

Мср Алекса Радоњић,
сарадник у настави и докторанд на Правном факултету
Универзитета Унион у Београду

ДА ЛИ СУДИЈЕ СТВАРАЈУ ПРАВО?*

Дебата између Харта и Дворкина

САЖЕТАК: Овај рад обрађује једно од питања које је било део „Харт-Дворкинове дебате“. То је питање да ли судије, применом правних начела, стварају или откривају право. Да бисмо дошли до одговора на њега, неопходно је утврдити која је разлика између правних начела и правних правила и у каквом међусобном односу она стоје. Анализом ставова, пре свега Хартових и Дворкинових, о овом питању дошли смо до закључка да је кључна разлика између правних правила и правних начела степен општости и да и правна начела могу доћи у сукоб након којег једно од њих мора престати да важи. Што се тиче односа правних начела и правних правила, може се закључити да су правна начела средство тумачења правних правила. Такође је показано како се применом различитих правних начела на један те исти случај може доћи до различитих, па чак и супротстављених решења. Таква ситуација намеће питање да ли судије, применом правних начела, само откривају или пак стварају право. Питање је нарочито важно у случајевима у којима правна правила не нуде једнозначно или чак било какво решење. У тим ситуацијама сматрамо да судије стварају право у оној мери у којој су слободне да изаберу једно од више правних начела којим ће се водити у доношењу одлуке, јер садржина те одлуке, као што је у раду илустровано примерима из праксе, може значајно да варира у зависности од начела којем су се судије приклониле.

Кључне речи: Харт, Дворкин, правна начела, правна правила

* Рад примљен: 16. 12. 2014. године.

УВОД

Од 1967. године, када је Роналд Дворкин (Ronald Dworkin) у свом чланку „The Model of Rules I”¹ изнео критику правног позитивизма онаквог каквим га је Харт (H. L. A. Hart) представио у свом делу *Појам права*, у правној теорији траје дебата о питањима која су произашла из Дворкинове критике позитивизма и касније из Хартовог постхумно објављеног одговора на Дворкинове замерке његовој теорији.² Питања која су у њиховој расправи отворена понукала су многе правне писце да се укључе у дискусију и у њој дају свој допринос. Признајемо да ни сами нисмо одолели да се не осврнемо на једно од питања које се у овој широј расправи јавља. То је питање да ли судије стварају право или га само откривају када се, решавајући случајеве у којима су правна правила недоречена и не нуде решење, ослањају на правна начела како би донели одлуку.

Пре него што понудимо одговор на ово централно питање нашег рада, и одаберемо страну у овом сегменту „Харт-Дворкинове дебате”³, у првом делу рада ћемо размотрити шта су заправо правна начела и шта их разликује од правних правила, као и какав је однос правних правила и правних начела. Те разлике и садржина њиховог односа показале се значајнима за откривање одговора на централно питање којем је посвећен овај рад, а које је обрађено у његовом другом делу.

У трагању за одговором на то питање размотрићемо аргументе које Дворкин нуди за своју тврдњу да судије у поменутим ситуацијама не стварају право већ га откривају⁴, и аргументе којима Харт подупире своју тврдњу да судије у таквим ситуацијама стварају право⁵, и на основу анализе тих аргумената одлучити на чију страну у овој расправи стајемо.

I. РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ ПРАВНИХ НАЧЕЛА И ПРАВНИХ ПРАВИЛА И ЊИХОВ МЕЂУСОБНИ ОДНОС

Према Дворкину, правна начела представљају стандарде који у себи носе моралне вредности и које суд приликом одлучивања треба да узме у обзир.⁶ Ово последње је посебно битно у ситуацији када су правна начела

¹ Први пут објављено у *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.

² Shapiro, J. S., 2007, The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for Perplexed, (<http://ssrn.com/abstract=968657>, 9. 3. 2014), 1.

³ *Истио*.

⁴ Dworkin, R., 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 81.

⁵ Харт, Х., 2013, *Појам права*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник”, 326–329.

⁶ Dworkin, R., *нав. дело*, 22–26.

