja i teza pravne dogmatike. Uzoran tumač prava iz perspektive kognitivnog tumačenja jeste neko ko se bavi pravnom naukom – njegov je zadatak utvrđivanje različitih mogućih značenja pravnog teksta *in abstracto*. Odlučujuće tumačenje pak podrazumjeva odluku o jednom od značenja koja su utvrđena kognitivnim tumačenjem (te i odbacivanje ostalih značenja). U savremenim pravnim sistemima zasnovanim na podjeli vlasti, pravnim tekstovima autoritativno pripisuju značenja sudski, upravni, a nekada i zakonodavni organi.⁵¹

Sva odlučujuća tumačenja, kao pripisivanja značenja tekstu izvora prava, nisu ista. U zavisnosti od odnosa između kognitivnog tumačenja i odlučujućeg tumačenja razlikujemo standardno odlučujuće tumačenje i kreativno odlučujuće tumačenje. Standardno odlučujuće tumačenje imamo onda kada autoritativni tumač prava tekstu pripíše jedno od značenja koja su ranije utvrđena kognitivnim tumačenjem ili jedno od značenja koja je *in abstracto* moguće utvrditi kognitivnim tumačenjem. Kreativno odlučujuće tumačenje podrazumijeva pripisivanje tekstu onog značenja koje nije utvrđeno kognitivnim tumačenjem – značenja koje je, uslovno rečeno, novo.⁵² Kreativno odlučujuće tumačenje se, dakle, ne zasniva na značenjima koja je moguće pripisati pravnom tekstu na osnovu kognitivnog tumačenja, već se njime, na osnovu normi koje je moguće dobiti kognitivnim tumačenjem pravnog teksta, stvara nova norma koja nije

50 Guastini, R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, p. 28.

51 *Ibid.*, p. 60; Gvastinijevo skeptičko shvatanje pravnog tumačenja u svim bitnim crtama oslonjeno je na Kelzenovo (*Hans Kelsen*) razmatranje iste problematike (Kelsen, H. 1960, *Reine Rechtslehre*, 2ed., Österreichische Staatsdruckerei). Odnos između Kelzenovog i Gvastinijevog shvatanja objašnjen je u: Spaić, B., 2020, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, str. 115–121.

52 *Ibid.*, p. 29.

izražena.⁵³ Postupak stvaranja ili formulacije nove neizražene norme na osnovu izražene norme Gvastini naziva konstrukcijom. Konstrukcija obuhvata intelektualne aktivnosti koje ne spadaju u tumačenje, uprkos tome što se njima dolazi do mogućih rješenja spornih pravnih pitanja. Osnovni rezultat konstrukcije jeste prevashodno „formulacija neizraženih normi [...] polazeći od izraženih normi [...] koje nijedan normativni autoritet nikada nije formulisao“.⁵⁴ Aktivnosti tumača koje tipično rezultiraju stvaranjem novih normi jesu, po Gvastiniju, brojne, te je malo vjerovatno da ih možemo taksativno nabrojati. Primjera radi on ipak navodi stvaranje aksioloških pravnih praznina, elaboraciju neizraženih normi, popunjavanje pravnih praznina, konkretizaciju pravnih principa, stvaranje aksioloških hijerarhija između normi, balansiranje između suprotstavljenih principa, rješavanje pojedinih antinomija.⁵⁵

Sumirajući Gvastinijevo stanovište, odnose između interpretacije i konstrukcije možemo postaviti na sledeći način: kognitivnom interpretacijom nazivamo one postupke tumačenja kojima se tekstovima izvora prava pripisuju njihova moguća normativna značenja na osnovu različitih tehnika pravnog tumačenja i stanovišta u pravnoj doktrini. Značenja koja je kognitivnom interpretacijom moguće pripisati tekstovima izvora prava nazivamo „eksplicitnim normama“. Standardno odlučujuće tumačenje je postupak kojim tumač prava autoritativno pripisuje pravnom tekstu jedno od mogućih normativnih značenja utvrđenih kognitivnim tumačenjem. Konstrukcija predstavlja aktivnost kojom se polazeći od eksplicitnih normi „konstruišu“ norme koje su implicitne, tj. ona normativna značenja koja kognitivnim tumačenjem nije moguće plauzibilno navesti kao normativno značenje pravnog teksta. Kreativno odlučujuće tumačenje se uglavnom sastoji upravo u konstrukciji „implicitnih normi“ iz onih normi koje se eksplicitno mogu pripisati tekstu izvora prava. Osnov za razlikovanje između interpretacije i konstrukcije nije, dakle, jedna određena interpretativna doktrina, niti jedno određeno moguće normativno značenje pravnog teksta. O konstrukciji možemo govoriti isključivo onda kada tumač izađe iz okvira značenja koja tekst može plauzibilno imati s obzirom na sve interpretativne tehnike i sve doktrinarne teze koje su u upotrebi u okviru jednog pravnog poretka.

