

Драгунин С. Аврамовић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avratovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3383-4346

Илија Д. Јованов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1582-7102

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА И НАМЕРА*

Сажетак: Аутори полазе од став да је намера (колективної) законодавца елемент који тумач норме треба да има у виду приликом разумевања текста закона. Намера се може схватити на различите начине, шире и уже, као психички моменат, али и као испољена намера. Најуледнији пројекцији концепција колективне психичке намере долазе из редова школе правног реализма, кристикујући ставове и начине решавања бројних важних предмета у пракси највиших судских инстанци у САД-у. Аутори закључују да је ајсурдно законодавну намеру схватити као концепт који има за циљ чиниње мисли чланова законодавне тела. Али ипак, гледајући да законодавац, само зашто што је колективно тело нема било какву намеру поводом теме о којој расправља и доноси најважније пројекте у држави, у истој мери је проблематично. Аутори настоје да укажу да има основа за тврдњу да лејславља увек има рационалну вољу, која у крајњој линији осликава станојциште народа према пољитици коју је парламентарна већина кандидовала на изборима. Следствено томе, понекад је моуће са великим степеном вероватноће наслушити одговор како би законодавац решио одређену дилему када би она пред њим била постављена. Намера законодавца може бити од велике користи приликом тумачења, али се мора имати на уму да она не решава сваки конкретан проблем у интерпретацији правне

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

норме и да понекад представља само смерницу за начин размисљања дисциплинованој судије који ће увек тражити за смислом који је законодавно шло желело да испољи употребљеним речима.

Кључне речи: законодавна намера; правно значење речи; Макс Радин; ефикасност у судском одлучивању.

УВОД

Тумачење права представља једну од најзначајнијих али и најделикатнијих и најизазовнијих области у теорији права. Аналитичка загонетка која се појављује код интерпретације закона је што текст представља најважнији елемент, али његово значење у великој мери зависи од окружујућег контекста који ће понекад сугерисати смисао који је супротан од очигледног језичког значења. Традиционални приступ у пракси највиших судских инстанци у Сједињеним Америчким Државама подразумевао је узимање у обзир сваког контекстуалног доказа, иако је већ од краја 19. века било противника, а нарочито од 30-их година прошлог века са јачањем идеја правног реализма у америчкој јуриспруденцији.¹

Речи, фразе, реченице и изјаве које немају унутрашњу двосмисленост одједном постају двосмислене када се посматрају у вези са догађајима који их окружују. На пример, уговори се закуп простора у дечјој играоници ради прославе рођендана, с тим што је политика закуподавца да не затвара играоницу за друге посетиоце. У време када се сече торта, поред слављеника и гостију у играоници је присутно још двоје деце. Из почетног договора, иако није посебно прецизирано али је уобичајено, произлази да ће се парче торте дати само деци која су дошла на рођенданску забаву. Међутим, двоје деце тужно посматрају из прикрајка, а торте има више него довољно. Послужитељи ће ову дилему најбоље решити ако питају домаћине да ли је у реду да послуже и осталу децу. Али претпоставимо, ради мисаоног експеримента, да то није могуће јер су родитељи слављеника заузети разговором са другим гостима. Како ће послужитељи поступити, да ли ће се слепо држати почетног (претпостављеног) договора или ће разумним просуђивањем доћи до закључка да би намера домаћина у овој ситуацији била да сва деца добију по парче торте? Одговор ће у највећој мери зависити од изабраних правила тумачења.

¹ Вид. М. Radin, „Legal Realism“, *Columbia Law Review* 5/1931, 824-828; L. Fuller, „American Legal Realism“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Regis* 5/1934, 429-462; K. Llewellyn, „On Reading and Using the Newer Jurisprudence“, *Columbia Law Review* 4/1940, 581-614.

1. ТРАДИЦИОНАЛНИ ПРИСТУП

Приказ традиционалног приступа у одлучивању Врховног суда Сједињених Америчких Држава може се пронаћи у случају *INS v. Stevic*². Предраг Стевић је био југословенски држављанин који је 1976. године отпутовао у Чикаго у посету сестри. Пошто је прекорачио време боравка које му је било дозвољено визом (6 недеља), Имиграциона служба Департмана правде (*Immigration and Naturalization Service, INS, United States Department of Justice*) је започела поступак његове депортације. Стевић се убрзо оженио америчком држављанком која је поднела захтев за држављанство у његову корист, али је непосредно након венчања погинула у саобраћајној несрећи што је узроковало аутоматско поништење његове визе. Након тога, Стевић је тражио заустављање депортације позивајући се на параграф 243(h) Имиграционог Акта (*Immigration & Nationality Act*) од 1952. године. У свом захтеву је истицао страх од прогона у случају повратка због анти-комунистичких активности у којима је учествовао, наводећи да је његов таст био у затвору из истих разлога. На негативну одлуку Имиграционе службе Стевић се жалио посебном жалбеном телу (*The Board of Immigration Appeals, BIA*) у оквиру Департмана правде који је, без саслушања, такође одбио његов захтев. Напокон, жалба је упућена и Апелационом суду (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*). Суд је сматрао да је довољно доказати само „основани страх од прогона“ („*well-founded fear of persecution*“), а не и „јасну вероватноћу од прогона“ („*a clear probability of persecution*“) и вратио је предмет Имиграционој служби како би се обавило саслушање. Ипак, Имиграциона служба је затражила од Врховног суда да коначно разреши новонасталу дилему која је везана за тумачење норме.

Одредба Имиграционог Акта из параграфа 243(h) дозвољава Државном правобраниоцу (*Attorney General*) да задржи депортацију уколико *с̄иранац* докаже да би био прогоњен.³ Поменути Акт је допуњен путем Избегличког Акта („*Refugee Act*“) од 1980. године⁴, који је у складу са Протоколом Уједињених нација поводом статуса избеглица („*United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*“),⁵ којем су САД приступиле 1968. године. Друга

² *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/407/#413> Сајт је посећен 10. 01. 2022.