у међусобном сукобу. Тада суд примењује оно начело које има већу тежину, при чему начело које је „изгубило битку“ због тога не постаје неважеће, јер начела и не прописују у којим ситуацијама морају бити примењена, већ пружају аргументе за одређено решење, а на суду је да процени који аргументи имају већу вредност у датом случају.⁷ *Управо то, према Дворкину, правна начела разликује од правних правила. Наиме, за разлику од начела, правна правила функционишу по принципу „све или ништа“, тј. јасно прописују на које ситуације се примењују, а ако се нађу у међусобном сукобу, оно правило које „изгуби“ мора пресрстати да важи.*⁸

Са друге стране, Харт тврди да су кључне разлике између правних начела и правних правила то што начела „упућују на неку сврху, циљ, право, или, вредност“⁹, те се разумеју и као основ, и као оправдање правних правила; као и степен општости начела који је већи од оног који имају правна правила, те могу обухватати већи број правила.¹⁰ Харт, за разлику од Дворкина, сматра да је принцип „све или ништа“ по коме функционишу правила заправо само ствар степена уопштености.¹¹

Такав став брани и Џозеф Раз који чак тврди да правна правила нису стандарди „све или ништа“ и да могу доћи у међусобни сукоб, а да при томе ниједно правило не мора да престане да важи, зато што сваки правни систем има норме које регулишу сукобе правних правила унутар система.¹² Раз то демонстрира на примеру забране нарушавања телесне целовитости других лица.¹³ У правним системима увек постоје правила која забрањују наношење телесних повреда, али истовремено постоје и она правила која у одређеним ситуацијама дозвољавају повреду туђег телесног интегритета. То су примера ради правила о нужној одбрани. Међутим, чини се да Дворкин није имао у виду такав сукоб правних правила. Правила о нужној одбрани представљају изузетак од опште забране наношења телесних повреда. Дворкин сматра да изузеци, иако нису формално, суштински јесу део истог правила.¹⁴ Да бисмо добили целокупну и прецизну слику о неком правилу, морамо имати у виду и све изузетке, који из практичних разлога у стварном животу нису формални део правила, али теорију ништа не спречава да правила прикаже на овај мање практичан, али прецизнији начин.¹⁵

⁷ Исто.

⁸ Исто.

⁹ Харт, Х., *нав. дело*, 315.

¹⁰ Исто.

¹¹ Исто.

¹² Раз, Ц., 1985, *Правни принципи и границе права*, Домети, 8/1985, 41–43.

¹³ Исто.

¹⁴ Dworkin, R., *нав. дело*, 24–25.

¹⁵ Исто.

Какав се сукоб правних правила онда има у виду када се каже да једно од правила у сукобу мора престати да важи? Чини се да се у виду има случај да у једном правном систему постоје два правила која уређују исту ситуацију на супротан начин, а нису у односу главног правила и изузетка, већ се оба намећу као главно или једино правило. На пример правило А гласи: *поштраживања из уговора о снабдевању електричном енергијом засићаревају у року од годину дана од дана доспелости поштраживања*. Правило Б, са друге стране, гласи: *поштраживања из уговора о снабдевању електричном енергијом не засићаревају*. Јасно је да ова два правила не могу истовремено да важе у истом правном систему, те је неопходно да једно од њих буде стављено ван снаге.