53 Gvastini naglašava da pojam „interpretacija“ u širem smislu obuhvata i konstrukciju, ali da postoje solidni razlozi da u okviru tog skupa intelektualnih operacija izdvojimo podskup koji nazivamo „konstrukcija“. Korišćenje termina u kontekstu pravnog tumačenja Gvastini povezuje s Jeringom (*Ibid.*, p. 32), uprkos tome što o konstrukciji izričito raspravlja već Liber.

54 *Ibid.*, p. 33; Guastini, R., 2014, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, G., pp. 382–383.

55 Guastini, R., 2011, p. 32.

Vidjeli smo da je jedan od problema sa kognitivističkim shvatanjima pravnog tumačenja taj što se, kada pretpostavimo da samo jednu tehniku tumačenja možemo nazvati tumačenjem u pravom smislu te riječi, prostor konstrukcije nerazumno širi na većinu redovnih sudijskih aktivnosti. Za razliku od tih pozicija, Gvastinijevo skeptičko shvatanje uvodi veći broj varijabli koje je neophodno ispitati da bi se utvrdilo da li je riječ o interpretaciji ili o konstrukciji. Da bismo iz skeptičke perspektive uopšte tvrdili da je u pitanju konstrukcija pravne norme, neophodno je da razmotrimo sva moguća normativna značenja koja tekst može imati na osnovu svih tehnika pravnog tumačenja i svih dogmatičkih teza. Okvir interpretacije nam se na osnovu toga može učiniti bezobalno širokim, jer je broj varijabli od kojih zavisi da li ćemo jednu aktivnost suda nazvati interpretativnom ili konstruktivnom toliko veliki da pojedini autori zauzimaju stanovište da se, u okviru skeptičkog shvatanja pravnog tumačenja, razlika između interpretacije i konstrukcije ne može dosljedno ni izvesti.⁵⁶

Jedno moguće rješenje ovog problema, koje kod Gvastinija nije precizno formulisano, daje Damiano Kanale. On primjećuje da se interpretacijom ustanovljava odnos između dispozicije – teksta izvora prava – i norme koja je njime izražena. Konstrukcijom se pak, kako i sam Gvastini tvrdi, ne ustanovljava odnos između teksta izvora prava i norme, već se ustanovljava odnos između a) jedne norme koja je izražena, do koje dolazimo interpretacijom, i neizražene norme, b) pravnoteorijske (doktrinarne) postavke i neizražene norme, i c) između izražene norme i doktrinarne postavke, s jedne strane, i norme koja nije izražena i do koje dolazimo konstrukcijom, s druge strane.⁵⁷ Gvastini insistira na tome da se interpretacijom mogu nazvati samo ona propisivanja značenja koja spadaju u okvir značenja koja se mogu plauzibilno pripisati pravnom tekstu uzimajući u obzir tehnike tumačenja i doktrinarne teze.⁵⁸ Kanale precizira ovu njegovu tezu tako što određuje pojam okvira značenja u kojem se kreće tumač: „Interpretativni argumenti koji se uobičajeno koriste od strane sudija i pravnika uopšte – dovoljno je sjetiti se lingvističkih, intencionalističkih, sistematskih, teleoloških i drugih – ovičavaju tipičan kontekst iskazivanja, u okviru kojeg dispozicija izražava određeno značenje“.⁵⁹ Svaki okvir se sastoji od a) konkretnog tumača b) vremena i mjesta u kojem se dispozicija tumači, c) i konteksta u kojem se odvija lingvistička komunikacija.

56 Pino, G., 2013, Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa, *Rivista di filosofia del diritto*, No. 1, p. 9.

57 Canale, D., 2019, p. 17.

58 Guastini, R., 2011, p. 28.

59 Canale, D., 2019, p. 35.

Semantički okviri nisu proizvoljni, već zavise od pravne kulture u kojoj tumač obavlja svoj posao. U smislu tumačenja prava, relevantan dio pravne kulture koji određuje okvir značenja koja se plauzibilno mogu pripisati dispoziciji zavisi prvenstveno od normativnih shvatanja, tj. od doktrina pravnog tumačenja.⁶⁰ U slici interpretacije koju na osnovu Gvastinijevih teza daje Kanale, jezička pravila imaju, dakle, ulogu identifikacije nekog broja polaznih (*default*) značenja, polazeći od kojih se interpretativna aktivnost odvija, ali koji nisu dovoljni za definitivno pripisivanje značenja pravnom tekstu. Na osnovu tih polaznih značenja dolazimo i do mogućih normativnih značenja korišćenjem interpretativnih tehnika (kanona, pravila tumačenja) i teza u okviru pravne dogmatike kojima se ustanovljavaju interpretativni odnosi između pravnih tekstova i pravnih normi.⁶¹ Razliku između interpretacije i konstrukcije možemo, dakle, napraviti na osnovu rasuđivanja koja sud koristi da bi opravdao pripisivanje značenja pravnom tekstu. Ako se pripisivanje značenja zasniva na tehnikama tumačenja i doktrinarnim tezama koje se mogu koristiti u određenoj kulturi, nema sumnje da je riječ o aktivnosti interpretacije. Ako se pak do norme koja nije izražena pravnim tekstom dolazi na osnovu normi koje tekstom jesu aktuelno ili potencijalno izražene, korišćenjem različitih postupaka rasuđivanja koji nisu interpretativni, govorimo o konstrukciji.

