

Dr. sc. Enes BIKIĆ, redovni profesor
Pravni fakultet, Univerzitet u Zenici
enes.bikic@unze.ba

UDK 340.1
347.9
347.4/.5

pregledni znanstveni rad

Dr. sc. Anita PETROVIĆ, vanredni profesor
Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli
anita.petrovic@untz.ba

Rad stigao: 28. travnja 2023.

Rad prihvaćen: 19. svibnja 2023.

TUMAČENJE ZAKONA - ZNAČAJ I METODE

Sažetak: U ovom radu se obrađuje pitanje određivanja sadržaja teksta norme. Kako postupiti kada se naiđe na neodređenost teksta norme? Treba li pokušati odrediti volju „historijskog zakonodavca“, tj. zakonodavca koji je donio zakon u prošlosti ili težiti što suvremenijem tumačenju? Kako tumačiti sadržaj norme restriktivno ili ekstenzivno? Može li se izabrati interpretaciju koju osobno, subjektivno smatramo primjerenom između nekoliko alternativnih značenja po vlastitom izboru? Je li tumač vezan granicama doslovnog značenja zakona ili može, možda čak i mora, tražiti rješenje za pravno pitanje izvan doslovnog značenja zakona (*praeter verba legis*) ili čak kršiti doslovno značenja (*contra verba legis*). Kako se postupa usljed dinamike života i promjena u društvu kod novih pitanja koja zakonodavac nije mogao znati? Koje su granice sudskog razvoja prava u odnosu postojećih normi i kreiranju novih?

Gljučne riječi: tumačenje, dopunsko tumačenje, analogija, metode, kriteriji, primjena zakona.

1. Uvod

Tumačenje je za one koji primjenjuju pravo jedan od najvažnijih zadataka njihove profesije, jer tumačiti ili interpretirati znači imati sposobnost „razumjeti smisao, bit, srž ili suštinu“ pravne norme. Razumijevanje norme je preduvjet da se nešto može odlučiti (prosuditi). Tumačenje od strane pravnikâ u suštini ima dva određena cilja, tumačiti zakone i izjave volje (ugovora). U oba slučaja riječ je o ispravnom razumijevanju suštine, tj. nešto određeno prema čemu su usmjereni nečiji postupci, misli, osjećaji itd. Unatoč tome, postupak tumačenja ovih dvaju objekata se bitno razlikuje, a što čini srž stvari i od ključne je važnosti za samo tumačenje.

a) Prije svega zbog razlike u adresatu. Apstraktni zakon usmjeren je na neodređen broj osoba, dok je izjava volje u pravilu usmjerena samo na određenu osobu. Stoga se pri tumačenju izjava volje redovito mora voditi računa o individualnom razumijevanju takvog primatelja ili davatelja izjave. S druge strane, slično razmišljanje u tumačenju zakona bilo bi nedopustivo jer bi zakon različitim ljudima mogao značiti različite stvari ovisno o njihovoj sposobnosti razumijevanja.¹

b) Važeći zakoni redovito imaju svoju svrhu (cilj). Taj *ratio legis* čini najvažniji kriterij tumačenja (*teleološko tumačenje*). Ipak, svrha se može koristiti samo s velikim oprezom kod tumačenja, osobito u višestranim pravnim poslovima. Ispravno tumačenje je ono koje optimalno ostvaruje smisao i svrhu zakona. Svrha kojoj teži jedna strana često nije svrha druge strane, tako da se preko nje ne može lako utvrditi sadržaj transakcije.²

¹ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, C. F. Müller Juristische Verlag Heidelberg 1988, s. 117., Rn. 307, s. 308.

² Teodor Antić, „Vjerodostojno tumačenje zakona“, Zb. Prav. Fak. Sveu. Rijeka (1991) v. 36. br. 1. str. 620 (2015).

c) Zakoni su dio cjelokupnog pravnog uređenja (poretka, sistema). To daje povoda važnim argumentima za tumačenje (*sistemska tumačenje*), odnosno tumačenje iz odnosa prema drugim dijelovima pravnog sistema. Same izjave namjere često nisu povezane ni na koji način, barem ne na način koji je drugoj strani prepoznatljiv. Posljedično, ne mogu se tumačiti ni s tog stajališta. Na primjer, za razumijevanje kupoprodajnog ugovora između P i K, koliko je K-ov životni stil općenito ekonomičan nije relevantno za nastanak i sadržaj ugovora.

d) Budući da zakon utječe na velik broj slučajeva, pravna sigurnost je obično znatno narušena ako se pokaže da postavljena pravila nemaju željeni efekt. Pravni posao (ugovor) je često ograničen na samo dvije osobe, pa čak i tamo samo na određeni predmet. Zbog te razlike postoje neka pravila tumačenja zakona koja se ne primjenjuju na pravne poslove ili se primjenjuju samo u manjoj mjeri. Prije svega treba spomenuti načelo ustavnog tumačenja zakona. Od više mogućih tumačenja, prednost se daje onom zakonskom pravilu koje je u skladu sa ustavom, čak i ako to tumačenje nije u skladu s voljom zakonodavca.

2. Značaj tumačenja

Kada pravni stručnjak ispituje može li se zakonska odredba primijeniti na životnu situaciju, mora odrediti značenje te odredbe, mora tumačiti zakon. Zakonsko tumačenje (pravno tumačenje) znači utvrđivanje pravno mjerodavnog smisla zakona. Odrediti pravo značenje nije uvijek lako, tim više što se u zakonu ne koriste logični pojmovi koji su međusobno precizno razgraničeni, već se koriste stručni pojmovi kao i jezik koji se koristi u svakodnevnoj interakciji s drugim ljudima.³

Tumačenje se mora temeljiti na tekstu norme, ali se pri tome moraju uzeti u obzir upotreba jezika, sistemski i historijski kontekst, te svrha norme odnosno zakona. U konačnici, ne postoji drugi način postupanja pri tumačenju zakona. Postoji niz interpretativnih elemenata ili kriterija koji su važni, odnosno koji su od značaja za određivanje biti ili suštine zakonske odredbe. Tumačenje zakona zbog toga ima za cilj razjasniti neku zakonsku odredbu u unutarnjem smislenom odnosu (razumijevanje nečega), te na taj način jasnim objašnjenjima otkloniti nesporazume, nečije zablude o nečemu. U ovom postupku svaka norma se ne posmatra zasebno i izolirano kao pojedinačna odredba, nego kao dio sveobuhvatnog uređenja (regulative) i na kraju mora biti shvaćena u sveukupnom pravnom sistemu.

Tumačenje je „rad sa tekstom normi“, a metoda primjene zakona pokušava da pruži teorijske smjernice. Međutim, ne smije se zaboraviti područje „činjeničnog rada“, područje utvrđivanja činjenica i procjene činjenica, koje je za praktičara u mnogim slučajevima mnogo važnije i dugotrajnije. Osim toga, na našim univerzitetima u velikoj mjeri i veoma upadljivo postoji nedostatak obuke (teorijske i praktične) studenata vezano za npr. utvrđivanje činjenica, prikupljanje i ocjenu dokaza, kredibilitet svjedoka, vođenje pregovora, komunikaciju između suda i učesnika itd., što nesumnjivo predstavlja važnu vještinu u obavljanju pravnih aktivnosti. Zbog pogrešnog planiranja nastave na studijima prava, poteškoća uključivanja diplomiranih pravnika (sada bachelora prava) u rješavanje konkretnih pravnih problema nakon završetka studija je evidentna, jer nisu ili

³ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010. Rn. 59., s. 33.

nisu u potpunosti pokrivena potreba za sticanje vještina u rješavanju pravnih problema. Naši studenti u pravilu, bez teorijske obuke na fakultetima, stječu ove vještine tek u procesu učenja kroz rad i/ili kroz obuku „u odnosima mentor-učenik“.⁴

3. Metode tumačenja zakona

Opća normativna pravila (ustav, zakoni, uredbe), običajno pravo i pojedinačni akti (ugovori), sadrže pravila koja čine pravni sistem. Metodologija (metoda) tumačenja prava se smatra kao doktrina o načinu primjene prava, a u sebi sadrži različite aspekte. Pod njom se u prvom redu razumijevaju pravila kojih se interpretator (tumač) mora pridržavati prilikom određivanja značenja ili sadržaja pravnih normi. Doktrina o načinu primjene prava odnosi se prije svega na suce, tužitelje, ali i na druge osobe koje primjenjuju pravo u organima uprave, zatim notare, advokate i dr. Međutim, način primjene prava leži i u osnovi dogmatskog tumačenja, odnosno u okviru mjerodavnog (važećeg) prava, što je prvenstveni zadatak pravnik koji se bave teorijom.

