

Академик Љубомир Тадић

## АРГУМЕНТАЦИЈА И АРГУМЕНТАЦИЈА У ПРАВУ

### 1. Аргументација и демонстрација

Аристотел је у „Никомаховој етици“<sup>1</sup> посматрао етику, политику и право као јединствену целину. Сврстао их је у *практичну филозофију* („*praxis*“ = деловање, делање), истичући да се она од теоријске филозофије (нпр. *математике*) разликује посебним начином долажења до истине. Овај појам „истина“ није, можда, најсрећније употребљен када је реч о сазнањима практичне филозофије. Судови практичне филозофије, које Аристотел назива *дијалектичким*, а које је сврстао у *топику*, односно *реторику*, јесу судови *вероватноће* или *веродостојности* (грч. *pistis, eikos*, лат. *fides*). Дијалектички је онај суд који полази од *важећих мњења* („*endoxai*“). То су она мњења која *прихватају* или сви људи («*sensus communis*»), или већина, или мудри, а између ових или сви, или већина, или најпознатији и они који су обдарени највећом врлином.<sup>2</sup> Друкчије ствар стоји са теоријском филозофијом. Она почива на *знању* (*episteme*) које се може предавати, а његова садржина научити. Знање је способност *доказивања* и почива на тзв. *аподиктичким* судовима или *логичкој нужности* („да буде само тако и никако друкчије“). Аподиктичка извесност је својствена математици. Аристотел је сматрао да нас једино ова наука снабдева *потпуном истином*, пошто само она пружа потпуно знање. После Аристотела је и Декарт (Descartes) у *„mathesis universalis“* видео идеал потпуног знања, супротстављајући је начелима вероватности дијалектичких судова. Аристотелова „аналитика“, логика силогизма из првог дела „Органона“, полази од тзв. очигледних *аксиома* који постају *премисе* једног силогизма чији је закључак *нужан*. На тај начин судови

<sup>1</sup> Аристотел, *Никомахова етика*, Београд, 1970, стр. 145.

<sup>2</sup> Аристотел, *Органон*, Београд, 1965, стр. 372. 382.

логичке нужности су сами собом евидентни. Теоријска филозофија, чији је узор математика, темељ је свих *тачних* („егзактних“) наука чија се истина сумњом не може уништити. Способност мишљења као *знања*, с обзиром на његов начин приказивања, назива се *демонстрација*, док је способности *мнења* својствена *аргументација*.

Аргументација је говорно средство *уверавања*, *убеђивања*. Њој је место тамо где постоји сумња, спор, контроверза, проблеми који се не могу решити, нити савладати посредством демонстрације. *Избор* или *одлука* нису аподиктички извесни судови него судови који претпостављају разговор („дискурс“), саветовање, већање. У практичним стварима ми не сазнајемо оно што је истинито у смислу тачности, него само оно што је вероватно или веродостојно, што може бити променљиво, неизвесно („што може бити и друкчије“). У погледу сазнајне вредности дијалектичко закључивање, према Аристотелу,<sup>3</sup> стоји између аподиктичког суда и тзв. *еристичког* силогизма који само изгледа да је вероватан, а у ствари није. Према томе, дијалектичко закључивање се приближава аподиктичкој извесности, али је никада не досеже; оно је *условно истинито* у смислу веродостојности. У сазнајном смислу, по Аристотелу, *вреднија* је теоријска филозофија, али је практична *значајнија*.<sup>4</sup>

*Стил* дијалектичког мишљења садржаног у реторици Аристотел је назвао *топика*. Топика долази од грчке речи »*topos*«, место (лат. *locus* и *loci commune*«, општа места). Места (»*topoi*«) су ставови који изражавају неку општу истину или служе за доказивање многих других ставова (нпр. оно што тврди целина може бити прихваћено од сваког њеног дела). „Места“ су и они ставови који исказују најопштије вероватне судове. Општа места су принципи дијалектике као што су аксиоми у математици. Али разлика је битна: она се *прихватају без принуде*, уважавањем аргументације, уверавањем, наговарањем, „непринудном принудом бољег аргумента“ (Ј. Хабермас). Међутим, геометријски аксиоми се *императивно намећу* нашем уму. Према томе, разлика је између добровољности и принудности.