Kako bi glasilo obrazloženje uvodnog primjera na osnovu Gvastinijevog i Kanaleovog shvatanja razlike između interpretacije i konstrukcije? Sud identifikuje *prima facie* značenje ili, Kanaleovom terminologijom, polazno (*default*) značenje dispozicije „U korist optuženog žalbu mogu izjaviti i njegov bračni drug [...]“ tvrdnjom da tekst „izolovano posmatrano [...] ne ostavlja nikakve dileme u pogledu toga da žalbu može izjaviti i supružnik“. Identifikacija polaznog značenja jeste interpretacija, uprkos tome što Sud ne koristi izričito interpretativne argumente. Normativno značenje koje je već na početku pretpostavljeno kao „očigledno“ ako ga posmatramo izolovano jeste normativno značenje koje je Sud pripisao pravnom tekstu. To, naravno, ne može biti i jedino normativno značenje koje se može pripisati tekstu. Upotrebom istorijskog tumačenja koje u prvi plan stavlja namjeru tvorca, sud je mogao da ispita da li je zaista bila namjera tvorca da sve slučajeve podvede pod ovo pravilo; upotrebom sistemskog tumačenja sud je imao mogućnost da se pozove na pravne principe na osnovu kojih se potencijalno može zaključiti da je normativno značenje teksta uže nego što bi se to moglo učiniti na osnovu same formulacije.

60 *Ibid.*, p. 36.

61 *Ibid.*, p. 38.

Ipak, Sud odlučuje da inicijalno pripiše tekstu normativno značenje po kojem svi supružnici imaju pravo žalbe.

Obrazloženje Suda nastavlja se navođenjem teorijskih i praktičnih razloga koji bi trebalo da dovedu do zaključka da je pravo izjavljivanja žalbe u korist bračnog druga ograničeno na one slučajeve u kojima supružnik nije oštećen relevantnim radnjama optuženog. Ono što KOVKS naziva teorijskim i praktičnim razlozima da se pravo podnošenja tužbe ograniči samo na one supružnike koji nisu oštećeni predmetnim radnjama optuženog sadrži jednu doktrinarnu tezu i jedan interpretativni argument, koji su aktuelno u upotrebi u našem pravnom poretku. Široko prihvaćena doktrinarna teza koja figurira kao dogmatski razlog sastoji se u tome da se procesni položaj javnog tužioca i oštećenog poklapaju, tj. da je interes oštećenog vezan za optužbu. Interpretativna tehnika koja se upotrebljava u izlaganju praktične teze primjer je teleološkog argumenta (ili korišćenja teleološke direktive tumačenja) – izjavljivanje žalbe u korist okrivljenog od strane oštećenog rezultiralo bi neprihvatljivom konflacijom procesnih uloga, kojom bi se tužilac i tuženi našli, paradoksalno, na istoj strani. Iako je teleološko tumačenje interpretativna tehnika koju sudovi u Srbiji aktuelno koriste,⁶² interpretativni argument nije iskorišćen da bi se utvrdilo značenje pravnog teksta, već da bi se pokazalo da početno normativno značenje koje je sud utvrdio interpretacijom vodi besmislenim praktičnim rezultatima. Normativno značenje koje se ustanovljava interpretacijom, po Gvastiniju, nije određeno samo polaznim (*default*) značenjem teksta, već polaznim značenjem, interpretativnim tehnikama i doktrinarnim tezama. Iz perspektive suda, praktični i teorijski razlozi ne predstavljaju više interpretaciju teksta, već argumentaciju u prilog stvaranju nove norme polazeći od utvrđene norme, kojom se zabranjuje ulaganje žalbe onim supružnicima koji su oštećeni djelom okrivljenog za koje je izrečena prvostepena presuda. U tom smislu bismo, prateći terminologiju i argumentaciju koju Sud koristi, mogli nedvosmisleno da kažemo da je aktivnošću konstrukcije Sud, polazeći od interpretacijom utvrđenog normativnog značenja pravnog teksta, na osnovu praktičnih obzira i dogmatskih teza konstruisao novo pravno pravilo. Kada sud koji autoritativno utvrđuje normativni položaj strana u sporu konstrukcijom utvrdi neizraženu normu polazeći od izražene norme i doktrinarnе teze, slijedeći Gvastinija bismo mogli da kažemo da aktivnost konstrukcije dovodi do „kreativnog odlučujućeg tumačenja“ kojim se faktički stvara nova opšta pravna norma.