Moglo bi se s pravom istaći da nema veće razlike između „*metode tumačenja praktičara*“ i metode interpretacije teorijskog dogmatičara. Nikada ne može postojati jedna metoda tumačenja za doktrinu i jedan za praksu. Različiti su samo ciljevi rada, a time i zadatak. Doduše, pokušaj pravnik praktičara da pronađe pravedno i razumno rješenje za konkretnu pred njegovim očima (pred njim na stolu) životnu situaciju neminovno povlači jaču pragmatičnu i rezultatski orijentiranu argumentaciju.⁵ U mnogim slučajevima tekst norme (osim upotrebe dimenzija i vremenskih termina) je nesavršen, tj. ostavlja otvorenim „semantički opseg“, nejasan ili dvosmislen i zbog ove dvojbe, zahtijeva tumačenje. Način tumačenja je „*metod tumačenja*“ koji predstavlja redovan postupak za sticanje znanja (naučnog), kriteriji, vrsta implementacije, odnosno način da dođete do željenog cilja.

3.1. Kriteriji tumačenja zakona

Svaki zakon je potrebno tumačiti, iz razloga što se zakonodavac nužno koristi pojmovima (jezik koji se koristi u svakodnevnoj interakciji s drugim ljudima ne odgovara standardnom jeziku, ali je široko prihvaćen, uglavnom govorni nacionalni jezik) ili se mora koristiti takvim pojmovima koji imaju posebno pravno značenje, a temelje se na specifičnom usaglašenom mišljenju pravnik. Većina izraza iz svakodnevnog govora i pravna terminologija, nešto u manjoj mjeri, pokazuju određenu nepreciznost, raspon unutar kojeg značenje fluktuiraju, sa mogućim varijacijama. Ponekad određeno značenje se mijenja prema samoj konstrukciji rečenice ili ovisnosti takvog značenja prema konkretnom slučaju, pratećim okolnostima i odnosu kruga primatelja na koje se ono primjenjuje.

Primjena zakona bez tumačenja zakona nije moguća. Stoga pravnik praktičar mora poznavati kriterije klasičnog tumačenja. Primjena i odabir kriterija može dovoditi do znatnih problema. Koji je kriterij odlučujući ako, primjerice, historija (povijest) razvoja ide u jednom smjeru, a pravna načela ili svrha regulacije ide u drugom smjeru? Važeći zakonski propisi ne mogu pratiti dinamiku života i brzinu razvoja u društvu na način da

⁴ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Verlag C.H. Beck München, Mainz Wien, 6. Auflage, 2019, s. 39.

⁵ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Verlag C.H. Beck München, Mainz Wien, 6. Auflage, 2019, s. 40.

sadrže konkretan i neposredan odgovora na sva pitanja koja rješavaju sudovi u sudskoj praksi.⁶ Tokom studiranja se može čuti savjet da se u slučaju sumnje slijedi teleološko tumačenje. Samo objašnjenje ili opravdanje se često prešuti odnosno uskraćuje.⁷ Kriteriji tumačenja su:

- 1) značenje riječi (gramatičko tumačenje),
- 2) kontekst značenja norme (sistematsko tumačenje),
- 3) svrha reguliranja (teleološko tumačenje),
- 4) razumijevanje norme iz perspektive zakonodavca i osoba koje su učestvovala u stvaranju norme (historijsko tumačenje),
- 5) postojećim općim pravnim principima (načelima) regulative (norme) i principima ustavnog prava (tumačenje u skladu sa ustavom).

Pravna metodologija (kriteriji) ne daje nikakve izravne informacije o tome „o čemu se radi“, tj. o sadržaju norme, nego samo o metodi koje se treba pridržavati da bi se rasvijetlio sadržaj norme *lege artis*, kako bi se mogao prepoznati „smisao norme“. Kao što grčka riječi „metoda“ ukazuje da se radi o putu (do cilja), a ne izravno o cilju. S ove tačke gledišta, metodologija je pravna „metadisciplina“. Dok subjekti privatnog prava, krivičnog prava ili ustavnog prava na temelju znanosti, neposredno i svrhovito, proučavaju koji se sadržaj pripisuje pojedinim normama putem prakse sudskog odlučivanja i naučnog obrazovanja, pravna se metodologija bavi prethodnim pitanjima, na temelju koje to metode se sadržaj može odrediti.

3.2. Pojedinačni kriteriji (metode) za tumačenje zakonskih normi

Da bi mogao iznositi mišljenje i stavove o značaju i prioritetu pojedinačnih kriterija tumačenja, pravni praktičar mora zauzeti stav u vezi sa ciljem tumačenja: treba li tumačenje odrediti volju zakonodavca ili objektivno značenje pravne norme? Pri tome se misli na objektivni smisao i svrhu norme, a smisao i svrha se, za razliku od volje zakonodavca izražene u pravnom izvoru (historijskom materijalu, nacrtu, obrazloženju itd.), mogu mijenjati tijekom vremena. Tamo gdje postoje nedoumice, pravni praktičar mora saznati treba li i kako primijeniti standard. Nakon toga je moguće ocijeniti prednosti pojedinačnih kriterija tumačenja u odnosu na njihovu prikladnost za promicanje takvog cilja tumačenja, te na taj način uspostaviti rang kriterija.

To ujedno pokazuje da je u konačnici metoda tumačenja ta koja određuje sadržaj pravnog sistema. U ekstremnoj formulaciji može se čak tvrditi da postoji isto toliko pravnih sistema koliko i metoda tumačenja. Iz ovoga izravno proizlazi, da pitanja određivanja pravne metode (kriterija) nisu teorijska igra staklenih perli, već pravno i politički osnova za raspravu, diskusije, različite stavove ili slično.⁸

3.2.1. Gramatičko (jezičko) tumačenje

Prema vladajućem mišljenju⁹ polazište za ovaj kriteriji tumačenja je doslovno značenje riječi, stoga se jasne odredbe primjenjuju onako kako glase. Na samom početku

⁶ Teodor Antić, „Vjerodostojno tumačenje zakona“, *Zb. Prav. Fak. Sveu. Rijeka* (1991) v. 36. br. 1. str. 619 (2015).

⁷ <https://www.zjs-online.com>, Articul, Christian Walz, „Das Ziel der Auslegung und die Reinfolge der Auslegungskriterien“, *ZJS* 4/2010, s. 482.

⁸ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Verlag C.H. Beck München, Mainz Wien, 6. Auflage, 2019, s. 45.

⁹ Živomir S. Đorđević/Vladan S. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1976., s. 203.

tumačenja pokušava se poći od načina izraza zakonodavca, njegovog značenja i sadržaja neke norme iz same jezičke verzije. Npr. riječ „mora“ se smatra kao obavezujući zahtjev ili odredba, riječ „treba“ se ne smatra apsolutno obavezujućom uputom, riječ „može“ ili „smije“ se smatra kao dozvoljeno ili nije zabranjeno. Ovdje se polazi od upotrebe uobičajenog značenja riječi u pravnom govoru ili uobičajenim izrazima konkretnog zakonskog teksta, ali se također moraju uzeti u obzir i posebnosti stručnih izraza. U nekim slučajevima sam zakon definira pojam koji koristi.

Osobina jezika je promjenjivost, prilagodljivost, a često postoji i više značenja upotrijebljenog izraza u ovisnosti od situacije ili datog odnosa u kojem se izraz koristi, kao i posebnosti onog koji upotrebljava riječi ili u kojoj ulozi se pojavljuje. Sve navedeno može dovesti do toga da upotrijebljena riječ (pojam) ima različito značenje onoga tko je to izrekao u odnosu na onoga kome je to upućeno.¹⁰ Osnovni princip je da se pri tome mora voditi računa o pravilima gramatike, opće svakodnevne govorne upotrebe ili značenja, kao i posebnosti stručnog govora određenog kruga ljudi ili zanimanja (npr. pravnika). Na taj način moguće je identificirati uredničke pogreške zakonodavca. Takav je slučaj kada formulacija norme nije ona koju je zakonodavac namjeravao postići, jer su pogrešni izrazi upotrijebljeni i postali sastavni dio zakona.