Поље аргументације је тамо где се размењују идеје, где се људи сусрећу и упознају једни са другим, или се споре. Циљ аргументације је да у закуљчке унесе *пристанак* усаглашен са премисама. Док научник наводи *доказе*, ретор (политичар или правник) наводи *разлоге* „за“ и „против“ који могу бити прихватљиви или неприхватљиви. Према томе, код аргументације ни-

<sup>3</sup> „Еристички је силогизам који се оснива на мишљењима која изгледају вероватна, али нису таква, као и силогизам који само привидно закључује на основу вероватних мишљења или оних која изгледају вероватна“ (Аристотел, *Органон*, стр. 372). Упозорили бисмо да је преводилац на овом месту употребио израз „мишљења“, а требало би „мнења“, јер само *мнења* (»*endoxa*«) могу бити вероватна.

<sup>4</sup> Аристотел, *Никомахова етика*, стр. 158/159.

је реч о погрешним или тачним, већ о прихватљивијим или прихватљивим закључцима. Аристотел у „Реторици“ упућује да је ентимем одређена врста силогизма, па ће онај ко је веома способан да мисаоно истражи како се твори силогизам, уједно бити и врло способан да њиме барата. Истом способношћу, указује Аристотел, сазнајемо истинито и оно што му је слично. Ко је способан да уочи вероватна мњења, тај је способан да сазна истину.<sup>5</sup>

Аргументација, у извесном смислу, представља психолошку вештину наговарања, различиту од математичке вештине извођења доказа.<sup>6</sup> Стефен Тулман (Stephen Toulmin), писац познатог дела »*The Uses of Argument*«, на другом месту<sup>7</sup> разликује формалну и материјалну логику на основу разликовања Аристотелове Аналитике и Топике. Вештина „формалне“ логике обухвата речи као што су „премиса“ и „закључак“, „ваљан“, и „неваљан“, „нужан“ и „противречан“. док „материјална“ логика обухвата изразе као што су „основи“ и „захтеви“, „подршка“, „овлашћење“, „непобитан“ и „слаб“, „презумпција“ и „неоснован“. Мада се ови термини укрштају, саветно их је разликовати, јер аргументи на које се они односе су „аргументи“ у различитом смислу.

Хабермасов привидно парадоксални израз „непринудна принуда бољег аргумента“<sup>8</sup> указује на снагу уверљивости употребљене аргументације. Аргумент значи образложено оправдање норми које руководе деловањем и како оне важе у практичном дискурсу.

Ако је аргументација деловање које, како тврди Перелман, аутор списа »*Traité de l'argumentation*«<sup>9</sup> и оснивач тзв. „нове реторике“, увек тежи да модификује претходно стање ствари, онда је умесно питање није ли ова модификација упоредива са агресијом, употребом насиља. Перелман, у духу аристотеловске

<sup>5</sup> Аристотел, *Реторика 1*, Београд, 1987, (независна издања 40), стр. 9/10 (1355а).

<sup>6</sup> Упор. Stephen Toulmin, *Die Verleumdung der Rhetorik*, in: *Argumentation in der Philosophie*, hrsg. von Rüdiger Bubner, Konrad Cramer und Reiner Wiehl, »Neue Hefte für Philosophie« 26, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986, стр. 60.

<sup>7</sup> Ibid., стр. 64. Тулмин заступа гледиште да се, посредством теорије аргументације ослобађамо традиционалних окова непрагматичке формалне логике. Па ипак, он настоји, ослањајући се на тзв. прву аналитику Аристотеловог „Органона“, да формулише своју теорију аргументације. Ову његову тезу оспорава Josef Klein, *Der Syllogismus als Bindeglied zwischen Philosophie und Rhetorik bei Aristoteles*, in *Rhetorik und Philosophie*, hrsg. von Helmut Schanze/Josef Kopperschmidt, München, 1989, стр. 35/36.

<sup>8</sup> Jürgen Habermas, / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt/Main, 1971, стр. 137.

<sup>9</sup> Chaim Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, стр. и даље.

традиције, тврди да употреба аргументације подразумева одрицање од прибегавања сили и да прихватање аргумента од саговорника следи из апела на његову слободу расуђивања. Постојање аргументације претпоставља успостављање једне духовне заједнице. Неопходни минимум за аргументацију је постојање заједничког језика, технике која допушта комуникацију. Отуда су аргументација и комуникација појмови који стоје у тесној вези. Да би се аргументација развила, примећује Перелман, потребно је да они на које је упућена показују извесну пажњу и интересовање.<sup>10</sup>

Где је аргументација ту је и дискусија, сучељавање различитих мњења и решења, различитих одлука и избора. Циљ аргументације се не састоји у извођењу последица из одређених премиса, већ придобијање слушаатељства, постизање његове сагласности са понуђеним аргументима. Аргументација претпоставља духовни додир између говорника и његових слушаалаца. У ту сврху говорник мора свој говор прилагодити слушаоцима. У том смислу Перелман тврди да је аргументација функција аудиторијума (слушаатељства).<sup>11</sup>