62 Vid., primjera radi: VKS Prev 404/18 od 11. 7. 2019; VKS Rev2 1100/12; VKS Kzz 153/10 od 15. 9. 2010.

4.1. PROBLEMI SKEPTIČKOG SHVATANJA

Uprkos početnim bojaznima, Gvastinijevo i Kanaleovo razmatranje pokazuju da je i na osnovu skeptičkih početnih polazišta konceptualno opravdano praviti razliku između interpretacije i konstrukcije. Za razliku od kognitivističkih stanovišta koja interpretaciju i konstrukciju razlikuju u zavisnosti od toga koja je tehnika tumačenja upotrebljena, skeptičko stanovište pod konstrukcijom podrazumijeva samo one situacije u kojima je istinski stvoreno novo pravilo. Konstrukcijom se, naime, ne ustanovljava jedno od mogućih značenja pravnog teksta na osnovu tehnika tumačenja i dogmatskih teza (kognitivno tumačenje) niti se jedno od tih značenja autoritativno pripisuje pravnom tekstu (odlučujuće tumačenje), već se, na osnovu normi koje se mogu pripisati pravnim tekstovima kao njihovo značenje, zaključuje da postojanje drugih normi koje, kada postanu sastavni dio autoritativne sudske odluke o značenju, postaju i sastavni dio pravnog sistema. U okvirima interpretativnog skepticizma, konstrukcija podrazumijeva stvaranje nove norme u pravom smislu te riječi.

Rezultati skeptičke analize odluke KOVKS-a se u tom pogledu ne razlikuju od rezultata koje smo dobili na osnovu tekstualističke ili intencionalističke analize – i u jednom i u drugom slučaju zaključujemo da je riječ o konstrukciji. Skeptičko stanovište, ipak, ima jednu očiglednu prednost u odnosu na kognitivistička stanovišta – kriterijum za razlikovanje interpretacije i konstrukcije nije zasnovan na jednoj određenoj interpretativnoj tehnici, već polazi od ukupnosti interpretativnih tehnika i doktrinarnih teza koje su u upotrebi u okviru jednog pravnog poretka. To je ujedno i razlog zbog kojeg će, sasvim u skladu s uvreženim i intuitivno prihvatljivim stanovištem, sva ona pripisivanja značenja obrazložena na osnovu interpretativnih tehnika i doktrinarnih teza iz skeptičke perspektive biti svrstana u interpretaciju, dok će samo oni slučajevi u kojima se stvara nova norma biti nazvani konstrukcijom. Za razliku od kognitivističkih pozicija koje polje legitimne upotrebe pojma tumačenja sužavaju samo na one aktivnosti kojima se utvrđuje jezičko značenje teksta ili namjera tvorca teksta, skeptičko shvatanje na odgovarajući način oslikava uobičajenu upotrebu ovog pojma, tako da obuhvati postupke koje tradicionalno svrstavamo u tumačenje – jezičko, sistemsko, istorijsko i ciljno. Skeptičko razlikovanje između interpretacije i konstrukcije se, tako, pokazuje kao deskriptivno adekvatnije u odnosu na kognitivistička stanovišta, a konstrukcija se objašnjava kao aktivnost koja jeste česta, ali ne i dominantna u sudskoj praksi.

Naglasili smo, ipak, da teorijska adekvatnost skeptičkog stanovišta proizlazi iz povećanja broja varijabli ili obzira koje imamo kada cijenimo da li je riječ o interpretaciji ili o konstrukciji. Da bismo tvrdili da je riječ

o konstrukciji, neophodno je da pokažemo da norma koju je sud pripisao ne figurira kao normativno značenje teksta, već da izlazi iz okvira mogućih normativnih značenja. Đorđo Pino (*Giorgio Pino*) kritički tvrdi da tako nešto nije moguće zbog toga što u većini slučajeva u praksi neće biti jasno da li je riječ o aktivnosti interpretacije ili o aktivnosti konstrukcije. Da bismo ilustrovali Pinov prigovor, možemo zamisliti istovjetan uvodni slučaj s nešto drugačijom argumentacijom KOVKS-a. Sud je, primera radi, mogao da tvrdi da tekst „U korist optuženog žalbu može izjaviti njegov bračni drug“ ne isključuje izričito moguće izuzetke,⁶³ što bi moglo da ukaže na to da su mogući izuzeci od pravila, tj. da je pravilo derogabilno,⁶⁴ te da do zaključka dođe koristeći osnovne principe krivičnog prava (dakle, sistemskim tumačenjem) koji ne dozvoljavaju da se procesne uloge spoje. Bez obzira na uvjerljivost ovog zamislivog smjera argumentacije, razumno je pretpostaviti da bi problem demarkacije interpretacije i konstrukcije postao složeniji samim tim što bi sud upotrijebio pretežno interpretativne argumente. Osnovni problem, po Pinu, nije u tome što postoje neki slučajevi koji su granični sa stanovišta razlikovanja između interpretacije i konstrukcije, već je u tome što ćemo u većini slučajeva, s obzirom na broj varijabli koje moramo da uzmemo u obzir prilikom razmatranja da li je riječ o interpretaciji ili konstrukciji, morati da zaključimo isto što zaključujemo i u slučaju KOVKS-a – da u većini slučajeva odluke o značenju pravnog teksta sadrže i interpretativne i konstruktivne argumente.⁶⁵