³ „*The Attorney General is authorized to withhold deportation of any alien within the United States to any country in which in his opinion the alien would be subject to physical persecution and for such period of time as he deems to be necessary for such reason.*“ (подвукли аутори) *Immigration & Nationality Act*, ch. 477, sec. 243(h). Текст је доступан на сајту <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

⁴ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

⁵ <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

одредба Избегличког Акта од велике важности за решавање конкретног предмета је параграф 208(а) који оставља могућност Државном правобраниоцу да дискреционим одлучивањем одобри азил *избеглици* који докаже „основани страх од прогона“ због расе, религије, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.⁶

Главна питање које је Врховни суд требало да расправи је да ли странац мора да докаже „јасну вероватноћу од прогона“ како би Државни правобранилац зауставио депортацију. Наиме, у Имиграционом Акту није на несумњив начин наведен стандард доказивања и имиграционе судије су у оваквим предметима уобичајено захтевале да се докаже *prima facie* „јасна вероватноћа“ да ће странац бити прогоњен. Међутим, Имиграциони Акт је 1980. године допуњен Избегличким Актом, и то конкретан параграф 243(х) је допуњен параграфом 203(е) где се наводи да „Државни правобранилац неће депортовати странца ако утврди да би његов живот или слобода били угрожени због расе, религије, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.“⁷ У конкретном случају, Имиграциона служба је применила стандард доказивања који је уобичајен у судској пракси, али је у другостепеном поступку Апелациони суд утврдио да више није потребно доказати „јасну вероватноћу“ већ „основани страх“. Суд се позвао на дефиницију избеглице из Избегличког Акта која установљава потоњи стандард, сматрајући да се он односи и на члан којим се зауставља депортација, иако је у Акту јасно исказано да се то односи само на дискреционо одлучивање Државног правобраниоца у вези са доделом азила. Апелациони суд је тако закључио јер је држао да је Конгрес имао „намеру“ да у потпуности напусти стари и усвоји нови стандард у свим предметима који се тичу имиграционе политике. Осим изјаве да је језик Протокола повољнији за странца, Апелациони суд није испитивао детаље у вези са разликама између два стандарда. Због значаја питања и различитих ставова Врховни суд је одобрио преиначење одлуке.

У току поступка је изнето неколико аргумената. Са једне стране, истинито је да стандарди „јасна вероватноћа“ и „основани страх“ нису самообја-

⁶ „*The alien may be granted asylum in the discretion of the Attorney General if the Attorney General determines that such alien is a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A)*“ (подвукли аутори) Refugee Act, sec. 208(a) „*The term ‘refugee’ means any person who is... unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of that country because of persecution or a well-founded fear of persecution...*“ Refugee Act sec. 101(a)(42)(A)

Вид. Refugee Act of 1980. sec. 208(a), sec. 201(a), sec. 101(a)(42) of the Immigration and Nationality Act <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

⁷ „*The Attorney General shall not deport or return any alien to a country if the Attorney General determines that such alien’s life or freedom would be threatened in such country on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.*“ (подвукли аутори) Вид. Refugee Act of 1980. sec. 203(e).

шњујући. Када се посматра пракса судова у погледу њихове употребе пре усвајања Избегличког Акта, може се уочити да није прављена „значајна“ разлика у њиховом схватању. Ако она чак и постоји, јасна намера Конгреса код усвајања Избегличког Акта била је да задржи *status quo*. У том смислу, приступање Протоколу је било засновано на изричитом „разумевању“ да то неће мењати суштину имиграционог права. С друге стране, истицано је да стандарди нису истоветни и да се након 1968. године блажи стандард мора примењивати на све захтеве за депортацију.

Врховни суд у својој пресуди констатује да је пре 1968. године било неспорно да се захтева „јасна вероватноћа“ по параграфу 243(h).⁸ Међутим, Суд напомиње да се то односи на оне који су већ унутар граница САД-а, а не на странце који на граници траже статус избеглице због прогона. Наиме, још од 1947. године на избеглице се односио стандард „основани страх од прогона“, чиме су се испуњавале обавезе према Међународној избегличкој организацији у оквиру Уједињених нација.⁹ Због тога су, сматра Суд, председник и Сенат САД-а веровали да је Протокол у највећем делу у складу са постојећим правом и општеприхваћеном политиком према избеглицама. У том смислу Врховни суд истиче доказе у погледу легислативне историје, попут изјава које су даване приликом приступања Протоколу из којих се закључује да су њихови гласноговорници сматрали да приступање неће захтевати било какву додатну измену законског језика. Према томе, одговор на кључно питање да ли је Конгрес имао намеру да примени стандард доказивања „основани страх“ на питање депортације је негативан. Суд даље констатује да је Избеглички Акт изменио језик параграфа 243(h), али не у делу који се тиче стандарда доказивања. Амандмани поводом тог члана су усвојени само „зарад јасноће“ и нису имали намеру да мењају стандард доказивања.

Текст закона једноставно не прецизира колико велика могућност за прогон мора да постоји како би се зауставила депортација. Ако се тај стандард изводи из простог језика који је употребљен, Суд је на становишту да израз „*would be threatened*“ јасно указује на висок степен вероватноће, за разлику од израза „*could*“ или „*might*“. Не постоји спор око дефиниције стандарда „јасне вероватноће“ који се лако утврђује одговором на питање „да ли је више вероватно него што није“ да ће странац бити прогоњен. Такође, ни пре

⁸ Вид. пресуде *Cheng Kai Fu v. INS*, 386 F.2d 750, 753 (CA2 1967). Пресуда је доступна на сајту <https://casetext.com/case/cheng-kai-fu-v-immigration-nat-serv> Сајт је посећен 10. 01. 2022; *Lena v. INS*, 379 F.2d 536, 538 (CA7 1967) Пресуда је доступна на сајту <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/379/536/361720/> Сајт је посећен 10. 01. 2022.