Да би овако схваћено „све или ништа“ својство правних правила било критеријум њиховог разликовања од правних начела, морало би да важи да правна начела могу бити у сукобу, а да једно од њих не мора престати да важи. Заиста, правна начела неретко долазе у сукоб и судије морају да одлуче којем ће од њих дати предност у конкретном случају. То не значи да ће једно од њих бити уклоњено из правног система, већ да се неће применити у датом случају. Али то се дешава када су у сукобу два начела која штите различите вредности.¹⁶ Сукоб правних начела који је упоредив са описаним сукобом правних правила подразумевао би судар два правна начела која се на супротан начин односе према једној те истој вредности. Узмимо за пример начело имовинске санкције које важи у грађанским правима многих земаља. Начело имовинске санкције подразумева да се грађанскоправни деликти санкционишу умањењем имовине лица које је починило деликт.¹⁷ Циљ такве санкције је накнада штете лицу које је деликтом оштећено, а не кажњавање починиоца деликта.¹⁸ Наравно, од овог начела су могућа одступања, па се понекад предвиђају и санкције које се односе на личност лица које је извршило недопуштену радњу (пример такве санкције је јавно извињење), али увек са истим циљем – да се поправи причињена штета.¹⁹ Замислимо да у истом правном систему у којем важи начело имовинске санкције постоји и њему супротно начело. Назовимо га „начелом личне санкције” и нека оно подразумева да су личне санкције правило у грађанском праву, а имовинске изузетак, те да

¹⁶ Као илустрација описаног сукоба правних начела и његових последица могу да послуже два случаја која ће бити изложена у даљем тексту, а још примера се може наћи и у литератури на коју се упућује у фн. 49.

¹⁷ Водинелић В. В., 2012, *Грађанско право, Увод у грађанско право и оштри део грађанског права*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник”, 41–42.

¹⁸ *Исто*.

¹⁹ *Исто*.

им циљ није само накнада штете настале деликтом већ и кажњавање починиоца деликта. При томе личне санкције означавају оне санкције чији је предмет сама личност лица које је извршило грађанскоправни деликт (пример такве санкције био би дужнички затвор).²⁰ Дакле, и једно и друго начело штите исте вредности, а то су субјективна грађанска права и право на накнаду штете. Али примена једног начела значи да накнада штете нема казнену сврху, а примена другог да има. Оно што је према једном начелу правило, према другом је изузетак. Јасно је да у једном те истом правном систему ова два начела не могу да коегзистирају, јер поводом истих циљева доводе до супротних резултата. Једно од њих би, због тога, морало престати да важи.

Из овога следи да правна начела могу доћи у међусобни сукоб, а да једно од њих не престане да важи, само ако заступају различите вредности односно интересе, односно ако имају различите циљеве. Ако имају исти циљ који штите на међусобно супротне начине, једно од начела мора престати да важи. Насупрот томе, међусобни сукоб правних начела с почетка овог пасуса је у ствари дилема којој од супротстављених различитих вредности, односно циљева треба дати предност у одређеним околностима. Начело које превагне добило је предност у датој ситуацији у односу на друго начело јер су судије сматрале да су околности случаја тако налагале, али у неком другом случају предност би могло да има управо оно друго начело.

Постоји велика сличност између оваквог сукоба начела и односа између главног правила и изузетка. Главно правило важи у свим прописаним ситуацијама. Ипак, у одређеним случајевима над циљем који се жели постићи главним правилом претежу неки други циљеви, па се онда прописују изузеци од главног правила. То не значи да главно правило престаје да важи, већ да се под одређеним околностима оно не примењује. Као илустрација тога може да послужи раније поменута забрана наношења телесних повреда и одступање од ње у случају нужне одбране. Тако Кривични законик предвиђа новчану казну и казне затвора за лица која другима нанесу лаке, односно тешке телесне повреде.²¹ Али исто тако предвиђа и да оно дело које је учињено у нужној одбрани није кривично дело.²² То значи да се наношење лаке или тешке телесне повреде неком лицу неће сматрати кривичним делом, уколико је лака или тешка телесна повреда том лицу нанета у околностима под којима то наношење повреде пред-

²⁰ Исто.

²¹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2009 и 104/2013, чл. 121. и 122.

²² Исто, чл. 19.

ставља нужну одбрану. То не значи да правило о кажњавању оних који другоме нанесу лаку или тешку телесну повреду престаје да важи, већ да се у случају нужне одбране чини изузетак од тог правила.

Дакле, ако узмемо да изузеци од неког правила јесу заправо његов део, а не правила у сукобу са главним правилом, онда се под сукобом правних правила подразумева постојање два правила која за идентичну ситуацију прописују супротне последице. Као што смо видели, у сличан сукоб могу доћи и правна начела. То значи да чињеница да одређена норма преживљава сукоб са другом нормом не може да нам послужи као критеријум разликовања правних правила од правних начела.