Treba ipak imati na umu da sam Gvastini naglašava da je polje prihvatljivih normativnih značenja pravnog teksta promjenjivo, te da u krajnjoj liniji kognitivna interpretacija koju pretežno sprovodi pravna nauka naknadno uključuje i ona značenja teksta koja su tekstu pripisana kreativnom odlukom suda.⁶⁶ Dodatno, Canale precizira da deskriptivna neadekvatnost ne podrazumijeva istovremeno i konceptualnu nemogućnost pravljenja razlike između interpretacije i konstrukcije. Sudijska obrazloženja često ne sadrže dovoljno informacija da bismo definitivno mogli da kažemo da li je u konkretnom slučaju riječ o interpretaciji ili o konstrukciji,⁶⁷ ali nas ambivalentnost obrazloženja ne spriječava da na

63 Izuzeci se često isključuju tako što se u tekst izričito uključe izrazi „svi“, „uvek“, „bez izuzetka“ i slično.

64 Rasprava o derogabilnosti pravnih pravila izlazi iz okvira ovog rada. Vid.: Beltrán, J. F., Ratti, G. B., 2012, *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press.

65 Pino, G., 2013, p. 9.

66 Guastini, R., 2011, p. 36.

67 Canale, D., 2019, p. 39.

osnovu interpretativne prakse u jednom pravnom poretku utvrdimo okvir mogućih značenja pravnih tekstova.⁶⁸

5. OPRAVDANOST RAZLIKOVANJA IZMEĐU INTERPRETACIJE I KONSTRUKCIJE

Iz prethodnih izlaganja je jasno da savremena obrazloženja razlike između interpretacije i konstrukcije mogu poslužiti kao solidan osnov za analizu onih sudskih odluka koje na neki način izlaze iz okvira sudijskog pripisivanja značenja pravnom tekstu. Obrazloženja pravnog stava KOVKS-a, koji smo koristili kao primjer, pokazala su i to da različite teorijske pozicije u nekim slučajevima dovode do istog rezultata. Zaključak tekstualističkog, intencionalističkog i skeptičkog obrazloženja sasvim je sličan – KOVKS je konstruisao pravnu normu kojom se onemogućava su-pružnicima koji su oštećeni djelom da ulože žalbu u korist okrivljenog. Ipak, razlozi zbog kojih dolazimo do takvog zaključka su bitno različiti u tekstualizmu, intencionalizmu i skepticizmu.

Kriterijum razlikovanja između interpretacije i konstrukcije u okviru tekstualizma jeste to da li je sud utvrđivao jezičko značenje pravnog teksta ili je pak utvrđivao pravne posledice tog teksta. U okviru intencionalizma, o konstrukciji govorimo kada se sud udalji od namjere realnog tvorca pravnog teksta. Ukratko, i tekstualizam i intencionalizam razliku između interpretacije i konstrukcije prave na osnovu jednog određenog interpretativnog postupka, koji se smatra ispravnim postupkom utvrđivanja značenja pravnog teksta. Pokazuje se, tako, da kognitivistička shvatanja o pravnoj interpretaciji i pravnoj konstrukciji imaju prvenstveno doktrinarnu upotrebu, uprkos tome što se nekada predstavljaju kao teorijska obrazloženja. Osnovna namjera autora koji zastupaju tekstualističke ili intencionalističke pozicije jeste da utvrđujući standarde sudijskog tumačenja prava ustanove precizne i uske smjernice u čijim okvirima sudijsko tumačenje treba da se kreće. Pretežnost doktrinarnih obzira, vidjeli smo, dovodi do teorijskih problema kada na osnovu kriterijuma razlikovanja treba da objasnimo uobičajeno djelovanje sudova – slijedeći kognitivistička

68 Jedno takvo istraživanje interpretativnih i argumentativnih tehnika u okviru pravnog poretka empirijski je posao koji izlazi iz okvira ovog rada. Kanale naznačava smjer u kom bi se to istraživanje moralo kretati: prvi korak bi bio utvrđivanje interpretativnih argumenata koje sudovi koriste u određenom vremenskom periodu, da bi se u drugom koraku napravila mapa argumentativnih tehnika koje se mogu primjeniti u pripisivanju normativnih značenja pravnim tekstovima (*Ibid.*, p. 39.) Ovo bi provizorno omogućilo da na stabilnim osnovama u jednom određenom trenutku u okvirima jednog pravnog poretka razlikujemo interpretaciju od konstrukcije.

polazišta većina sudijskih aktivnosti u vezi s pravnim tekstom bila bi okarakterisana kao konstrukcija. Nalaz te vrste može biti koristan u političkim raspravama o sudijskom aktivizmu i sudijskoj uzdržanosti, odnosu sudske, izvršne i zakonodavne vlasti, ali je nedovoljno utemeljen da bi teorijski objasnio postupanje sudova u okvirima jednog pravnog poretka.