Različite pravne formulacije poznavateljima pravnih instituta (pojmova) jasno daju do znanja da se misli na različite pravne posljedice. Propise je potrebno poštovati, bez obzira na to koristi li se u njima izraz „mora“ ili „treba“. Povreda „obavezujuće odredbe“ koja se mora poštovati u svim slučajevima je ništava i nevaljana, dok sama povreda puke upute „odredbe koja bi trebala biti“ nije ništava.¹¹

3.2.2. Logično ili sistematično tumačenje

Pored samog jezičkog značenja izraza, riječi mora se voditi računa, tj. uzeti u obzir, unutarnji kontekst propisa (zakona, uredbi), mjesto na kojem stoji ta riječ, kao i međusoban odnos sa ostalim odredbama. Kriteriji za logično-sistematično (logičko-sistematsko) tumačenje može dovesti do ekstenzivnog (širokog) ili restriktivnog (uskog) tumačenja, ovisno o tome je li zakon uže ili šire formuliran, kao i postoje li pravila za iznimke ili opće klauzule (standardi). Prema logično-sistematičnom kontekstu povezanost upotrijebljenih riječi se odnosi na:

- značenje pravnog izraza u dotičnom konkretnom kontekstu,
- vanjski položaj pravnog prijedloga ili pravila u zakonu,
- punina pravnih ideja skrivenih u pravnom prijedlogu u njegovom mnogostrukom odnosu prema ostalim pravilima cjelokupnog pravnog sistema.

3.2.3. Teleološko tumačenje

Teleološko tumačenje se bazira na logično-sistematičnom tumačenju. Kod ovog kriterija tumačenja radi se o tome da se preko norme slijedi zakonski smisao odredbe, *ratio legis* (pravna svrha), kao i njegova razrada. Dok se kod logično-sistematičnog tumačenja fokusiramo na zakonske odredbe, područje primjene metode teleološkog tumačenja se odvija izvan okvira zakonskih normi. Tumačenje je nužno da bi smo saznali pravo značenje i smisao opće pravne norme koju treba primijeniti na konkretan slučaj koji

¹⁰ Enes Bikić, „Tumačenje ugovora prema Zakonu o obveznim odnosima“, Pravna misao, br. 1-2 januar-februar 2003, s. 37.

¹¹ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010., Rn. 60., s. 34.

se dogodio,¹² ovisno o tome koji cilj bi mogao imati zakon u odnosu na konkretni, apstraktan i idealan cilj. Tumačenjem se utvrđuje smisao i namjera zakonodavca, odnosno ono značenje koje mu je sam autor dao. Odredbu je potrebno prije svega tumačiti prema suštini i smislu, koji se time slijedi i želi postići. Na taj način moguće je spoznati da li se treba tumačiti tekst norme kao izuzetak ili je time uspostavljen opća odredba.¹³

Volji zakonodavca dolazi se bliže ako se uzme u obzir kontekst i odnos odredbe koju treba tumačiti s drugim odredbama, te mjesto odredbe koju treba tumačiti unutar određenog dijela zakona (sistematsko tumačenje). Na takav način se može ustanoviti da je tekst odredbe preširok i pokriva činjenice, koje po volji zakonodavca ne bi trebale biti njime obuhvaćene. Npr. održavanje pravne sigurnosti, pružanje pravne zaštite, održavanje javnog poretka, socijalna ravnopravnost, zaštita povjerenja u pravni promet, zadovoljenje osjećaja pravde, provođenja pravde itd. Zakon je sredstvo za postizanje određenih društvenih ciljeva te je stoga moguće jedino ispravno tumačenje samo s obzirom na odnos prema tom cilju.¹⁴

3.2.4. *Historijsko tumačenje*

Kod ovog kriterija tumačenja uzima se u obzir stanje kakvo je bilo prije donošenja zakona, historijski razvoj i historija njegova nastanka, što je posebno vidljivo iz izvora zakonske građe. Historija donošenja zakona za određivanje značenja može pružiti važne informacije (historijsko tumačenje). Historijska građa nacrti, motivi i protokoli¹⁵, kao i raniji ili zakoni koji se mijenjaju, mogu se smatrati materijalima za tumačenje zakona. U slučaju naknadno uvedenih, umetnutih ili izmijenjenih odredbi, tiskani materijal za parlament i za pripreme sjednica parlamenta, obrazloženja za donošenje zakona itd.¹⁶ Npr. prilikom tumačenja odredbi Njemačkog Građanskog zakonika¹⁷ oslanja se na motive objavljene za prvi nacrt i zapisnik objavljen za drugi nacrt, u kojem su skupljeni pregovori dvaju povjerenstava za izradu Građanskog zakonika. Oni daju najvažniji izvor za historijski kriterij tumačenja. Međutim, sam razvoj koji je zakonska odredba poprimila protekom vremena (npr. zbog promjena u zakonu) ponekad je važna činjenica za tumačenje.

Postavlja se praktični problem u vezi s ovim kriterijem tumačenja kako utvrditi volju zakonodavca. Pravni izvori (materijali, dokumenti) zapravo bi trebali pružiti informacije o tome. Ovdje su, međutim, često samo izolirane izjave zastupnika ili obrazloženja prijedloga zakona koje je napisalo nadležno ministarstvo. Međutim, njihova stajališta mogu odstupati od stajališta parlamentarne većine koja odlučuje i stoga se ne smiju jednostavno poistovjetiti s voljom zakonodavca. Cilj tumačenja je, dakle, volja zakonodavca, ako su se stvarne okolnosti bitno promijenile od donošenja zakona, cilj tumačenja je ažurirana volja historijskog zakonodavca. Ako su se pravne okolnosti promijenile, volja današnjeg zakonodavca cilj je tumačenja.

¹² Živomir S. Đorđević/Vladan S. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1976, s. 201.

¹³ Enes Bikić, „Tumačenje ugovora prema Zakonu o obveznim odnosima“, *Pravna misao*, br. 1-2 januar-februar 2003, s. 38.

¹⁴ Teodor Antić, „Vjerodostojno tumačenje zakona“, *Zb. Prav. Fak. Sveu. Rijeka* (1991) v. 36. br. 1. str. 620 (2015).

¹⁵ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010, Rn. 21., s. 15-16.

¹⁶ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010, Rn. 62., s. 35.

¹⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896.* (RGB1. S. 195; BGBl III 400-2).

3.2.5. Ustavno tumačenje

U literaturi se ustavno tumačenje također smatra dijelom logičko-sistematskog tumačenja. Zbog sve veće važnosti, a pogotovo u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, ovdje se posebno obrađuje. Prema tome, svaka mogućnost tumačenja zasniva se na temeljnoj koncepciji osnovnih ljudskih prava i ustavu, teoriji temeljnih prava, koja utječe na pravno tumačenje. Teorija osnovnih ljudskih prava znači stavljanje temeljnih prava u sveobuhvatni kontekst sa specifičnom koncepcijom države, počevši od te osnovne tačke kako bi se razjasnio opći karakter, normativno usmjerenje i opseg temeljnih prava. Na ovom mjestu možemo istaći da su u uporednom pravu razvijene sljedeće teorije temeljnih prava:

- liberalna (ustavna) teorija temeljnih prava,
- demokratska teorija temeljnih prava,
- teorija vrijednosti temeljnih prava,
- teorija socijalne države o temeljnim pravima.

U postupku tumačenja se ne smijemo zadovoljiti samo tekstom odredbe koju treba tumačiti. To je samo jedan od kriterija tumačenja. Ovako shvaćanje je potkrijepljeno zakonskim tekstom, koji određuje da se prilikom tumačenjem spornih odredbi ugovora ne treba držati doslovnog značenja upotrijebljenih izraza, nego treba istražiti zajedničku namjeru ugovornih strana i odredbe tako razumjeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenih ovim zakonom.¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima predviđa da se stvarna izjava volje treba istražiti, a ne pridržavati se doslovnog smisla izraza.¹⁹ Isto vrijedi i za tumačenje zakonske odredbe.