Поред тога, ако је Дворкин у праву када каже да правна правила прописују и своје изузетке, онда је логично да у једном правном систему нема места за правила супротне садржине, али то онда није нека посебна особина правних правила већ последица њихове прецизности, односно степена уопштености. Правна начела могу доћи у међусобни сукоб (када штите супротстављене вредности), а да ниједно од њих не престане да важи баш због високог степена уопштености. Она једноставно нису довољно прецизна гледе ситуација у којима се примењују па ће зависити од чињеница случаја којем од њих треба дати предност, с обзиром на вредности и циљ који садрже.²³

На основу свега реченог, можемо закључити да, без обзира на то да ли сматрамо да правила функционишу по принципу „све или ништа“ или не, кључна разлика између правних правила и правних начела јесте степен уопштености. Прво, зато што и правна начела у одређеним ситуацијама могу доћи у сукоб после којег једно од њих мора престати да важи. Друго, зато што се „све или ништа“ на крају своди на степен уопштености.

Друга разлика која се чини неспорна јесте та да начела, за разлику од правних правила, обавезно садрже неки циљ или вредност на који упућују. Та разлика помаже да се одреди какав је однос између правних начела и правних правила, што је најбоље показати на конкретним примерима. У овом раду употребићемо два примера да бисмо указали на однос између правних начела и правних правила. Један је из америчке судске праксе, то је случај *Elmer*, на који смо наишли у Дворкиновом делу *Law's Empire*²⁴, а други је из праксе немачког Савезног уставног суда, то је слу-

²³ Раз сматра да не треба увек да превагне оно начело које има, условно речено, важнији циљ. Он примећује да су могући случајеви у којима треба предност дати начелу са слабијим циљем, ако то не штети битно остварењу неког јачег циља, а остварење тог слабијег циља би било доведено у питање ако се не би дала предност његовом начелу. Види Раз, Ц., *нав. дело*, 43.

²⁴ Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 15–20. Случај је познат под називом *Riggs v. Palmer*, али га Дворкин назива *Elmer's case*.

чај *Bürgerschaft*²⁵, са којим смо се сусрели у радовима о утицају људских права на приватно право, али се испоставило да је интересантан и за ову расправу.

У првом случају ради се о извесном Елмеру ком је његов деда тестаментом оставио велики део свог имања.²⁶ Међутим, када се његов деда поново оженио, Елмер се бојао да ће тестамент бити промењен, па је убио свог деду.²⁷ Злочин је откривен и Елмер је осуђен због убиства.²⁸ Пред судом се, потом, поставило питање да ли Елмер има право да наследи свог деду.²⁹ У важећим прописима о тестаментима није писало било шта што се односило на случај да лице које је означено у тестаменту као наследник, убије тестатора.³⁰ То је био узрок неслагања судија које су одлучивале у овом случају. Судија Греј је сматрао да Елмер треба да наследи свог деду јер је то била последња воља тестатора, који је ту вољу исказао у тестаменту састављеном у складу са законом, а важећи закон није садржао ниједну одредбу која би представљала изузетак од тог правила у случају да је наследник убио тестатора.³¹ Постоји више оправдања за примену дословног тумачења закона у овом случају, али за потребе овог рада можда је најважније то да би одузимање права на наслеђивање представљало додатну казну за Елмера, поред оне на коју је већ осуђен.³² У овоме препознајемо начело да нико не може бити кажњен казном која није прописана законом.

Са друге стране, већина судија је одлучила да Елмер нема право да наследи свога деду, водећи се, између осталог, начелом да нико не треба да има могућност да извлачи корист из свога недела.³³

У случају *Bürgerschaft* ради се о пословном човеку који је потписао уговор о зајму са једном банком у износу од тадашњих 100.000 DM.³⁴ Услов који је поставила банка јесте да он обезбеди јемца.³⁵ Тако је његова ћерка, која је тада имала 21 годину, са банком потписала уговор којим се обавезала да ће вратити износ зајма уколико то њен отац не успе.³⁶

²⁵ Smits, J., *Private Law and Fundamental Rights: a Skeptical View*, (http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/2006_maastricht_working_papers.htm, 23. 3. 2014), 6.