⁹ *International Refugee Organization* је била специјализована агенција УН-а која се бавила проблемом масовних избеглица као последице Другог светског рата. Организација је престала са радом 1952. године и замењена је Канцеларијом високог комесара УН-а за избеглице (UNHCR).

Избегличког Акта ни након његовог усвајања у члану који се тиче заустављања депортације не спомиње се реч „избеглица“ („*refugee*“) већ „странац унутар Сједињених Држава“ („*alien within the United States*“). Како се параграф 243(h) не повезује са параграфом 101(a)(42)(A) Избегличког Акта који дефинише појам избеглице, већ се тај појам односи само на горе поменуто дискреционо одлучивање поводом давања азила избеглици, Врховни суд налази да нема основа да се стандард „основани страх“ примени на параграф 243(h). Суд је на становишту да је Конгрес имао схватање да статус избеглице сам по себи не захтева заустављање депортације, већ да је странац дужан да испуни стандард доказивања из параграфа 243(h). Због тога Врховни суд закључује да Апелациони суд није добро пресудио и да се његова одлука заснива на погрешној премиси да свака избеглица има право на заустављање депортације. Нема основа за такво закључивање ни на основу простог језичког тумачења тог члана, ни у структури чланова којима је он допуњен амандманима, ни у легислативној историји.

Ово је традиционални приступ Суда који истиче да је његова улога да примени изворну намеру Конгреса. Законодавна историја је обично релевантна или да обезбеди значење нејасне одредбе, или да потврди, односно негира правно значење јасног језичког значења. Дакле, тзв. меко правило јасног значења (*The „Soft“ Plain Meaning Rule*) указује да легислативна историја може ставити ван снаге чак и потпуно јасно језичко значење норме уколико суд утврди да је јасно изражена намера законодавца била супротна језику који је употребљен. Понекад суд само обави кратак преглед и цитира један или два извора легислативне историје да би поткрепио своју сопствену интерпретацију, а понекад обави и озбиљнију реконструкцију како би дошао до закључка који одговор би Конгрес изабрао код одређеног интерпретативног проблема да му је био директно постављен.¹⁰

Оваква пракса Врховног суда установљена је још крајем 19. века, а један од водећих случајева који је оставио дубок траг је *Church of the Holy Trinity v. United States*. Наиме, Црква је ангажовала енглеског свештеника и обезбедила је услове за његово путовање у САД. Међутим, то је било у супротности са федералним прописима који су забрањивали превоз или било какву другу помоћ странцима са циљем њихове миграције ради обављања рада или пружања услуга у САД-у, осим за изузетке међу којима нису били духовници. Упркос томе, Врховни суд се ослонио на легислативну историју закључивши да намера Конгреса није била да искључи „интелектуалне раднике“.¹¹

¹⁰ W. N. Eskridge Jr, „The New Textualism“, *UCLA Law Review* 4/1990, 626-632; H. Jones, „The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes“, *Washington University Law Quarterly* 1/1939, 2-26.

¹¹ Вид. *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892). Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/> Сајт је посећен 11. 01. 2022.

2. КРИТИКА ТРАДИЦИОНАЛНОГ ПРИСТУПА

Традиционална пракса Врховног суда САД-а је већ у првој половини 20. века била предмет критика. Школа правног реализма је начелно тврдила да је колективна намера легислативе само конструкција тумача, јер законодавно тело обично нема унапред одређена и јасна колективна очекивања о многим (ако их уопште има) конкретним питањима која се постављају код примене закона. Чак и разговор о намери појединца подразумева сложене закључке и правне фикције. Причати о колективној намери је спој различитих фикција, не само због већег броја људи чију намеру треба открити већ и због њихове ћутљивости приликом доношења прописа, па и због правила која се тичу законодавне процедуре у системима са дводомним парламентом када закон мора у оба дома бити усвојен са истом садржином.¹²

Свакако најгласнији међу реалистима био је Макс Радин (*Max Radin*). Истичући фамозну и често цитирану мисао судије Холмса (*Holmes*) да речи нису кристали, Радин наводи да оне ипак нису ни такве да се њихово значење може потпуно слободно утврђивати.¹³ Термин „интерпретација“ је у право доспео након што је установљен у књижевности и религији, областима у којима се тежило откривању правога значења речи које долазе од уметника или Бога. Међутим, Радин сматра да књижевни и теолошки методи тумачења нису релевантни, јер у праву није присутна тежња да се уђе у ум уметника или да се проникне у божанску вољу.¹⁴ У религији може постојати догма да је јасно значење сакралног текста неисправно, а да је исправно некакво езотерично или мистично схватање. Али, закони нису изрази испуњени небројеним

Постоји значајан број предмета у којима је Врховни суд готово признао да је заменио јасно значење са „очигледном легислативном намером“ или сврхом коју је спознао путем легислативне историје. Вид. *Kelly v. Robinson*, 479 U.S. 36 (1986) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/36/> Сајт је посећен 18.01.2022.; *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 U.S. 574 (1983) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/574/> Сајт је посећен 18. 01. 2022.; *Simpson v. United States*, 435 U.S. 6 (1978) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/6/> Сајт је посећен 18.01.2022.; *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/> Сајт је посећен 18.01.2022.

¹² W. N. Eskridge Jr, 642.