Ustav kao osnovni i temeljni zakon sadrži opća pravna načela u odjeljku o temeljnim pravima (također sadržana i na drugim mjestima, posebno sudskoj praksi), koja obavezuju primjenjivače prava. Ova opća pravna načela bi se trebala izravno primjenjivati prilikom sudskog odlučivanja. Redovni zakoni koji stoje na načelu ustavnosti ništavi su ako se ne mogu tumačiti u skladu s ustavom i osnovnim ljudskim pravima. Ako je moguće tumačenje u skladu s ustavom, ono ima prednost pred bilo kojim drugim tumačenjem.

Kod ovog kriterija tumačenja temeljenom na načelu vladavine prava moguće je u odgovarajućem postupku da je određeno tumačenje zakona ispravno ili neispravno.²⁰ Konačno, hijerarhija standarda dovodi do općih pravila o prednosti pojedinačnih kriterija tumačenja. Obavezujuće ponašanje i priroda sudova zahtijeva poštovanje i primjenu ustava, tako da od nekoliko mogućih tumačenja, ono koje je u skladu s vrijednostima ustava ima prednost pred bilo kojim drugim koje nije u skladu s ustavom.

4. Dopunsko tumačenje

Dopuna zakona od strane sudova značajna je i izvan slučaja o kojem treba konkretno odlučiti, jer se ona odnosi na slične buduće slučajeve. Niži sudovi slijede pravila

¹⁸ Enes Bikić, „Tumačenje ugovora prema Zakonu o obveznim odnosima“, Pravna misao, br. 1-2 januar-februar 2003., 38.

¹⁹ Član 99. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) („Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89), koji je preuzet u domaće zakonodavstvo Zakonom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list R BiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94 i „Sl. novine FBiH”, broj: 29/03) i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, objavljenom u („Sl. glasniku RS”, br. 17/93 i 3/96).

²⁰ Teodor Antić, „Vjerodostojno tumačenje zakona“, Zb. Prav. Fak. Sveu. Rijeka (1991) v. 36. br. 1. str. 621 (2015).

odluka najviših sudova, koja su često sadržana u vodećim načelima i formulirana kao pravni prijedlozi (standardi), jer su uvjereni u ispravnost ili žele služiti pravnoj sigurnosti. Suci nisu vezani takvim prijedlozima kao što su vezani npr. zakonom ili običajnim pravom. Umjesto toga, oni su sasvim legalno u mogućnosti odstupiti od pravnog stajališta vrhovnog suda. Međutim, redovito se izlažu opasnosti da će vrhovni sud promijeniti njihovu odluku nakon podnesene žalbe, te riješiti pravno pitanje na osnovu svog prije zauzetog stava o tome. Stoga će niži sudovi odstupiti od sudske prakse vrhovnog suda samo ako postoje razumna ubjeđenja da će vrhovni sud odustati od svog ranijeg mišljenja. Iz toga slijedi da je sudačko pravo „činjenično“, ali ne i „pravno“ obavezujuće za sudove i one koji podliježu primjeni zakona. Sudsko pravo stoga nije istovjetno zakonskom pravu.²¹

U dopunskom tumačenju zakona sudac mora prvo utvrditi postoji li pravna praznina u zakonu, uz pomoć već opisanih kriterija tumačenja. To je slučaj ako zakonodavac pri donošenju zakona nije u potpunosti ili nije ispravno uključio određenu okolnost u svom procesu donošenja odluka (primarna praznina). Međutim, ne mora nužno postojati pravna praznina kada se zakon donosi, takve okolnosti možda nastanu u kasnijem vremenskom period kada se zakon počne primjenjivati (sekundarna praznina).

Sudac ne smije popuniti pravnu prazninu svojom vlastitom procjenom, jer bi se time stavio na mjesto i preuzeo ulogu zakonodavca. Umjesto toga, on mora ispuniti pravnu prazninu koju omogućava duh zakona. Sudac se mora zapitati kako bi zakonodavac uredio postojeći pravni problem. Stoga sudac prilikom tumačenja zakona ne smije stati na ponuđenim idejama zakonodavca. Umjesto toga, sudac mora istražiti zakonodavčevo balansiranje interesa i motiva na kojima se temelje ponuđena zakonodavna rješenja. Postupajući na taj način sudac može saznati kako bi zakonodavac riješio pravno pitanje na koje nije odgovorio.²²

4.1. Analogija

Tumačenjem se ne stvaraju pravne norme, nego se tumačenjem u sudskim postupcima omogućava razvoj prava. Ako se u sudskom postupku ustanovi da u zakonu postoje pravne praznine, tu prazninu sudovi mogu popuniti dopunskim tumačenjem zakona u obrazloženoj sudskoj presudi. Autoritet vrhovnih sudova za takvo „kreativno pronalaženje pravde“ danas je neosporan, a vrhovni sudovi se zalažu za takav odnos od samog početka.²³

Tumačenje nije samo određivanje značenja teksta norme. Također, tumačenjem se može dovesti do izmjene zakona ako je zakon nedorečen, odnosno sadrži prazninu. Takva praznina može biti posljedica činjenice da zakonodavac namjerno nije zakonom uredio određeno pravno pitanje, ili je nesvjesno propustio uvažiti neku okolnost prili-

²¹ Nikola Gavela (redaktor), Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipiković, „Stvarno pravo“, Svezak 1., Narodne novine, Zagreb lipanj 207. godine, str. 47. Rn. 85.

²² (KS u Sarajevu – Bilten sp KsS 1/2002, str. 24) Kada tuženi u toku parnice ispuni zahtjev koji je bio dospio u vrijeme podnošenja tužbe, može se smatrati da je izgubio parnicu u cjelini pa tužilac ima pravo na naknadu potrebnih parničinih troškova nastalih do momenta ispunjenja obaveze tuženog analogno odredbi člana 144. stav 1. ZPP. Ovo pravo tužiocu pripada i kada nije povukao tužbu odmah po ispunjenju obaveze od strane tuženog. Shodno članu 132. stav 5. ZOO kada je ugovor raskinut zbog neispunjenja, strana koja vraća novac dužna je platiti zatezu kamatu od dana kada je isplatu primila bez obzira iz kojih razloga nije ispunjena obaveza iz ugovora.

²³ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010. Rn. 64., s. 36.

kom izrade zakona. Ako se u sudskom postupku popuni postojeća praznina u zakonu, to se naziva dopunskim tumačenjem.

Dopunsko tumačenje može dovesti do proširene primjene zakonske odredbe na slučaj koji nije uređen zakonom (zakonska analogija). Ako se u postupku tumačenja otkrije pravna praznina u zakonu, to se eventualno može popuniti regulatornim načelom koje je u osnovi nekoliko odredbi zakona. Stoga se nekoliko zakonskih odredbi primjenjuje na odgovarajući način kako bi se popunila pravna praznina (pravna analogija). Pravna praznina u zakonu može biti to što određeni problemi nisu regulirani iako bi se očekivalo reguliranje (otvorena pravna praznina). Ovakva pravna praznina često se popunjava analognom primjenom drugih propisa.²⁴

4.1.1. Područje primjene analogije

Ponekad zakoni sadrže nedostatke koji su nastali svjesno ili nesvjesno, ili su rezultat samo promjene životnih okolnosti. Ako je u tim slučajevima pravniku zabranjeno da navedenim metodama tumačenja dođe do situacije za primjenu određene norme, onda analogija, koja je u svim pravnim područjima iznimno važna, ostaje izlaz. Analogija stoga počinje izvan opsežnog tumačenja. Pravna posljedica se primjenjuje s činjenice regulirane zakonom na činjenicu koja nije obuhvaćena tekstom norme i tumačenjem zakona (zakonska analogija), ili se iz nekoliko pravnih načela izvodi zajedničko sveobuhvatno načelo, koje je zatim izravno primjenjivo na konkretan slučaj (pravna analogija).²⁵

Postoje i slučajevi u kojima zakon sadrži norme koje se ne odnose na sve probleme koji su njime obuhvaćeni, jer zakonodavac nije uvažio njihove specifičnosti, odnosno propis koji je donesen ide predaleko u svom rješenju. Zakonodavac bi to vjerovatno ograničio da je uzeo u obzir specifičnosti takvog problema. U tom pogledu postoji pravna praznina koja je prikrivena postojanjem preširoko postavljenog pravila ili regulative (skrivena praznina). I u tom slučaju sudac je ovlašten i dužan popuniti postojeću pravnu prazninu. Pritom može odstupiti od nedvosmislenog teksta zakona i predloženo rješenje zakonodavca ograničavajući pravno uređenje u duhu zakona (restriktivno tumačenje, teleološka redukcija).