²⁶ Dworkin, R., *Law's Empire*, 15.

²⁷ *Истио*.

²⁸ *Истио*.

²⁹ *Истио*.

³⁰ *Истио*, 16.

³¹ *Истио*, 18.

³² *Истио*.

³³ *Истио*, 20.

³⁴ Smits, J., *нав. дело*, 6.

³⁵ *Истио*.

³⁶ *Истио*.

Приликом потписивања, службеник у банци јој је рекао само да потпише уговор јер њему то треба за документацију, те да на себе не преузима неку битну обавезу.³⁷ Треба нагласити да она није имала високо образовање и да је радила као неквалификовани радник у фабрици за прераду рибе за ниску накнаду.³⁸ Када је њен отац банкротирао, банка је затражила од ње да исплати очев дуг.³⁹ Она је то одбила да уради па је дошло до спора.⁴⁰ Највиши суд који је надлежан за грађанскоправне спорове пресудио је у корист банке.⁴¹ Међутим, случај је стигао до Савезног уставног суда. Овај суд је поништио уговор о јемству који је ћерка закључила са банком, јер би извршење тог уговора представљало кршење њеног уставом загарантованог права на слободан развој личности, које мора да се посматра у светлу уставом прописаног начела социјалне државе.⁴² Осим тога, суд је нагласио да када неједнака преговарачка снага међу уговорним странама доведе до уговора који је изузетно оптерећујући за слабију страну у уговору, судови морају да заштите уставом загарантовану приватну аутономију слабије стране користећи се грађанскоправним начелима савесности и поштења и морала.⁴³

На основу ова два случаја можемо закључити да правна начела представљају средство тумачења правних правила и дају контекст у којем правна правила треба посматрати. Тако правило које је било примењиво у случају Елмер посматрано само за себе омогућава да убица наследи своју жртву, али посматрано кроз призму начела да нико не може да се окористи о своје недело, доводи до супротног резултата. У случају *Bürgschaft* уговор о јемству је закључен сагласношћу слободно изражених воља пословно способних лица. Међутим, та аутономија воља је била само формална. Субстантивно, ћерка бизнисмена није имала слободну вољу јер није имала ни информације ни знање на основу којих је могла исправно да процени да ли треба да потпише уговор и које су последице тога. Зато је Савезни уставни суд употребио начело социјалне државе, као и начело савесности и поштења, и направио разлику између формалне и стварне једнакости страна у уговору.

³⁷ *Истио*.

³⁸ Cherednychenko, O., „Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or Towards Walking in Circles?“, у: Grundman, S. (ed.), 2008, *Constitutional Values and European Contract Law*, Netherlands, 38.

³⁹ Smits, J., *нав. дело*, 6.

⁴⁰ *Истио*.

⁴¹ *Истио*.

⁴² Cherednychenko, O., *нав. дело*.

⁴³ Smits, J., *нав. дело*, 6.

Дакле, правна начела јесу средство тумачења правних правила. Као што смо видели, у зависности од тога кроз које правно начело сагледавамо једно правило, значење тог правила може да се мења. Овакав однос правних начела и правних правила намеће питање да ли судија, тумачећи одређено правило кроз призму одређеног начела, заправо ствара право или га само открива. То је централно питање овог рада, којем смо посветили следеће поглавље.