¹³ Радин је на овом месту истраго из контекста неколико речи које су део следеће реченице из пресуде *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918): „A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought, and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used.“ Смисао реченице, чини се потпуно јасан, је супротан од онога што Радин жели да докаже. Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/245/418/> Сајт је посећен 18. 01. 2022.

¹⁴ Слично сматра и Џонс. Ако је интерпретација операција којом судије покушавају да репродукују мисао у умовима чланова легислативе, онда је законска интерпретација у свом приступу истоветна са оном у литератури или теологији. Н. W. Jones, „Statutory Doubts and Legislative Intention“, *Columbia Law Review* 6/1940, 966.

емоционалним призвучима, нити трајна креација безгрешне мудрости. Закон је изјава о ситуацији или групи могућих догађаја унутар ситуације и као такав је суштински двосмислен. Притом, двосмисленост, према Радину, не значи да реченица дозвољава оно што се чини да забрањује, већ је изјава двосмислена увек када постоје два могућа значења и није од важности да ли међу њима постоји контрадикторност. Према томе, ситуације описане у законским нормама су начелно одредиве, а не одређене. Одредиво постаје одређено када се број могућих закључака сведе на само један.¹⁵

Феликс Франкфуртер (*Felix Frankfurter*) такође сматра да не треба исказивати заинтересованост ни за шта субјективно и да је погрешно испитивати ум законодавца или састављача предлога закона. Он чак свесно избегава да користи појам „намера“ јер, ослањајући се на Холмса, сматра да не треба гледати шта је законодавац имао намеру да каже већ само шта речи значе. Све што је написано може представљати проблем у значењу. То произлази из саме природе речи. Оне су симболи значења, али за разлику од математичких симбола сачињавање документа ретко садржи више од приближне прецизности. Ако су појединачне речи непрецизне у значењу, онда њихова комбинација тешко може дати прецизне дефиниције. Осим тога, закон сам по себи пати од двосмислености јер то није једначина или формула која представља јасан процес. У питању је инструмент владавине који има практичне циљеве и своја ограничења. Најзад, закони се по природи ствари генерално односе на будућност и термине који се користе треба тумачити у хармонији са околностима и мишљењима која преовлађују од једног времена до другог.¹⁶

Да је подела закона на јасне и двосмислене, у смислу утврђивања намере, вештачка и нетачна истиче и Френк Хорак (*Frank Horack*). Ипак, он дозвољава да закон може бити јасан и тада откривање намере треба да потврди оно што је написано. Ако не потврди, или нејасноћа ипак постоји или је тумач тенденциозно „открио“ другачију намеру како би прилагодио значење искоришћених речи.¹⁷ Дакле, овакво гледиште зависи од претходног става да ли се прихвата могућност да је нешто потпуно јасно или је све изјаве могуће интерпретирати двосмислено. На пример, према Херију Џонсу (*Harry Jones*), ако су речи јасне, недвосмислене и не воде ка апсурдним резултатима, онда оне морају бити примењене без обзира на смисао који је њихов аутор имао намеру да пренесе. Џонс проблем примећује у томе што су судије често вољне да интерпретирају речи у смислу како је њихов аутор

¹⁵ M. Radin, „Statutory Interpretation“, *Harvard Law Review* 6/1930, 866-869.

¹⁶ F. Frankfurter, „Some Reflections on the Reading of Statutes“, *Columbia Law Review* 4/1947, 528, 538-539.

¹⁷ F. Horack Jr, „In the Name of Legislative Intention“, *West Virginia Law Quarterly* 2/1932, 125.

наводно имао намеру да их пренесе иако се схватање легислативе може јасно видети из употребљеног текста.¹⁸

2.1. (Не)постојање намере

Како Радиново одредиво учинити одређеним? Метод који је у америчкој јудикатури имао највише подршке подразумевао је откривање намере легислативе. Радин истиче да је посреди „апсурдна фикција“, па чак и да је стваралац права као колегијално тело фикција. „Легислатива сигурно нема било какву ‘намеру’ у вези са речима које су саставили двојица или тројица, које су многи одбили и у вези са којима многи који су их одобрили могу имати, и у великом броју случајева јесу имали, различите идеје и веровања. Шанса да је неколико стотина људи имало исту одређену ситуацију на уму као редукуцију могућих одредивих ситуација је непојмљиво мала. Али чак и да без иједног гласа против закон буде усвојен, како се може сазнати садржај мисли осим путем спољних понашања која су сама по себи двосмислена и која могу бити мотивисана на стотине различитих начина.“¹⁹ То можда није немогуће, али Радин поставља питање колико је вероватно да се дође до таквог сазнања?

Рид Дикерсон (*Reed Dickerson*) указује да је Радин написао једну од најразорнијих анализа законодавне намере, једног од фундаменталних и истовремено недостижних концепата у тумачењу закона чија је снага веома изражена. Наиме, у подели одговорности коју представља уставна подела власти, легислатива утврђује правила понашања, а суд мора да поштује њене одлуке. Његов задатак је да што прецизније утврди шта је била намера у погледу онога што мора бити учињено. Поменути циљ није лако остварити јер људи нису увек успешни у испољавању сопствених мисли.²⁰ Како Џон Чипман Греј (*John Chipman Gray*) указује закон је *изражена* воља легислативног

¹⁸ H. W. Jones (1940), 967.

¹⁹ M. Radin (1930), 870-871. Хорак сматра да се оваквом ставу Радина не може приговорити, али да то ипак не води ка закључку да је намера фикција. F. Horack Jr, 125-126. Мишљењу да је намера „угодна правна фикција“, иако можда неопходна, придружује се и Ричард Нуњез (*Richard Nunez*). У складу са његовом поделом намера (вид. фн. 24), Нуњез истиче да је могуће да легислатива има јасну намеру поводом друштвене политике и генералне сврхе закона, а да није посвећен ниједан моменат специфичном значењу одређене речи или фразе. Ако специфична намера не постоји, а ми се понашамо као да је има, онда деламо у складу са правном фикцијом. Чак и када намера постоји на вишем нивоу апстрактности често је случај да ће бити фикција када се примени на реч или фразу. R. Nunez, „The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination“, *California Western Law Review* 1/1972, 128, 130.