Drugi analogiju vide samo kao pokušaj primjene tumačenja, tzv. dopunsko tumačenje. Pretpostavke za analogiju su ispunjene ako, s jedne strane, postoji praznina u pravnom sistemu, a s druge strane, svrha postojeće norme (*ratio legis*) također se odnosi na neregulirani slučaj i uključeni interes, dok se same činjenice obuhvaćene normom podudaraju s onima iz spornog slučaja. *Analogija je moguća samo ako postoji praznina u propisima i ako su svrha norme i uključeni interesi usporedivi.* Npr. pravilo iz člana 186. ZOO po kome obaveza naknade štete dopijeva momentom njenog prouzrokovanja analogno se primjenjuje i na nematerijalnu štetu.²⁶

4.1.2. Zabrana analogije

U slučaju pravnih prijedloga (normi) koji se namjeravaju prepoznati kao izuzeci, analogija je zabranjena u mjeri u kojoj bi to ugrozilo postizanje namjeravane iznimke.

²⁴ Nikola Gavela (redaktor), Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipiković, „Stvarno pravo“, Svezak 1., Narodne novine, Zagreb lipanj 207. godine, str. 47. Rn. 86.

²⁵ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010. Rn. 66; 67., s. 37.

²⁶ (Vs BiH, Rev. 124/84, od 26. 4. 1984. - Bilten Vs BiH 2/84 - 48).

Posebno nema mjesta analogiji ako je zakonodavac namjerno odabrao usku verziju reguliranja slučaja kojom se prava priznaju jasno određenoj skupini osoba.²⁷

Još jedna metodološka odredba osnovnih načela u Građanskim zakonicima²⁸ uporednog prava jeste uputa sucima na „pravo i pravičnost“ kada donose diskrecijske odluke.²⁹ Prijelomna odredba za krivično pravo je pravilo prema kojem se „kazna ... može izreći samo za djelo koje je zakonom izričito kažnjivo“. Iz toga proizlazi zabrana analogije u krivičnom pravu, prema kojoj sudac ne smije stvoriti novo krivično djelo na štetu optuženog (*in malam partem*) ili ne može proširiti postojeće na takav način da „tumačenje više nije obuhvaćeno značenjem zakona“.

4.1.3. Teleološka redukcija

Kao što je prethodno objašnjeno, praznina u zakonu postoji prije svega kada određeni problemi nisu izričito regulirani (otvorene praznine). U takvim slučajevima zakonska praznina se popunjava analognom primjenom drugih propisa.³⁰ No, postoje i zakoni u kojima se za pojedina problematična pravna područja regulacijom ide predaleko. U tom pogledu postoji praznina koja se popunjava postojanjem preširoke regulative (skrivena praznina).

Radi popunjavanja praznina može se odstupiti od jednoznačnog teksta zakona ograničavanjem zakonske regulative u duhu zakona (teleološka redukcija ili restriktivno tumačenje). U nekom konkretnom slučaju moguće je da dođe do odstupanja od striktno gramatičke i logičke interpretacije odnosno od značenja koji pojedini izrazi imaju u svakodnevnom životu.³¹ Sudovi djeluju kreativno i u slučajevima kad odlučuje o pitanju za koje doduše postoje zakonska norma, ali je za njezinu primjenu potrebna neka nadopuna smisla ili značenja norme.³²

4.2. Dodatna pravila dopunskog tumačenja

4.2.1. *Argumentum a contrario* (obrnuti zaključak ili suprotan zaključak)

Suprotnost analogiji je *argumentum a contrario* ili obrnuti zaključak. Za njega nereguliranost zakona ne treba shvatiti kao pravnu prazninu u zakonu, već kao negativan odgovor samog zakonodavca. Kada se pravilo *argumentum a contrario* primijeni, razlika

²⁷ „... Upravo zbog raznorodnosti “saopštenja” i klauzule o ugovornoj kazni nije moguća ni analogna primjena pravila o formi te klauzule. Pretpostavka za analogiju, uostalom, je da postoji pravna praznina. Ovdje, međutim, ne postoji pravna praznina. Zakonodavac koji je unutar istog instituta “vezao” formu ugovorne kazne za formu ugovora zbog njene akcesornosti (član 272. stav 2. ZOO), nije to učinio u slijedećem članu (273. stav 5.) - u pogledu “saopštenja”. (Stav XL zajednička sednica bivših vrhovnih sudova, Ohrid 23. i 24. 5. 1989. – Bilten Vs BiH 3/89 – 122)

²⁸ Francuska, Art. 4 Code Civil.

²⁹ Abedin Bikić/Enes Bikić, „Obligaciono pravo - Posebni dio“, (drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje) Univerzitet u Sarajevu, 2011. godine, str. 186. i 187.

³⁰ Abedin Bikić/Enes Bikić, „Obligaciono pravo - Posebni dio“, (drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje) Univerzitet u Sarajevu, 2011. godine, str. 187. Fn. 308: „Ako stranke ne mogu da odluče ni po običajima ni po pravičnosti kolika bi ta visina mogla biti, odlučuje sud po slobodnoj ocjeni analognom primjenom odredaba Zakona o parničnom postupku“.

³¹ Teodor Antić, „Vjerodostojno tumačenje zakona“, Zb. Prav. Fak. Sveu. Rijeka (1991) v. 36. br. 1. str. 620 (2015).

³² Nikola Gavela (redaktor), Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipiković, „Stvarno pravo“, Svezak 1., Narodne novine, Zagreb lipanj 207. godine, str. 47. Rn. 86.

u preduvjetima dovodi do razlike u pravnim pitanjima odnosno pravnim posljedicama. Npr. „budući da se pravna posljedica B odnosi na činjenice slučaja A, suprotno pravno pravilo (propis B) mora se primijeniti na slučajevi koji leže izvan činjenica slučaja A“.

Argumentum a contrario, kao i drugi argumenti, ne mora nužno popuniti pravnu prazninu, tako da bi se općenito moglo reći da *argumentum a contrario* odgovara restriktivnom, a analogija ekstenzivnom tumačenju. Primjerice, a) *ako se zakonskim pravilima dopušta zastupanje osobama s ograničenom poslovnom sposobnošću, to također znači da osoba koja je poslovno nesposobna ne može biti zastupnik*,³³ b) *ako zastupnik jasno ne izjavi vanjskom svijetu da namjerava djelovati u ime treće strane, on se općenito smatra ugovornim partnerom*.³⁴ *Ne može tvrditi da je zapravo (subjektivno) htio sklopiti ugovor za treću osobu.*

Iz toga Savezni sud Njemačke izvodi obrnuti zaključak da ako zastupnik jasno želi sklopiti ugovor za sebe na temelju vanjskih okolnosti, tada je i ta unutarnja volja irelevantna. Preuzimajući njegovu ovlast zastupanja, tada se s trećom stranom sklapa ugovor u skladu s vanjskim činjenicama, tj. sa samim sobom.³⁵

4.2.2. *Argumentum a maiore ad minus*

Zaključak od većeg prema manjem prema pravilu *argumentum a maiore ad minus* od opširnijeg propisa do onoga koji je u njemu uključen, ali nije na izričit način (izrijekom) spomenut, može se onda primijeniti ako se može reći: „Ako je tako... onda još više...“. Primjerice, *ako u načelu ograničeno poslovno sposobna osoba ne može djelovati bez svog zakonskog zastupnika, onda tek nikako ne može djelovati poslovno nesposobna osoba.*

4.2.3. *Argumentum a minore ad maius*

Ako je manje dalekosežan slučaj uređen (reguliran) i ovaj se standard (norma) primjenjuje na važniji slučaj (na teži slučaj), tada se govori o *argumentum a minore ad maius*, pravilo zaključivanja od manjeg prema većem. Primjerice, *ako već morate odgovarati za nemar, onda još više za namjeru*.³⁶

5. Primjena zakona od strane suca

Opća zabrana analogije u krivičnom pravu ne treba se poštovati u drugim područjima prava, kao što je npr. privatno pravo, što jasno pokazuje da se metoda primjene prava temelji na pravnoj stvari koju treba tumačiti i njezinim posebnim svrhama, te stoga mogu biti pravilne ovisno o pravnoj stvari različite metode tumačenja. Član 1. Švicarskog Građanskog zakonika³⁷ odnosi se samo na tumačenje i popunjavanje praznina u privatnom pravu, ali se kao osnovni metodološki standard švicarskog prava često koristi i u drugim pravnim područjima.