Na početku rada smo skeptička shvatanja preliminarno označili kao loše kandidate za objašnjenje slučajeva nedoumice o tome da li je sud ustanovio postojeću normu ili je pak ustanovio „novu“ normu. Razmatranje Gvastinijevog stanovišta i Kanaleovih dopuna potvrdilo je da je ta bojazan neosnovana. Za razliku od kognitivizma, skeptičko shvatanje razliku između interpretacije i konstrukcije u konkretnim slučajevima sudijskog pripisivanja značenja pravnim tekstovima objašnjava kao funkciju tekstova izvora prava, ali i interpretativnih tehnika i doktrinarnih teza koje se koriste u toku pripisivanja značenja pravnim tekstovima u okvirima jednog pravnog poretka. Ukupnost normativnih značenja koja se mogu pripisati pravnom tekstu omeđuju polje interpretacije. Interpretacijom se, dakle, ustanovljava odnos između teksta i izražene norme, dok se konstrukcijom na osnovu izražene norme i pravno-doktrinarnih teza formuliše neizražena, dakle suštinski nova norma. To nas je dovelo do zaključaka da je načelno (konceptualno) razlikovanje između aktivnosti primjene prava i aktivnosti stvaranja prava moguće i u okviru skepticizma. I ne samo to. Skeptička stanovišta imaju očigledne teorijske prednosti u odnosu na kognitivistička stanovišta jer isključuju doktrinarne obzire i u značajnoj mjeri više odgovaraju uobičajenoj upotrebi pojma tumačenja prava.

Ostaje nam da se osvrnemo još jednom na odnos između razlikovanja između interpretacije i konstrukcije i srodnih razlikovanja koja su pomenuta u uvodnim djelovima rada. Nema sumnje da je teorijska razlika o kojoj smo pisali u prethodnim redovima adekvatna za analizu sudijskih presuda, no to još ne pokazuje uvjerljivo, s obzirom na veliki broj razlikovanja koja su svojstvena našoj pravnoj teoriji i doktrini, da nije redundantna. Skeptičko obrazloženje razlike obezbjeđuje teorijski stabilan osnov da preciziramo ili redefinišemo upravo ona poznata razlikovanja koja smo naveli ranije u radu.

Konceptualno razlikovanje nam ne omogućava da u svakom pojedinačnom slučaju sudijskog pripisivanja normativnog značenja kažemo da li je riječ o interpretaciji ili konstrukciji, najčešće zbog oskudnosti informacija koje su nam date u obrazloženju presude. Uprkos tome što u konkretnim slučajevima sudijskog rasuđivanja mogu postojati nedoumice o tome da li je riječ o interpretaciji ili konstrukciji, načelna (konceptualna) razlika između dvije aktivnosti se može jasno izložiti na osnovu toga da li je

pripisano normativno značenje postojećem pravnom tekstu, ili je na osnovu pripisanog normativnog značenja ustanovljeno novo značenje. U okviru jednog pravnog poretka je u određenom trenutku moguće identifikovati tekstove izvora prava, tehnika pravnog tumačenja i doktrinarnih teza može načelno identifikovati sadržinu prava (*lex*). U tom smislu sudijska rasuđivanja možemo okarakterisati kao ona koja se kreću u okviru te sadržine (*secundum legem*, standardno odlučujuće tumačenje) i ona koja tu sadržinu mijenjaju tako što je dopunjuju novim normativnim sadržajem koji nije izražen tekstovima izvora prava (*praeter legem*, odlučujuće kreativno tumačenje). S obzirom na to da konačne odluke sudova ne podliježu reviziji, o *contra legem* postupanju suda dosljedno možemo govoriti samo u onim slučajevima u kojima je neizražena norma koja je stvorena od strane suda u konfliktu sa eksplicitnim normama pravnog sistema.