²⁰ R. Dickerson, „Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature“, *Indiana Law Journal* 2/1975, 206-207. Треба приметити да се озбиљна деконструкција Радинових аргумената догодила тек неколико деценија након првобитног текста. Разлог томе се

органа једног друштва а психолошки пренос мисли вештачког тела представља „лов на духове“. Воља легислативе мора бити изражена речима, у писаној или говорној форми. Чак и тада мисао се не преноси, већ речи дају импулс који омогућава да се у уму слушаоца створи сличан процес размишљања као и у уму говорника.²¹

Поменуће тешкоће не значе да је комуникација немогућа. Намера обично одражава очекивање да ће читалац или слушалац помоћу језика као система знакова спознати шта је писац или говорник хтео да саопшти. Намера у објективном смислу представља њену објективну манифестацију од стране језика који се користи. Међутим, језик такође има своје сопствено значење према кодексу значења и оно се може разликовати од стварне намере одашиљача.²² Због тога је корисно разликовати „стварну субјективну намеру“ од „испољене намере“. Ако се нешто и може приговорити првој, то није случај са другом која је објективно утврдива и представља синоним за „значење према типичном читаоцу“. Због тога Дикерсон користи израз „легислативна намера“ за означавање субјективне намере, док термином „значење“ одређује шта се сугерише језиком закона када се чита у исправном контексту.²³ У одређеној, ограниченој мери Дикерсон се слаже да идеја изражена речима може имати свој сопствени живот независно од онога што се налазило у уму одашиљача, али сматра да морамо читати закон као да се стварна и манифестована намера подударују. То је претпоставка која омогућава да на дуге стазе можемо открити стварну намеру прецизније него под било којом другом претпоставком јер је у природи језика да осликава онај начин његове употребе који је преовлађујући. Интерпретатор мора да пође од тога да стварно значење коинцидира са израженим значењем све док одашиљач речи не разјасни своју поруку њеним поновним испољавањем.²⁴

Радинов аргумент о непостојању једне особе коју можемо назвати законодавцем и чији ум можемо испитати како бисмо открили намеру која се

можда може тражити, између осталог, у чињеници да Радинова анализа није имала значајнијег утицаја на праксу Врховног суда САД-а.

²¹ J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester 1972. (репринт другог издања од 1929.), 170-171.

²² Вид. Р. Д. Лукић, *Тумачење љрава*, Београд 1961, 54.

²³ R. Dickerson, 208, 210. Занимљиву и корисну поделу даје и Нуњез. 1) Намера која се тиче решења за неки генерални друштвени проблем, нпр. закон којим се уређује питање загађења животне средине; 2) Намера која се тиче општих сврха конкретног закона; 3) Намера која се тиче значења специфичне речи или фразе конкретног закона. R. Nunez, 129.

²⁴ R. Dickerson, 217-218. Слично и Франкфуртер. Речи морају да се разумеју у оном смислу у којем их је законодавац употребио. Закони нису археолошки документи који ће бити испитивани у библиотекама. Ако су написани за обичног човека, онда се мора претпоставити да је законодавац желео да се речи читају умом обичног човека; и супротно, ако су упућене специјалистима, судије морају да их читају умом специјалиста. F. Frankfurter, 535-536.

крије иза закона није споран. Чак и организација сачињена од људских бића није људско биће. Али аргумент сам по себи не говори у прилог непостојања намере. Ако се законодавац посматра као проста фикција, онда су последично и закони фикција. Легислатива као колективно тело је правна конструкција и сачињена је од свих елемената који представљају саставне чиниоце сваке друге друштвене организације. Држати да је законодавац фикција значило би тврђу да је свака организација сачињена од људи који имају заједничке циљеве, средства и правила рада и понашања фикција.

Други аргумент је још озбиљнији и истиче узалудност тражења намере у умовима велике хетерономне групе. Дикерсон одговара правилом већине, истичући да гледиште оних који нису гласали за закон постаје ирелевантно. Са друге стране, парламентарци који су гласали али нису прочитали предлог или спорну норму, имали су намеру да усвоје интенцију манифестовану од стране самог предлога или оних који су са њим упознати. У супротном, Радинов аргумент може да води ка питању постојања намере било ког члана било којег колегијалног органа одлучивања, укључујући и „судијску намеру“ деветочланог Суда.²⁵ Слично је и са намером писца предлога закона. Она може бити од значаја само ако је у питању индивидуални аутор, јер ће иначе проблем институционализоване намере само бити пренет са легислативе као целине на неку другу групу као целину.²⁶ С тим у вези, треба ипак приметити да преношење проблема са веће групе на мању не мора само по себи бити лоше решење. Лакше је утврдити намеру мањег броја чланова радне групе која је писала нацрт закона или намеру предлагача закона којег представља један министар или председник владе, него намеру већег броја чланова законодавног тела. Може се такође констатовати додатни проблем који се тиче уважавања намера које су исказане изван законодавног поступка, нпр. приликом давања одређених изјава у телевизијским емисијама и сл. Међутим, то је већ питање сазнања намере, а не њеног постојања. И баш ту, чини се, долази до својеврсне замене теза. Проблем оних који трагају за намером је што то чине уз схватање да се тај посао не завршава све док се она не појави. Ако тумач буде погледао довољно доказа то ће се и десити и он је онда у искушењу да користи непоуздане и неадекватне доказе. Када се такав подухват повеже са становиштем да намера увек решава конкретан

²⁵ Мисли се на Врховни суд САД-а. И Џонс констатује да уколико намеру схватамо у смислу консензуса чланова легислативе, онда је то фикција. Реалан и користан концепт мора се задовољити са мање од једногласја. Н. W. Jones, (1940), 968. Исто и Кори. Штавише, он сматра да је мишљење опозиције неопходно искључити када је реч о намери јер је њихов задатак да ослабе поверење грађана у владу, да је дискредитују, због чега ће свака њихова изјава имати потпуно другачији призвук од намере већине. J. Corry, „The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes“, *Canadian Bar Review* 6/1954, 625-626, 629.