³³ 165 BGB. Vidjeti više: Enes Bikić, „Zastupanje u domaćem pravu i Principima europskog ugovornog prava“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, 2008., Rn. 150 i 154, s. 81-83.

³⁴ Enes Bikić, „Zastupanje u domaćem pravu i Principima europskog ugovornog prava“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, 2008., Rn. 130 i 131, s. 75.

³⁵ § 164. II BGB; BGH stavovi 36., 33.

³⁶ *Argumentum a maiore ad minus* i *argumentum a minore ad maius* za postojeći propis uvijek mora biti manje (minus) ili više (plus), a ne nešto drugo (aliud).

³⁷ Švicarski Građanski zakonik (ZGB), 2021, A. Primjena zakona, član 1. stav 1. *Zakon se primjenjuje na sva pravna pitanja za koja sadrži odredbe u tekstu ili tumačenju.*

Sudac prvo ispituje mogu li se činjenice koje je iznio tužitelj podvesti pod zakonsku odredbu iz koje proizlazi pravna posljedica koju tužitelj želi. Tek kada sudac dođe do zaključka da argumenti (činjenice) tužitelja opravdavaju njegov zahtjev, ispituje jesu li argumenti tuženog pravno relevantni u odnosu na željeni doseg postavljenog pravnog zahtjeva. Shodno tome, za ishod sudskog spora nije bitno je li tuženi namjerno ili samo iz nepažnje razbio prozor tužitelja. Stoga je pravno irelevantna tvrdnja tuženog da je u najboljem slučaju nepažnjom oštetio prozor tužitelja. Za ishod pravnog spora pravno su mjerodavne (samo) sporne činjenice je li tuženi razbio tužiteljev prozor.

Sudac mora izvesti dokaze o činjenicama u sporu između stranaka koje su pravno relevantne. Je li činjenica pravno relevantna proizlazi iz subsumpcije činjenica koje su stranke predstavile shodno zakonu. Stoga je netačno ako se u literaturi povremeno zauzme mišljenje da je (prvenstveno) zadaća suca utvrditi životne okolnosti onako kako su se one zapravo desile. Bilo bi pogrešno kad bi sudac također proširio izvođenje dokaza na pitanje je li tuženi razbio prozor tužitelja namjerno ili samo iz nepažnje, jer je subsumpcija pokazala, da je tuženi odgovoran za štetu ne samo u slučaju namjere, nego i u slučaju (obične) nepažnje prema pravilima o naknadi štete.

Činjenice mogu biti predmet izvođenja dokaza samo u mjeri u kojoj su sporne među strankama u postupku. Činjenica koju je jedna stranka iznijela, a druga nije osporila, ima se smatrati prizatom prema pravilima procesnog prava. Sudac takvu činjenicu mora prihvatiti kao neospornu i ne smije donositi nikakve druge odluke, čak i ako sumnja u ispravnost te činjenice ili je čak uvjeren da je neosporena činjenica netačna. U nekim je slučajevima pitanje tereta dokazivanja izričito regulirano zakonom. U suprotnom, svaka stranka snosi teret dokazivanja da su ispunjeni zahtjevi norme koja joj odgovara.³⁸

Ako nakon provedenih dokaza nije jasno je li tačan navod tužitelja da je tuženi razbio prozor ili navod tuženog da nije razbio, tužba je neosnovana. Budući da tužitelj mora dokazati zahtjeve na kojim temelji svoje pravo, npr. da je tuženi povrijedio tužiteljevo vlasništvo. Ako ne uspije, odredba na kojoj se temelji pravo a koja je povoljna za njega ne može se primijeniti, tako da se njegova tužba mora negativnu ocijeniti.³⁹

6. Obaveza suca da primjenjuje zakon

Upotrijebljeni izraz „subsumiranje“ (subsumpcija) označava podređivanje konkretne životne situacije (slučaja) apstraktnom pravnom uređenju radi pravne ocjene. „Pravna pitanja ne postavljaju tekstovi normi, već životne okolnosti, tj. životni slučajevi“. Ono što je odlučujuće je zakon shvaćen i preciziran u smislu činjenica. U „aplikativnoj“ strukturi (vezanoj za razumno rješavanje predmeta) pravnog tumačenja leži njegova najvažnija karakteristika, njegova „uzorna važnost“ u okviru humanističkih nauka u cjelini. Kod tehnike ili teorije subsumpcije se u stvarnosti ne radi o „podređivanju“, nego o „ovisnosti“ pojmova svakodnevnog jezika dogmatski određenim pojmovima pravnog jezika.⁴⁰

Gdje su ta pravila pravne metodologije tako dobro normativno regulirana (usidrena)? Jesu li to postulati koje su teoretičari postavili bez ikakve zakonske osnove ili se

³⁸ Enes Bikić (redaktor)/Meliha Powlakić/Sefedin Suljević/Marinko Plavšić, „Notarsko pravo“, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). TDP Sarajevo, 2013. godine, str. 105

³⁹ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, „Allgemeiner Teil des BGB“, Verlag Franz Vahlen München 2010. Rn. 55-58., s. 32. i 33.

⁴⁰ Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Verlag C.H. Beck München, Mainz Wien, 6. Auflage, 2019, s. 41.

moгу izvesti iz onoga što je uobičajeno u praksi? Ovo je gledište samo djelomično tačno, teorija i praksa te tradicije i paradigme koje ih karakteriziraju, koje često vode natrag do rimskog prava i antičke retorike, a u biti su barem djelomično izraz općeg hermeneutičkog materijalnog prava, uvijek su imale i još uvijek imaju veliku ulogu u pravnoj metodologiji. Ipak, postoje zakonske naznake za normativno ispravan način primjene prava kao i pravne referentne tačke za normativno ispravnu metodu primjene prava. Na ovaj način se barem donekle uspostavljaju normativna pravila za „pravo na metodu“. Iz središnjeg pravila Švicarskog Građanskog zakonika proizlazi da sam tekst zakona nije nužno mjerodavan⁴¹, nadalje isti član uređuje pitanje kad postoje pravne praznine u zakonu i kako ih treba popuniti⁴².

Nikako potpun, popis metodoloških specifikacija švicarskog prava pokazuje da je pravna metodologija barem djelomično oblikovana odgovarajućim nacionalnim pravnim sistemom. Očito je da se u angloameričkom pravnom sistemu, s njegovim prvenstvom sudskog prava i načelom obavezujućih presedana („stare decisis“, odlučenog), od samog početka moraju pretpostaviti bitno drugačije metodološke premise nego u pravnim sistemima kontinentalne Europe (*civil law*) koje karakterizira načelo kodifikacije, pri čemu su neki od njih razvili i svoje specifične stilove tumačenja.⁴³

Već navedena (vidi 4.1.2. *Zabrana analogije*) metodološka odredba uvodnog člana u Švicarskom Građanskom zakoniku je član 4., koji upućuje suca na „pravo i pravičnost“⁴⁴ kada donosi diskrecijske odluke. Tako „kada zakon nalaže sudu da koristi svoje diskrecijsko pravo ili razmatranje okolnosti, ili dobar razlog, svoju će odluku donijeti u skladu s pravdom i pravednošću“⁴⁵. Osnovno pravilo za krivično pravo je član 3. stav 2. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine⁴⁶ prema kojem „nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna“. Posljedica ove odredbe je zabrana analogije u krivičnom pravu, prema kojoj bez zakonske norme sudac ne smije stvoriti novo krivično djelo na štetu optuženog.