Restriktivno i ekstenzivno tumačenje su, rekli smo, izrazi koji se tiču aktivnosti pripisivanja značenja pravnom tekstu u situacijama nejasnosti – kada ne postoji saglasnost o tome da li se određena pojava može podvesti pod pojam. I restriktivno i ekstenzivno pripisivanje značenja pravnim tekstovima jeste rezultat interpretativne aktivnosti. Bez obzira na to da li je sud sklon da pod pojam podvede samo one pojave na koje se taj pojam nesumnjivo odnosi, ili je pak sklon da pod pojam podvede i one pojave u vezi s kojima postoji nedoumica, aktivnost određivanja dosega pojma jeste u većini slučajeva interpretativna aktivnost koja je zasnovana na jezičkim, sistemskim, istorijskim ili ciljnim argumentima. Postoje naravno i oni slučajevi u kojima se iz dosega pojma isključuju one pojave koje nesumnjivo potpadaju pod njegov doseg, kada više ne možemo govoriti o interpretaciji u užem smislu te riječi, već isključivo o konstrukciji. U tim situacijama sud ne koristi interpretativne tehnike da bi došao do normativnog značenja pravnog teksta, već drugim neinterpretativnim sredstvima na osnovu jednog normativnog značenja koje je utvrdio interpretativnim tehnikama „stvara“ novo normativno značenje. Slučaj koji smo razmatrali u ovom radu upravo zbog toga ne možemo opravdano nazvati interpretacijom, već isključivo konstrukcijom neizražene norme.

Konačno, prethodna razmatranja nam pomažu i u određivanju domena stvaranja prava i domena primjene prava, uvodeći u ovo razlikovanje prijeko potrebne nijanse. Sudska interpretativna aktivnost jeste stvaralačka aktivnost. Odlučujuće tumačenje nužno podrazumijeva da sud na osnovu pravnog teksta, tehnika tumačenja i teza pravne dogmatike tekstu pripiše jedno od mogućih normativnih značenja. S obzirom na to da normativno značenje koje je sud pripisao pravnom tekstu nije jedino moguće normativno značenje tog teksta, već je interpretativna aktivnost suda

suštinski stvaralačka. U tom smislu, sudovi, tumačeći pravo, učestvuju u stvaranju prava u okviru aktivnosti koju možemo nazvati standardno odlučujuće tumačenje. No postoje, vidjeli smo, i oni slučajevi u kojima sud utvrđuje normu koja ne predstavlja značenje pravnog teksta na osnovu tehnika tumačenja i doktrinarnih teza, aktivnošću konstrukcije. Kada se na osnovu utvrđene norme ustanovi nova norma, govorimo o kreativnom odlučujućem tumačenju u pravom smislu te riječi, te i o sudijskom stvaranju prava. Interpretacija je aktivnost kojom se na osnovu tekstova izvora prava, tehnika pravnog tumačenja i doktrinarnih teza ustanovljavaju norme koje su izražene tim pravnim tekstovima. U tom smislu, sve interpretativne aktivnosti sudova predstavljaju ustanovljavanje normi koje su aktuelno ili potencijalno izražene u izvorima prava. Ako se normativno značenje pravnog teksta ustanovljava interpretacijom, presuda kojom se interpretacijom utvrđena norma primjenjuje na dati slučaj može biti okarakterisana kao primjena prava. Sudijsko stvaranje prava jeste pak rezultat aktivnosti konstrukcije kojom se na osnovu izraženih normi, izraženih normi i dogmatskih teza, ili samo na osnovu dogmatskih teza utvrđuje nova, neizražena pravna norma. Rezultati konstrukcije ulaze u sastav sudijske ili naučne doktrine, odnos između interpretacije i konstrukcije je dinamičan. Konstrukcije koje su postale sastavni dio kreativnog odlučujućeg tumačenja sudova, ili pak kognitivnog tumačenja pravne nauke, u sledećem trenutku mogu postati dio interpretativne prakse. Sami pravni stavovi koje usvaja VKS jesu institucionalizovani oblici sudskog djelovanja kojima se rezultati interpretativne i konstruktivne aktivnosti sudova ustanovljavaju kao dijelovi pravnog poretka.

LITERATURA

1. Balkin, J. M., 2011, *Living Originalism*, Harvard University Press.
2. Barnett, R. E., 2011, Interpretation and Construction, *Harvard Journal of Law Public Policy*, Vol. 34, No. 1.
3. Baude W., Sachs, S. E., 2019, Grounding Originalism, *Northwestern University Law Review*, Vol. CXIII.
4. Baude, W., 2015, Is Originalism Our Law?, *Columbia Law Review*, Vol. 115.
5. Beltrán, J. F., Ratti G. B., 2012, *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press.
6. Brandenburg, H.-F., 1983, *Die Teleologische Reduktion*, Duncker & Humblot.
7. Canale, D., 2019, Norme espresse e norme inespresse. Un'analisi Concettuale, *Analisi e Diritto*, No. 5.
8. Dajović, G., 2020, Shvatiti analogiju ozbiljno, *Pravni zapisi*, Vol. XI, No. 2.
9. Endicott, T. A. O., 2000, *Vagueness in Law*, Oxford University Press.