II. ДА ЛИ СУДИЈЕ СТВАРАЈУ ИЛИ ОТКРИВАЈУ ПРАВО?

Није тајна да се Дворкин и Харт ни о овом питању нису слагали. Дворкин је тврдио да судије ни у ком случају не стварају право, чак ни у ситуацијама када прописи не нуде решење за проблем који суд треба да реши, већ да откривају право.⁴⁴ То значи да, према Дворкиновом схватању, право увек нуди решење, само оно понекад није експлицитно наведено. Тада је на судијама да на основу правних начела изведу закључак шта је заправо право у одређеном случају. То не значи да постоји утврђени поступак којим ће се у таквим случајевима утврдити шта право налаже, и сасвим је очекивано да дође до неслагања о том питању.⁴⁵ Међутим, тврди Дворкин, та неслагања нису несугласице шта чинити у одсуству права, већ несугласице о садржини права; то су несугласице о томе шта је право у датом случају.⁴⁶

Са друге стране, Харт истиче да судије у случајевима када правна правила не дају јасно упутство како треба пресудити, ипак стварају право.⁴⁷ Истина је да се они приликом одлучивања у таквим случајевима ослањају на правна начела и на сваки начин морају да оправдају своју одлуку, али у ситуацијама када постоје начела која доводе до супротних исхода, при чему има аргумената за примену и једних и других, а у недостатку унапред утврђеног поступка који уређује којим начелима и када треба дати предност, судије су те које врше избор и у тој мери оне заиста стварају право.⁴⁸

Заиста, на први поглед се Дворкинов став чини лакше одбрањивим. Судија свакако у случајевима у којима правна правила не нуде јасан одговор користи правна начела, која су неспорно део права, како би дошао до

⁴⁴ Dworkin, R., *Taking...*, 81.

⁴⁵ *Истио*.

⁴⁶ Dworkin, R., *Law's Empire*, 39.

⁴⁷ Харт, Х., *нав. дело*, 326–329.

⁴⁸ *Истио*.

решења. Видели смо такав поступак у конкретним примерима. У случају *Елмер* судије су, ослањајући се на начело да нико не може да профитира из свог недела, одлучиле да Елмер нема право да наследи свога деду, иако постојеће правно правило није давало јасно упутство шта треба чинити у случају какав је био пред њима.

Међутим, сетимо се да судије нису биле једногласне поводом питања тога које начело заправо треба узети у обзир. Судија Греј је сматрао да Елмер треба да наследи свога деду. Један од аргумената је био тај да би супротно значило додатно кажњавање Елмера, који је већ осуђен због убиства свога деде, казном која није прописана законом. У суштини, судија Греј, који је остао у мањини, позивао се, између осталог, на начело *nula poena sine lege*. Дакле, да је преовладао његов став, одлука коју би суд донео била би потпуно супротна од оне која је донета. Ако узмемо да судије у оваквим случајевима откривају право, како можемо да будемо сигурни да баш то што је већина у овом случају одлучила заиста и јесте право? Шта би било да је састав већа био другачији и да је став судије Греја наишао на одобравање већине чланова већа? Онда би се сматрало да је оно што су они одлучили заправо право које је требало открити.

Слично је и када посматрамо случај *Bürgschaft*. Једно од запажања које се истиче у коментарима на овај случај јесте да, када се употребљавају основна права и слободе у решавању случајева, а она у суштини имају исту природу као и правна начела⁴⁹, онда често исто право или слобода може да послужи и као аргумент у корист друге стране.⁵⁰ Поред тога, суд је могао да одлучи да су сви уговори о јемству у којима се као јемац појављује члан дужникове породице, који на себе тиме преузима озбиљну финансијску обавезу, нелегални, и то независно од тога да ли је банка обавестила саговорача о свим ризицима или не, ослањајући се на право на породични живот, које је такође загарантовано немачким уставом.⁵¹ Дакле, и у овом случају је суд могао да дође до различитих исхода, позивајући се на различита начела и да убедљиво аргументује своју одлуку. У сваком

⁴⁹ Харт, Х., *нав. дело*, 319, и Dworkin, R., *Taking...*, 27. Заиста се основна права и слободе могу посматрати као начела и из Хартове и из Дворкинове перспективе. Она евидентно поседују висок степен уопштениости, а такође могу доћи у међусобни сукоб, при чему ниједно од њих не престаје да важи. Томе у прилог говори, како богата пракса Европског суда за људска права у Стразбуру, тако и пракса уставних судова. Можда је најпластичнији пример сукоба два основна права, односно слободе, сукоб права на приватност и слободе изражавања. У таквим случајевима суд мора да одмери која од две слободе и у којој мери претеже, имајући у виду конкретне околности. Више о таквим случајевима видети нпр. Рид, К., 2007, *Евројска конвенција о људским правима. Водич за практичаре*, Београд, Београдски центар за људска права.