6.1. Rad na tekstu pravne norme i činjeničnim okolnostima

Sudac je vezan zakonom i pravdom.⁴⁷ Dakle, on ne smije odlučivati o pravnom sporu prema svom nahođenju, prema osjećaju ili čak proizvoljnosti. Ako sudac smatra da je neka zakonska odredba sasvim nepravedna, može poduzeti inicijative za izmjenu takve odredbe, slobodno se može obratiti parlamentarnim zastupnicima, sudjelovati u

⁴¹ Švicarski Građanski zakonik (ZGB), 2021, A. Primjena zakona, Član 1. stav 1. *Zakon se primjenjuje na sva pravna pitanja za koja sadrži odredbe u tekstu ili tumačenju.*

⁴² ZGB Član 1. stav 2.: *Ako se u zakonu ne može naći nikakva odredba, sud će odlučiti prema običajnom pravu, a ako ga nema, prema pravilu koje bi on kao zakonodavac uspostavio. 3. Slijedi dokazanu doktrinu i tradiciju.*

⁴³ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Verlag C.H. Beck München, Mainz Wien, 6. Auflage, 2019, S.50.

⁴⁴ Abedin Bikić/Enes Bikić, „Obligaciono pravo - Posebni dio“, (drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje) Univerzitet u Sarajevu, 2011. godine, str. 187.

⁴⁵ Švicarski Građanski zakonik (ZGB), član 4.

⁴⁶ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Integralni tekst, (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 3/2003, 32/2003 - ispravka 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/21 od 27.7.2021. – (Odluka Visokog predstavnika za BiH).

⁴⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland §§ 97 I, 20 III GG. *Umjesto toga, mora ishoditi odluku Saveznog ustavnog suda o tome krši li zakon Temeljni zakon (čl. 100 GG; §§ 80 i dalje BVerfGG).*

stručnoj diskusiji te aktivno doprinositi da se zakon promijeni. U slučaju kada sudac ne osjeća da se primjena određenog zakona može uskladiti s njegovom savješću ili stavom, on je ipak vezan tim zakonom. Čak i ako sudac utvrdi da je zakon neustavan, ne može ga jednostavno zanemariti u odluci.

Ako Ustavni sud proglasi odredbu/propis neustavnim i ništavim, takva odredba ili propis se ne smije primjenjivati. S druge strane, kada je norma kompatibilna s „*Temeljnim zakonom*“ prema odluci Ustavnog suda, sudac je mora primijeniti na slučaj o kojem treba odlučiti čak i ako je on sam i dalje smatra neustavnom. Na osnovu toga može se zaključiti „da je sudac podređen samo zakonu, njegova neovisnost bi trebala biti zajamčena Ustavom⁴⁸ i detaljno osigurana i razrađena u Zakonu o sucima.⁴⁹ Takvom regulativom se postiže da sudac je faktički neovisan, podložan je samo zakonu i nije vezan uputama svojih nadređenih u hijerarhiji ili organa vlasti (ministra). *Na primjer, predsjednik višeg suda ne smije predložiti ili čak narediti sucu da sasluša određenog svjedoka u pravnom sporu ili da odbaci tužbu. S druge strane, državni tužitelj (odvjetnik), kao službena osoba koja je vezana uputama, dužan je, primjerice, imenovati svjedoka ili zatražiti oslobađanje optuženog u krivičnom postupku po nalogu nadređenog.*

Kako bi se osigurala stvarna neovisnost, sudac bi trebao biti i osobno neovisan. Stoga je doživotno imenovan sudac u osnovi nesmjennjiv i nezamjenjiv. Čak i doživotno privremeno upućivanje suca (radi zamjene bolesnog kolege) u drugi sud ili čak napredovanje na višu sudačku dužnost može se dogoditi samo uz saglasnost suca.⁵⁰

6.2. Obaveza donošenja odluke

Naravno, gornji tekst ne navodi sva pitanja koja bi se mogla postaviti u vezi sa nesavršenošću standardnog teksta propisa, čak ni sva osnovna. Mogli bi se zapitati, na primjer, ne može li se pravni praktičar (sudac) jednostavno suzdržati od donošenja odluke ako ne može protumačiti dvosmislenost norme (tzv. ne-liguet situacija/ ne jasno/ bez dokaza). Ali ova mogućnost ne postoji. Pravni praktičar, za razliku od teoretičara je pod „prinudom da donosi odluke“. Uskraćivanje odluke bilo bi uskraćivanje pravde. U Građanskom zakoniku Francuske⁵¹, kao i u mnogim drugim zakonima uporednog prava, izričito je navedeno: „*Sudac koji odbije suditi, pod izlikom šutnje, nejasnoće ili nedostatnosti zakona, može biti gonjen kao kriv za uskraćivanje pravde.*“

Druga opcija bi bila da se sud, kada se sumnja u duh mjerodavnog zakona, uputi zakonodavnom tijelu ili pravnoj komisiji da im se pruži prilika za „autentično tumačenje“. Ovaj režim se zapravo primjenjivao u pruskoj i francuskoj pravnoj historiji. U Europskoj uniji, problemi tumačenja nacionalnih sudova u vezi sa odredbama europskog prava podnose se Sudu Europske unije u „prethodnom postupku“.⁵² Taj se postupak smatra korisnim kada se u predmetu pred nacionalnim sudom pojavi novo pitanje tumačenja u općem interesu ujednačene primjene prava EU ili kada se čini da postojeća sudska praksa ne daje potrebne smjernice za rješavanje nove pravne situacije. Važno je napomenuti da se zahtjev za prethodnu odluku mora odnositi na tumačenje ili valjanost

⁴⁸ Kao što je to regulirano u § 97 GG.

⁴⁹ Npr. §§ 25. ff., Deutsches Richtergesetz; In der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I S. 713); zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.06.2021 (BGBl. I S. 2154) m.W.v. 01.08.2021, 01.01.2022 bzw. 01.01.2023.

⁵⁰ § 97 II GG

⁵¹ Francuska, Art. 4 Code Civil.

⁵² Član 267. Ugovora o funkcioniranju Europske Unije (UFEU).

prava EU. Ne smije se odnositi na tumačenje pravila nacionalnog prava ili na činjenice iznesena u okviru glavnog postupka.⁵³

Ovaj postupka najbolji je odraz neposredne suradnje sudova država članica sa Sudom Europske unije, jer između ovih pravosudnih instanci ne postoji odnos hijerarhije, već isključivo suradnje i komunikacije. Nacionalni sudovi su ti koji primjenjuju norme europskog prava i tako štite subjektivna prava koja iz njih izvire, čime se stvara složen odnos između normi europskog i nacionalnog prava koje važe istovremeno i na istom teritoriju.⁵⁴ Pri tome dužni su se pridržavati načela obaveze tumačenja nacionalnog prava u skladu sa pravom EU.⁵⁵ Ovdje se zapravo radi se o autonomnoj europskoj interpretaciji za koju su zaduženi nacionalni sudovi uz suradnju i dijalog sa Sudom EU što se ostvaruje kroz postupka prethodnog odlučivanja. Tumačenje harmoniziranog prava u svjetlu prava EU još uvijek je veliki izazov za sudove država članica. Ovo pogotovo za sudove država kao što je Bosna i Hercegovina, koja tek treba ispuniti sve uvjete za punopravno članstvo u EU, iz razloga što se sudovi pri rješavanju domaćeg spora susreću i sa nedovoljno određenim i autonomnim pojmovima prava EU⁵⁶ i onda pribjegavaju primjeni postojećih pravila nacionalnog prava što rezultira povredom načela usklađenog tumačenja.