10. Gadamer, H.-G., 1978, *Istina i metoda*, prev. Slobodan Novakov, IP „Veselin Masleša“.
11. Greene, J., 2009, On the Origins of Originalism, *Texas Law Review*, Vol. 88, No. 1.
12. Guastini, R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
13. Guastini, R., 2014, *La sintassi del diritto*, G. Giappichelli.
14. Hart, H. L. A., 1958, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4.
15. Hart, H. L. A., 1994, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press.
16. Hart, H. L. A., 1977, American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, *Georgia Law Review*, Vol. 11, No. 5.
17. Huscroft, G., Miller, B. W. (eds.), 2011, *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press.
18. Kelsen, H. 1960, *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Österreichische Staatsdruckerei.
19. Larenz, K., 1960, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*, 3 ed., Springer.
20. Lieber, F., 1839, *Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities*, Charles C. Little and James Brown.
21. Lukić, R., 1961, *Tumačenje prava*, Savremena administracija.
22. Nourse, V. F., 2018, Reclaiming the Constitutional Text From Originalism: The Case of Executive Power, *California Law Review*, Vol. 106.
23. Pino, G., 2013, Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa, *Rivista di filosofia del diritto*, No. 1.
24. Poscher, R., The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Glanert, S., Glinart, F., 2017, *Law's Hermeneutics: Other Investigations*, Routledge.
25. Ralf, P., Keil, G., 2017, *Vagueness in the Law*, Oxford University Press.
26. Sandro, P., 2021, *The Making of Constitutional Democracy*, Hart Publishing (u štampi).
27. Schauer, F. 2015, Is Law a Technical Language?, *San Diego Law Review*, Vol. 52.
28. Schauer, F., 2021, Constructing Interpretation, *Boston University Law Review*, Vol. 101, No. 1.
29. Solum, L. B., 2008, Semantic Originalism, *Illinois Public Law Research Paper*, No. 07-24.
30. Solum, L. B., 2010, Interpretation-Construction Distinction, *Constitutional Commentary*, Vol. 27.
31. Solum, L. B., 2011, What Is Originalism?, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, No. 1353.
32. Solum, L. B., 2014, Communicative Content and Legal Content, *Notre Dame Law Review*, Vol. 89.
33. Spaić, B., Institucionalno rješavanje problema semantičke neodređenosti u pravnom tumačenju, u: Spaić, B., Banović, D., 2016, *Savremeni problemi pravne i političke filozofije*, Šahinpašić, 2016.
34. Spaić, B., Normativity of Basic Rules of Legal Interpretation, in: Himma, K. E., Jovanović, M., Spaić B. (eds.), 2018, *Unpacking Normativity*, Hart Publishing.

35. Spaić, B., 2020, *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
36. Spaić, B., 2020, *Tumačenje prava u okviru hermeneutike Emilija Betija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
37. Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., 2014, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
38. Waldron, J., 1994, Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, *California Law Review*, Vol. 82, No. 3.
39. Wank, R., 1997, *Die Auslegung Von Gesetzen*, Carl Heymanns Verlag.
40. Wroblewski, J., 1969, Legal Reasoning in Legal Interpretation, *Logique et analyse*, Vol. 12, No. 45.
41. Wroblewski, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Springer.
42. Zippelius, R., 2005, *Juristische Methodenlehre*, 9 ed., Verlag C. H. Beck.

INTERPRETATION AND CONSTRUCTION: AN ADDENDUM TO THE DISCUSSION ABOUT CREATION AND APPLICATION OF LAW

Bojan Spaić

ABSTRACT

As part of their regular activities, courts attach meaning to legal texts to determine the normative situation of the parties to the dispute. The activity of attributing meaning to legal texts by the courts is commonly called authoritative interpretation of law. In many cases, the meaning attributed to the text by the court deviates significantly from what laymen and even lawyers would expect, and the deviations themselves are explained in different ways in legal theory. In the purpose of explanation, the terms creation and application of law, extensive and restrictive interpretation, *secundum*, *praeter* and *contra legem* adjudication are used. This paper introduces and explains the concepts of interpretation, construction and their relationship, as possible explanations of situations in which authoritative judicial interpretations deviate from the expectations of the professional and lay public. For this purpose, contemporary textualist and intentionalist (cognitivist) conceptions of interpretation and construction are presented and compared with contemporary skeptical (realist, antiformalist) conceptions. Despite the simplicity and intuitive acceptability of some cognitivist views, skepticism is shown to provide a better theoretical basis for considering the application and creation of rights by courts. The

very distinction between interpretation and construction proves to be a useful theoretical tool for explaining the actions of courts, as well as for specifying existing theoretical distinctions.

Key words: application of law, creation of law, legal interpretation, legal construction, cognitivism, skepticism, textualism, intentionalism.

Dostavljeno Uredništvu: 17. aprila 2021. godine

Prihvaćeno za objavljivanje: 11. juna 2021. godine