⁵⁰ Cherednychenko, O., *нав. дело*, 43.

⁵¹ *Истио*, 42.

случају, пратећи Дворкинов став, сматрало би се да је суд открио, а не створио право.

Међутим, када кажемо да нешто откривамо, то значи да је то нешто већ постојало као такво, а ми смо га само пронашли и можемо једино да констатујемо да то што смо открили поседује одређене квалитете. Само смо, дакле, сазнали да одређени предмет постоји и да као такав има одређене објективне квалитете који не зависе од тога ко га је открио. То исто важи и за право. Ако је тачно да судије откривају право, онда не би требало да буде могуће да се у случајевима *Елмер* и *Bürgerschaft* дође до различитих исхода у зависности од тога ко је судија, тачније од тога какав став преовладава у већу. Ако право откривамо онда је оно објективно дато и можемо само да констатујемо шта право налаже. Наравно, неко би могао да каже да постоје грешке и у опажању и у закључивању, те да је због тога могуће доћи до различитих исхода у наведеним случајевима.

Ипак, у оба случаја, а нарочито у случају *Bürgerschaft*, могуће је једнако убедљиво и без грешака у закључивању доћи до различитих исхода. Једнако је смислено рећи да уговоре о јемству где је јемац члан породице треба забранити зато што нарушавају породични живот (из сличних мотива, верујемо, у нашем праву је прописан застој рока застарелости потраживања између супружника док траје брак, или родитеља и деце док траје родитељско право⁵²), као и рећи да су такви уговори дозвољени јер сви уживају аутономију воље те, ако су саговорачи свесни ризика, онда се у њихове одлуке не треба мешати. Једино се треба побринути да они заиста буду обавештени о свим појединостима како би донели информисану одлуку. Одлука дакле не зависи од права које се открива, већ од тога којем ће начелу и којем аргументу судије дати предност. Очигледно је да су судије у датим случајевима правиле избор између понуђених решења слободно, ослањајући се на свој осећај за то шта је право и шта је праведно и где је равнотежа између супротстављених интереса. Очигледно је да је било могуће доћи и до другачијих или чак супротних, а одбрањивих одлука да је однос гласова у већима био другачији, и да би те одлуке једнако биле право као и оне које су донете.

На основу таквих запажања убедљивија је тврдња да судије ипак, у случајевима у којима правна правила не нуде недвосмислена решења или не нуде било каква решења, ослањајући се на правна начела у извесној мери стварају право, од тврдње да га у таквим околностима откривају.

⁵² Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, 1/2003, чл. 381. ст. 1. т. 1–2. Закона.

ЗАКЉУЧАК

У првом делу овог рада, показали смо, верујемо, да се правна начела од правних правила разликују пре свега по степену уопштености. Било да изнета аргументација да је сукоб правних правила, који Дворкин, по свему судећи, има у виду, могућ и код правних начела, буде прихваћена или не, опет се као суштинска разлика између правних правила и правних начела намеће степен општости. Ако прихватимо поменути аргументацију, онда и правна начела могу доћи у сукоб после којег једно од њих мора престати да важи. Стога преостаје само степен општости као разлика између начела и правила. Ако се ипак прихвати Дворкинова тврдња да начела, за разлику од правила, не могу доћи у такав сукоб после којег једно од начела престаје да важи, опет се степен општости намеће као кључна разлика између њих и правних правила. То стога што правна правила прецизно предвиђају ситуације на које се примењују и прецизно их уређују, што није случај са правним начелима. Али то је последица степена општости као особине, а не особина за себе. Друго битно својство правних начела је то што она у себи увек садрже извесне вредности, те служе за тумачење правних правила, нарочито у ситуацијама када су ова друга недоречена и не нуде решење за случај који треба решити.