²⁶ R. Dickerson, 210-211.

проблем, добија се потпуно изопачен процес тумачења закона који више не одговара његовом уобичајеном значењу.²⁷

Упркос проблемима, Дикерсон сматра да говорити о намери није неумесно. Унутар групе може постојати општа сагласност иако се мишљења учесника разликују у многим детаљима. Другачија гледишта нису у функцији одвраћања законодавних тела да деле опште циљеве и да користе сопствену намеру да их остваре. Чини се да је грешка у претпоставци да ако постоји уочљива легислативна намера, она нужно решава конкретан проблем, и обрнуто: ако га не решава, онда не постоји.²⁸ Дикерсон закључује да колегијалност сама по себи није довољан разлог да се овај појам одбаци јер у најгорем случају он компликује већ тежак проблем утврђивања намере појединаца. Могућност постојања „опште сагласности“, термина који Дикерсон уводи како би објаснио своје становиште, сугерише могућност постојања легислативне намере. Иако група нема сопствену психу, на шта је раније већ указано, њена активност приказује карактеристике намерног понашања вођеног агрегатном мотивацијом коју је корисно препознати и узети у обзир. Таква групна намера се разликује од конститутивних индивидуалних намера, не мора са њима у потпуности коинцидирати и путем разумног закључивања може се начелно идентификовати.²⁹ То је попут прављења вођног

²⁷ Питање сазнања намере је веома сложено и стога неће бити изложено у овом раду. Имајући у виду, између осталог, другачије уређене законодавне поступке у државама које припадају англосаксонском и европскоконтиненталном систему, није могуће пружити јединствен одговор који материјал судија треба да користи како би дошао до исправног одговора. Радин истиче да би легислативна намера, када би постојала, могла бити сазната само путем изјава јако великог броја људи, у чему Дикерсон не види посебан проблем. Ипак, треба приметити да богатство доказа може бити потешкоћа за судију који је приликом одлучивања временски врло ограничен, а може се поставити и питање довољне стручности и вољности да се тако обиман посао спроводи у сваком предмету који са собом носи одређену двосмисленост. Са друге стране, Нуњез истиче да постоје три категорије доказа које се могу рангирати према поузданости. Најпоузданији су интерни докази који се деривирају из самог закона, друга категорија су транскрипти дебата и сл. Најслабији докази нису продукт легислативног процеса, попут новинских чланака и др. R. Nunez, 130-131.

²⁸ На тај проблем указује и Џонс истичући да је врло могуће да законодавац уопште није имао намеру у смислу правног ефекта закона поводом одређеног интерпретативног проблема који би се евентуално у будућности појавио. H. W. Jones (1940), 971-972.

²⁹ R. Dickerson, 211-212. Слично и Фредерик де Словер (*Frederick de Sloovere*) одбацује став о непостојању намере осим у случају када се може пронаћи из речи. Тиме би се занемаривала вредност законског контекста у разумевању законских циљева и разгранатост у значењу језика који се користи. Држећи се претпоставке да је контекст донетог закона идентичан са терминологијом која је коришћена у његовом стварању, потцењивала би се могућност за чињење грешака. Свакако, ако се под намером сматрају детаљи у значењу у примени на конкретне случајеве, онда таква намера ретко постоји. Али уобичајено, уз помоћ техника интерпретације, она указује само на значење које се проналази из језика и његове најшире контекстуалне позадине. Frederick J. de Sloovere, „Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes“, *University of Pennsylvania Law Review* 5/1940, 530-531, 538.

сока: користе се различите врсте воћа и добија се потпуно нови производ, при чему му ниједан од употребљених састојака не одговара у потпуности већ представља његов саставни део.

2.2. Обавезност намере

Други важан елемент када се говори о законодавној намери је њена обавезност. Радин сматра да посао чланова легислативе није да намећу сопствену вољу, већ да путем изјава о жељеним и нежељеним ситуацијама иницирају постизање одређених резултата. Као правно правило, изјаве морају бити дате путем специфичног језика, речи. Једном испољене, оне постају инструменти помоћу којих судови обављају њихову специјализовану функцију тумачења, што подразумева постојање одређеног догађаја који се десио након ступања закона на снагу. Рећи да намера законодавца одређује интерпретацију значило би да легислатива тумачи унапред, и то тако што узима одредиве ситуације и испитује да ли се оне могу применити на догађај који не постоји.³⁰

Поменути Радинов аргумент истиче немогућност повезивања намере са специфичном ситуацијом која није постојала у време када је намера створена. Међутим, такво објашњење занемарује елементарну поделу између конотације (опште значење) и денотације (специфично значење) речи. Неразликовање можда долази од раније поменутог погледа да тумачење нужно подразумева закључак који ће се применити на конкретан проблем и искључује могућност неуспеха. Такође, Радиново схватање погрешно имплицира да би нормописци, када би могли, узимали у обзир специфичне, конкретне будуће ситуације. То је немогуће и непотребно јер негирати да су законодавчеве опште изјаве о будућим понашањима саставни део легислативне функције, значи оспоравати функцију правног поретка која тежи ка успостављању функционалних оквира на основу којих се могу створити разумна очекивања.³¹

Ипак, ради се можда о најјачем Радиновом аргументу. Заиста, у уставима генерално не постоји норма која указује да узимање у обзир намере представља обавезујући начин тумачења, мада не постоји ни забрана у том погледу. Ипак, остаје чињеница да је једини легални начин да се испољи легислативна воља доношење закона. Суд не сме да изопачи овај принцип третирајући једнаким изјаве и други интерпретативни материјал који се појављује поводом закона, а који је у највећем броју случајева непоуздан, неадекватан и не представља део законодавног контекста. Практични проблем

³⁰ M. Radin (1930), 871-872.