Ustavne i u konačnici ustavno-teorijske odrednice su od odlučujuće važnosti za pravnu metodologiju, tj. za odabir kriterija tumačenja. Prije svega, načelo jednakih prava iz člana 8. stav 1. Ustava Švicarske i zaštita od proizvoljnosti zajamčena članom 9. Ustava Švicarske.⁵⁷ Nužnost zaključka analogije u konačnici treba opravdati iz pozitivnog zahtjeva jednakog tretmana da se isto tretira na isti način, obrnuti zaključak iz negativne suprotne strane zahtjeva pravne jednakosti da se nejednaki tretiraju na jednak način. Član 29. stav 1. Ustava Švicarske, precizirajući načelo jednakosti u članu 8. Ustava Švicarske, izričito jamči pravo svake osobe na „jednako postupanje“ u postupcima pred sudovima i upravnim tijelima. Ustavno načelo da je sudac vezan zakonom gotovo je konstitutivno za metodologiju tumačenja, načelo koje je pak nadahnuto načelom diobe vlasti.

Načelo jednakosti određuje da je svako ljudsko biće jednako zaštićeno u svom nepovredivom dostojanstvu te ga stoga treba jednako tretirati. Cilj zahtjeva je jednako postupanje svih osoba od strane državnih tijela u okviru zakonodavstva i u primjeni zakona od strane upravnih tijela i sudova.⁵⁸ Prema praksi Saveznog vrhovnog suda Švi-

⁵³ Član 267. UFEU. Član 19. Ugovora o Europskoj uniji (UEU).

⁵⁴ Vidi Siniša Rodin, „Odgovornost nacionalnih sudova za primjenu prava EU“, u: Čapeta, T., Goldenr Lang, I., *et al.*, Prethodni postupak u pravu EU, Narodne novine, Zagreb, 2011., s. 2.; Dinka Šago, „Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom - problemi i moguća rješenja“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, vol. 36. br. 1, 2015., s. 281.

⁵⁵ Vidi o tome Tamara Čapeta, „Interpretativni učinak europskog prava u članstvu i prije članstva u EU“, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 56 (5) 2006, s. 1446. *et seq.*

⁵⁶ O poteškoćama vezano za harmonizaciju i tumačenja prava EU u oblasti zaštite potrošača vidi opširnije Anita Petrović, Enes Bikić, Pravo zaštite potrošača: Obaveza informiranja i pravo na odustanak, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2018.

⁵⁷ Član 29. Opća procesna jamstva, 1. „Svatko ima pravo na jednako i pravično postupanje u sudskom i upravnom postupku te na odluku u razumnom roku“. 2. „Stranke imaju pravo biti saslušane“. 3. „Svaka osoba koja nema potrebna sredstva ima pravo na besplatnu pravnu pomoć ako se njen pravni zahtjev ne čini beznadnim. U mjeri u kojoj je to potrebno radi zaštite njihovih prava, imaju pravo i na besplatnu pravnu pomoć“.

⁵⁸ Nikola Gavela (redaktor), Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipiković, „Stvarno pravo“, Svezak 1., Narodne novine, Zagreb lipanj 207. godine, str. 47. Rn. 87.

carske, primjenjuje se maksima da jednake treba tretirati jednako (načelo jednakosti), a nejednake treba tretirati nejednako (načelo razlikovanja). Razlikovanje u usporedivim situacijama⁵⁹ kao i svako jednako postupanje u različitim okolnostima mora biti objektivno opravdano⁶⁰.

Eksplisita zabrana diskriminacije, analogna međunarodnim ugovorima⁶¹ o ljudskim pravima, našla je svoj put u švicarski ustav tek s potpuno revidiranim saveznim ustavom koji je stupio na snagu 1. 1. 2000. godine. Koristi se kada je osoba u nepovoljnom položaju zbog osobina ličnosti koje su toliko značajne da nije moguće ili razumno da se osoba riješi tih osobina.

U slučaju nejednakog postupanja prema osobama ili skupinama osoba koje imaju značajke bitne za diskriminaciju, općenito se smatra da je to zabranjeno. Međutim, ako postoje „kvalificirani“ razlozi, nejednako postupanje također može biti opravdano ako postoje značajke relevantne za diskriminaciju. U takvim slučajevima doktrina (teorija) i praksa zahtijevaju posebno detaljno ispitivanje razloga nejednakog postupanja: „*Nejednako postupanje dopušteno je u takvim slučajevima samo ako, s jedne strane, mjera teži dopuštenom cilju, a s druge strane, nepovoljni položaj je prikladan, potreban i razuman za postizanje cilja*“.⁶²

Savezni ustav obavezuje sve vlasti na poštivanje temeljnih prava, uključujući zabranu diskriminacije, te na doprinos njihovom ostvarivanju (član 35. Ustava Švicarske). Konkretno, također moraju osigurati da je zabrana diskriminacije učinkovita što je više moguće među privatnim osobama (član 35. stav 3. Ustava Švicarske). Administracija i sudovi to posebno poštuju tumačenjem privatnopravnih odredbi u skladu s temeljnim pravima.

ZAKLJUČAK

Zakonodavac ponekad namjerno ostavlja pitanja bez odgovora i prepušta ih praksi i znanosti da odgovore. Iz tog se razloga može smatrati da je sudac ovlašten od strane zakonodavca osloniti se na objektivno-teleološke kriterije tumačenja ako se ne može postići jasan rezultat prema svim pravilima umjetnosti. To također proizlazi iz ustavne zabrane sucima i sudovima odbijanje donijeti odluku u postupcima koje oni vode. Vrijednost teleološkog argumenta tada ovisi o tome iz čega se izvodi „svrha zakona“. Argument je tim jači što je bliži tekstu norme. Pogrešno je postupanje kada se činjenicama životnog događaja prvo daje značenje kako bi se zatim riješio problem odabira kriterija (metode) tumačenja u skladu s tim značenjem. Ispravno je postupiti obrnuto, tako da značenje ne smije dovesti do rezultata tumačenja, već se značenje mora izvesti iz tumačenja.

⁵⁹ Ako je, primjerice, opća zabrana vožnje u središtu grada uvedena kako bi se općenito zabranio promet u središtu grada, to je kršenje uvjeta razlikovanja. U ovom slučaju iznimku bi morali napraviti npr. stanari, trgovci i osobe s invaliditetom, jer su oni u drugačijoj situaciji od prosječnog gradskog korisnika i samim tim jednak tretman dovodi do diskriminacije.

⁶⁰ Na pitanje koji je objektivni razlog, Savezni vrhovni sud poziva se na „priznata načela primjenjivog pravnog i političkog sistema“ ili na „prevladavajuća stajališta i vremena“ (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, BGE 122 I 349 E.4b i BGE 114 Ia I E. 3, E.8).

⁶¹ Nikola Gavela (redaktor), Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipiković, „Stvarno pravo“, Svezak 1., Narodne novine, Zagreb lipanj 207. godine, str. 47. Rn. 87.

⁶² Vidi npr. BGE 135 I 49

Proces tumačenja odvija se u nizu faza. Sljedeća ili naredna razina može se koristiti samo u onoj mjeri u kojoj prethodna razina ne omogućuje jasan rezultat. Međutim, budući da pojedinačni rezultati tumačenja mogu biti više ili manje nesigurni, ne može se apstraktno reći koji je kriterij tumačenja odlučujući u konkretnom slučaju. Na kraju možemo istaći da kod tumačenja ne postoje fiksno pravilo za rangiranje kriterija tumačenja.

Enes BIKIĆ, LL.D., Full Professor
Faculty of Law, University of Zenica
enes.bikic@unze.ba

Anita PETROVIĆ, LL. D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Tuzla
anita.petrovic@untz.ba

INTERPRETATION OF LAW - SIGNIFICANCE AND METHODS

***Abstract:** In this paper, we deal with the issues of determining the content of the text of the norm. What should be done when the text of the norm is unclear? Should we try to determine the will of the “historical legislator”, i.e. the legislator who enacted the law in the past, or strive for a more modern interpretation? Should the content of the norm be interpreted narrowly (restrictively) or broadly (extensively)? Can we choose the interpretation that we personally, subjectively consider appropriate among several alternative meanings of our own choice? Is the interpreter bound by the limits of the literal meaning of the law or can, perhaps even must, seek a solution to a legal question and go beyond the literal meaning of the law (praeter verba legis) or even violate the literal meaning (contra verba legis). What if he is being asked completely new questions that the legislator could not even know about? What are the limits of judicial development of law?*

***Keywords:** interpretation, supplementary interpretation, analogy, methods, criteria, application of the law.*