У другом делу рада смо, након анализе аргумената којима су иза својих тврдњи стали Харт и Дворкин, одлучили да се приклонимо Хартовом ставу да судије ипак стварају право када доносе одлуке у случајевима у којима једино могу да се ослоне на правна начела. То смо учинили зато што смо сматрали да такав став једноставно више одговара ономе што се уистину дешава када правна правила остану нема или недоречена, а суд мора да реши случај. Ако кажемо да нешто откривамо, онда то значи да сазнајемо за постојање нечега и за његове особине које су објективно дате. Можемо само да констатујемо да нешто постоји и да има одређене особине. Откривање је опис чињеничног стања. Оно што се открије је такво какво јесте без обзира на то ко га је открио. Зато, ако судије откривају право када користе правна начела за доношење одлуке у ситуацијама када правна правила не нуде решење или нису јасна, не би требало да могу да дођу до различитих решења која једнако убедљиво могу да се аргументују. Ако откривају право, онда морају увек доћи до истог решења. Онда решење не сме да зависи од схватања и убеђења судија који доносе одлуку. На примерима из праксе смо видели да то ипак није тако. Видели смо да судије могу, користећи се различитим правним начелима, једнако убедљиво да заступају супротне ставове о томе како треба решити неки случај. Тако право постаје оно за шта се определи већина судија у већу. Зато сматрамо да је Харт у праву када тврди да судије у извесној мери стварају право.

На крају треба нагласити да је питање које се поставља у овом раду само питање правилног описа онога што судије иначе раде и што ће радити докле год буду имале обавезу да одлуче у случајевима који су пред њима, без обзира на то да ли постоји правно правило које је примењиво на дати случај или не. Стајање на Хартову или Дворкинову страну у овој ствари неће променити чињеницу да ће се судије у описаним ситуацијама често ослонити на правна начела како би пронашле решење у конкретном случају. Стајање на Хартову или Дворкинову страну одредиће само то да ли смо оно што судије чине у таквим случајевима назвали правим именом или не.

ЛИТЕРАТУРА

- Cherednychenko, O., „Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or Towards Walking in Circles?“, у: Grundman, S. (ed.), 2008, *Constitutional Values and European Contract Law*, Netherlands.
- Dworkin, R., 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.
- Харт, Х., 2013, *Појам њрава*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“.
- Раз, Ц., 1985, „Правни принципи и границе права“, *Домети*, 8/1985.
- Shapiro, J. S., 2007, The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for Perplexed, (<http://ssrn.com/abstract=968657>, 9. 3. 2014).
- Smits, J., Private Law and Fundamental Rights: a Skeptical View, (http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/2006_maastricht_working_papers.htm, 23. 3. 2014).
- Водинелић, В. В., 2012, *Грађанско њраво, Увод у грађанско њраво и ојшњи део грађанског њрава*, Београд, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник“.

DO THE JUDGES CREATE LAW?

Aleksa Radonjić
Master of Laws

Summary

This paper analyzes one of the issues that were part of the Hart-Dworkin debate. This is an issue whether the judges, by applying legal principles, create or discover the law. In order to get an answer, it is necessary to determine where the difference between legal principles and legal rules is, and what is their relationship. By analyzing the viewpoints, in

particular Hart's and Dworkin's, we come to the conclusion that a key difference between legal rules and legal principles is the level of generality and that legal rules may be in a conflict, after which one of them shall cease to exist. As far as the relationship between legal principles and legal rules is concerned, we may conclude that legal principles are the mean of interpretation of legal rules. It is also demonstrated how application of different legal principles to the same case may result in different, even controversial solutions. This situation imposes a question whether the judges, by applying the legal principles, only discover or create law. This issue is especially important in cases where the legal rules do not offer single or any solution. In these situations we think that the judges create law to the extent to which they are free to choose one of the several legal principles that lead them in decision making, since the content of this decision, as it was illustrated in this paper through the examples from the practice, may occasionally differ, depending on the principle to which the judges opted for.

Keywords: Hart, Dworkin, legal principles, legal rules