³¹ R. Dickerson, 214-215.

је, дакле, како изабрати и проценити доказе и невоља је што је ова потешкоћа замењена питањем постојања намере.³²

Такође, када је реч о уставности, Дикерсон истиче још један аргумент – поделу власти. Трагање за намером представља инструмент заштите овог основног уставног принципа јер судије стално треба подсећати да морају водити рачуна о политици коју је успоставила једна друга грана власти. Заправо, све и да она не постоји, уважавање поделе власти би требало да захтева од судија да се понашају као да постоји како би били стављени у одговарајући оквир размишљања. Проблем избора прихватљивих средстава за проналажење намере не значи да је посао немогућ или да покушаји морају бити неплодоносни. Судови немају избора и то што ће понекад погрешно радити само повећава одговорност легислативе да своју поруку учине што јаснијом. Према томе, разумно је говорити о постојању субјективне намере докле год схватамо да је њена улога ограничена и да је наш приступ њој у најбољем случају несавршен.³³ Наравно, треба приметити да се проналажење намере може ускладити са поделом власти и непреузимањем улоге законодавца само ако је потрага искрена и стручно вођена. У супротном може бити веома моћно средство за оправдање увођења сопствених ставова и вредности, односно у још лошијој варијанти вредности и циљева различитих интересних група и организација неретко финансијски подржаних од стране спољних фактора.

Управо у том контексту подржавање става да не постоји законодавна намера, према Џејмсу Ландису (*James Landis*), значи сакривање стварања права од стране судија. Злоупотреба тог концепта не подразумева његово негирање као основне претпоставке законодавног процеса. Чињеница да се намера легислативе понекад деривирала од стране судова како би се сакрила околност да су они уместо законодавног тела ствараоци права, не искључује њену валидност већ демонстрира неподесан начин њене примене.³⁴ Чак је и Радин, у једном претходном тексту, истицао како легислатива може да одбаци покушај управних органа или судства да замене оно што законодавац „сматра“ важнијом сврхом коју треба постићи. Ако законодавац може нешто да „сматра“, зашто онда не може да „намерава“?³⁵ Због тога Дикерсон закључу-

³² J. Landis, „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930, 888. Овде се поново поставља питање сазнања намере. Дикерсон сматра да чињенични аспект подразумева верност ка нормалним принципима комуникације што је претпоставка уставних система. Уставни аспект подразумева да једино закон има снагу законодавног права. Остали фактори су искључени осим ако се не квалификују као исправан контекст. Према томе, искрено трагање за намером је трагање само за оном намером која је уставно изражена. R. Dickerson, 221-223. Слично размишља и Франкфуртер. F. Frankfurter, 529.

³³ R. Dickerson, 215-217.

³⁴ J. Landis, 886.

³⁵ M. Radin, „A Short Way with Statutes“, *Harvard Law Review* 3/1942, 412. R. Dickerson, 216. Радин ову мисао испољава у погледу сврхе, а не намере. Иако се не ради о истим појмовима, Дикерсонова аналогија и питање делују логички исправно.

чује да је концепт „субјективне легислативне намере“ незаменљив јер он подвлачи саму идеју законодавног процеса који би у њеном одсуству био сведен на будалаштину која није вредна озбиљнијег бављења.³⁶

ЗАКЉУЧАК

Законодавна намера, иако често само одредива, представља важну тачку ослоња приликом тумачења. Мада ово питање има нарочит значај у англоамеричком правном систему, где судски прецедент представља формални извор права, од не много мање важности је и у државама европско-континенталне правне традиције. Апсурдно би било поимати легислативну функцију која има задатак да доноси законе без испољавања било какве намере. У парламентарним системима парламентарна већина контролише усвајање амандмана и коначан текст закона чува готово у потпуности онај степен јасноће који му је дао писац. Сукцесивни нацрти не следе једни друге као изоловани феномени и промене које настају су доказ стварне, а не фиктивне намере. У председничким системима је природа законодавног процеса донекле другачија. Услед цељкања и компромиса легислатива често прибегава нејасноћи језика како би се обезбедила сагласност потребне већине. Ипак, иако је лакше код писања закона користити неодређености, треба избегавати речи попут „правично“ или „разумно“, јер су оне толико материјално испражњене да могу значити скоро све шта тумач пожели.

Многи проблеми у интерпретацији нису решиви на основу потраге за специфичном намером ствараоца права. Таквих проблема ће бити све више јер су друштвени односи сложени и међузависни, а законодавци у немогућности да предвиде њихов даљи ток прибегавају доношењу општије и мање детаљне регулативе. Због тога улога судова у тумачењу постаје све тежа, готово неподношљива. Судије треба да гледају текст закона, јер је утврђивање намере законодавца најпрецизније уколико се посматра њена манифестација путем речи које се читају у адекватном контексту. Наравно да није могуће проникнути у ум другог, али тај аргумент доказује сувише: сама комуникација је немогућа, изван и унутар права. Због тога није могуће одмерити евентуално одступање између манифестоване и стварне намере, а судија мора да се определи избором одређеног начина интерпретације. Тешко

³⁶ На овом месту се Дикерсон ослонио на Ландиса који сматра да познавање законодавног поступка омогућава анализу документације која га прати и представља најбогатију врсту доказа о значењу речи конкретног закона. Захтев да свако ко гласа за доношење неког прописа мора пре тога изразити мишљење које повезује са законом, у циљу утврђивања намере законодавног тела у целини, негира реалност легислативне процедуре. J. Landis, „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930, 888.