Централни појам Перелманове теорије аргументације је појам слушаатељства (*«auditoire»*). Вредност неког аргумента одређује се вредношћу слушаатељства које се уверава. Проучавање слушаатељства могло би сачињавати поглавље социологије, али и психологије. Мњења људи зависе од њихове друштвене средине. Свака средина би се могла окарактерисати преовлађујућим мњењима, њиховим уверењима која нису дискутована, премисама које се прихватају без колебања. Ове концепције представљају део културе и сваки говорник који хоће да увери неке слушаоце мора им се прилагођавати. Судија и законодавац треба да прилагођавају своје одлуке жељама и убеђењима заједнице из које су потекли или били изабрани. Међутим, филозоф поступа друкчије, поступа по критеријима рационалности и објективности, а то је повезано са појмом „универзалног слушаатељства“ (*«auditoire universelle»*). Универзални аудиторијум је „просвећено човечанство“ и састоји се од људи као умних бића.<sup>12</sup> „Сагласност универзалног аудиторијума није чињенично него правно питање“, каже Перелман.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Ibid., стр. 18 и даље, 23.

<sup>11</sup> Ibid., стр. 24. Sh. Perelman, *L'Empire rhétorique*, Paris, 1977, стр. 23, 25. Онај који у својој аргументацији, истиче Перелман, не брине о прихватању премиса његовог говора од стране слушаатељства, чини најтежу погрешку: *petitio principii*, узима за премису оно што треба доказати (ibid., стр. 37).

<sup>12</sup> *Traité de l'argumentation*, стр. 26/27 и 41. Аристотел, *Реторика 2*, 1388б—1391б (стр. 139—147). Слушаатељство (у области реторике) дефинише Перелман као „скуп оних на које говорник жели да утиче својом аргументацијом“ (стр. 25).

<sup>13</sup> Ibid., стр. 41.

Ми ћемо доцније показати да Перелманов појам „универзалног аудиторијума“ (слушатељства) има знатну сличност са појмом „идеалне говорне ситуације“ код Јиргена Хабермаса (Jürgen Habermas). Оно што је код Перелмана сагласност универзалног аудиторијума код Хабермаса је постигнута сагласност под идеалним условима.<sup>14</sup>

Са појмом универзалног слушатељства повезана су различита тумачења појмова (глагола) „*persuader*“ и „*convaincre*“. За Перелмана »*persuader*« (наговарати) је више него »*convaincre*« (уверити). Увереност (убеђеност) је само први степен који води деловању. Перелман се на карактеристичан начин позива на Русоа (Rousseau) који у „Емилиу“ каже да дете није уверено ако га се не зна наговорити. Али и обрнуто: за рационални карактер пристанка уверити значи више него наговорити. Према Перелману, нека аргументација је *персуазивна* када изискује важење само код неког посебног слушатељства (*«auditore particulier»*). *Уверљивом* назива ону аргументацију која постиже пристанак сваког рационалног бића. Нијанса је доста деликатна, зависи у бити од идеје са којом говорник од себе чини отеловљење ума. Перелман упућује на Кантово разликовање између наговарања и уверавања, истичући да је оно и њему самом блиско, али да се од њега разликује по томе што од супротности субјективно-објективно ствара критериј разликовања. Перелманова дистинкција наговарања и уверавања води индиректно рачуна о вези која се успоставља, с једне стране, између наговарања и деловања, а с друге стране, између уверавања и разумевања (*«intelligence»*). Па ипак, увек остаје непрецизна нијанса између уверити и наговорити. Мада су аргументи којима се постиже сагласност „универзалног слушатељства“ *ваљани*, а аргументи који прихвата „партикуларно слушатељство“ само *ефикасни*, ипак постоји узајамни однос између ваљаности и ефикасности.<sup>15</sup>

Перелманова теорија аргументације садржи разлику између премиса и техника аргументације. Под премисама подразумева оне предмете сагласности који сачињавају полазну тачку аргумената. Премисе се деле на две класе: једне се односе на стварно, а друге на оно пожељније (*«préférable»*). Премисе које се односе на стварно су, с једне стране, чињенице и истине, а, с друге стране, претпоставке или нагађања (*«présomptions»*). У

<sup>14</sup> На ову сличност указује Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/Main, 1978, стр. 206.