је рећи како субјективизам може да се избегне, односно како личност судије може бити изостављена када је реч о било чему што судија ради.³⁷ Тумачење се не обавља у лабораторији или учионици и судија који је вредан свог позива мора да се постави изнад подељених интереса и страсти које прате сваки предмет о којем одлучује. Најбоље чему можемо да се надамо је да ће његов здрав разум достићи резултате који се чине задовољавајућим.

Одговор на питање да ли се може претпоставити шта би законодавац урадио да му се постави неки проблем о којем он није расправљао приликом доношења закона не мора нужно бити негативан. Када се хипотетичка ситуација представи појединцу, он може имати свакаку вољу, па и ирационалну, може реаговати емотивно, у афекту и сл. Законодавац, међутим, нема такав луксуз и мора увек бити рационалан, мора водити рачуна о интересима народа и политици на основу које је парламентарна већина добила мандат да ствара законе. Када се размишља на такав начин, онда не треба *a priori* одбацивати могућност да се на хипотетичко питање одговори на исправан начин.

Код тумачења се може направити велика разлика у зависности од тога да ли се полази од проблема или од решења. Претпоставља се да речи које је употребила легислатива имају значење и судија треба да га пронађе. Поједноставити ствари и рећи да интерпретацијом судије стварају право значило би одбацивање разлика између легислативе и јудикатуре. Судије нису глосатори, али ни правила тумачења нису таква да аутоматски производе резултате. Она служе да усмере ум према визији која је упоредива са оном коју је имала легислатива уз стално подсећање да, као и већина „правила о праву“, решавају једино очигледне случајеве док дају смернице за продуктивно размишљање када су у питању тешки случајеви (*hard cases*).

То не значи да концепт законодавне намере треба напустити. Ниједна наука до сада није у потпуности искључила неопходност нагађања, а идеал ефикасности увек намеће практичну потребу да се намери прида одређени значај. То није савршен одговор, баш као ни свет у којем живимо. Једино је савршено то што ће сви малишани са почетка овог текста појести по парче торте.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Аврамовић, Д., *Судије, њраво и њсихолоџија*, Београд 2021.
Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester 1972.
Dickerson, R., „Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature“, *Indiana Law Journal* 2/1975.

³⁷ Вид. Д. Аврамовић, *Судије, њраво и њсихолоџија*, Београд 2021.

- Eskridge Jr, W. N., „The New Textualism“, *UCLA Law Review* 4/1990.
- Jones, H., „The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes“, *Washington University Law Quarterly* 1/1939.
- Jones, H. W., „Statutory Doubts and Legislative Intention“, *Columbia Law Review* 6/1940.
- Landis, J., „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930.
- Llewellyn, K., „On Reading and Using the Newer Jurisprudence“, *Columbia Law Review* 4/1940.
- Лукић, Р. Д., *Тумачење њрава*, Београд 1961.
- Nunez, R., „The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination“, *California Western Law Review* 1/1972.
- Radin, M., „Legal Realism“, *Columbia Law Review* 5/1931.
- Radin, M., „Statutory Interpretation“, *Harvard Law Review* 6/1930.
- Radin, M., „A Short Way with Statutes“, *Harvard Law Review* 3/1942.
- de Sloovere, F. J., „Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes“, *University of Pennsylvania Law Review* 5/1940.
- Frankfurter, F., „Some Reflections on the Reading of Statutes“, *Columbia Law Review* 4/1947.
- Fuller, L., „American Legal Realism“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Regis* 5/1934.
- Horack Jr, F., „In the Name of Legislative Intention“, *West Virginia Law Quarterly* 2/1932.
- Corry, J., „The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes“, *Canadian Bar Review* 6/1954.

Интернет извори

- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/407/#413>
- <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf>
- <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf>
- <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx>
- <https://casetext.com/case/cheng-kai-fu-v-immigration-nat-serv>
- <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/379/536/361720/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/36/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/574/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/6/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/245/418/>

Dragutin S. Avramović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3383-4346

Ilija D. Jovanov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1582-7102

Interpretation of Law and Intent

Abstract: *The authors start from the assumption that the intention of the legislator is an element that the interpreter should not neglect when understanding the text of the law. Intention can be understood in different ways, wider and narrower, as a psychic moment, but also as a manifested intention. The most prominent opponents of the concept of collective psychological intention come from the school of legal realism, criticizing the standpoints and manners of resolving many important cases in the practice of the highest courts in the United States of America. The authors conclude that it is absurd to understand legislative intent as a concept that aims to read the minds of members of the legislature. But also, the point of view that the legislator, just because it is a collective body, has no intention regarding the topic it discusses and passes the most important regulations in the state, takes the same degree of bizarreness. It must be assumed that the legislature always has a rational will that reflects the attitude of the people towards the policy that the parliamentary majority stand for in the elections. Consequently, it is sometimes possible to give an answer how would legislator solve a certain dilemma if it was set to him. The intention of the legislator might be very useful in interpretation, but it must be kept in mind that it does not solve every particular problem in interpretation and that it is sometimes just a guideline for the mindset of a disciplined judge who will always seek for the meaning that the legislature wanted to express with the words used.*

Keywords: *legislative intention; legal meaning of words; Max Radin; efficiency in judicial decision-making.*

Датум пријема рада: 27.05.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 23.06.2022.

Датум прихватања рада: 21.09.2022.