<sup>15</sup> *Traité de l'argumentation*, стр. 34 и даље. А. — Ед. Chaignet, *La rhétorique et son histoire*, Paris, 1888, стр. 93. каже: „Наговарање се разликује од уверавања... Када смо уверени, побеђени смо само од нас самих, нашим властитим идејама. Када смо наговорени, наговорени смо увек од другог“. Шење игром речи »*convaincre*« и »*vaincre*«, уверити и победити може да каже »*nous sommes vaincus*«, побеђени смо. Можда и у нашем језику постоји веза између „убедити“ и „победити“ те би се Шењеова мисао могла превести и на овај начин: „Када смо убеђени, побеђени смо...“

области оног што је пожељније разликују се вредности, хијерархије и места (у смислу античког појма »*topoi*«).<sup>16</sup>

Запажено је да је у првим радовима Перелман сматрао да само премисе које се односе на стварно могу важити пред универзалним слушањем, док вредности, хијерархије и „топои“ могу наћи сагласност само код партикуларног слушања. У доцнијим радовима је сматрао, да и практична питања која се тичу онога што је пожељније могу бити расправљана пред универзалним слушањем.<sup>17</sup>

Чињенице, или истине, њихов статус, нису бесконачно осигуране осим ако је неоспорно прихватање непогрешивог ауторитета, божанства. У том случају они би јемчили и чињенице и истине. Но у недостатку једног таквог јемства, очигледности и нужности која би се наметала свим умним бићима, чињенице и истине, које се прихватају од општег мњења или мњења стручњака, могле би се ставити у питање. Али ако је сагласност о њима, ипак, општа, нико их не може одбацити, а да себе не учини смешним, осим да пружи разлоге који могу оправдати сумњу у њих. Презумције (претпоставке, нагађања) су, по Перелману, засноване на замисли да је нормално оно што се догађа. Презумција намеће доказивање ономе који хоће да се супротстави њеној примени. Отуда је *терет доказивања* битан појам судског поступка. Перелман разликује више врста презумција: »*praesumptio legalis*«, »*praesumptio iuris, tantum*« или »*iuris et de iure*«. Када је реч о вредностима, онда треба имати на уму да се увек ради о вредновању или о обезвређивању: „добар“, „праведан“, „истинит“, „леп“, односно: „рђав“, „неправедан“, „попрешан“, „ружан“. Перелман скреће пажњу да су позитивистички филозофи, с обзиром на њихову контроверзност сматрали судове вредности лишеним сваке објективности, супротно судовима стварности о којима је, захваљујући искуству и верификацији, могућа сагласност. Такозване универзалне вредности, као што су истина, правда итд., остају предмет сагласности универзалног слушања уколико су недетерминисане. Али чим се почне са прецизирањем, применом на једну ситуацију или конкретну делатност, несавласности почињу да се испољавају. „Места“ играју сличну улогу као и презумције. Постоје места која више фаворизују елиту од масе, оно што је изузетно више од нормалног. Док квантитативна места карактеришу класични дух, квалитативна су својствена романтичном. Код места редоследа изражава се надмоћност ранијег над каснијим, узрока над последицом.<sup>18</sup>

Са гледишта технике аргументације Перелман се бавио различитим „схемама аргумената“ као и узајамном игром аргумената, те структуром аргумената и аргументације. У подели обли-

<sup>16</sup> *Traité de l'argumentation*, стр. 112.

<sup>17</sup> Robert Alexy, *Нав. д.*, стр. 209.

<sup>18</sup> Ch. Perelman, *L'Empire rhétorique*, стр. 37 и даље.

ка аргументације разликовао је оне који служе *повезивању* од оних који служе *раздвајању* или *растављању*. Ову класификацију затим следи читав низ нових (квазилогички аргументи, аргументи који се ослањају на структуру стварности и аргументи који заснивају структуру стварности). Неки од ових примера класификације су јасно и уверљиво изложени, неки други (разлика између аргумената који се ослањају и аргумената који заснивају структуру стварности) нису прецизирани. Истакнута је Перелманова заслуга што је, за разлику од античких узора, јасније схватио нејезичке факторе аргументације, што је, наиме, појмио да аргументација није само „говорно збивање“ него и социјално збивање.<sup>19</sup>

Аргументација припада *логици у ширем смислу* речи, односно реторици, „новој реторици“ у Перелмановој терминологији. Тој области припада комуникација која, како је Перелман истакао,<sup>20</sup> тежи да утиче на једно или више лица, да оријентише њихово мишљење, да изазове или да смири емоције, да управља деловањем. Она обухвата технику контроверзи, спорова, покривајући широко поље неформализованог мишљења. У једној библиографској белешци<sup>21</sup> Перелман се диференцирао од оних логичара који су теорију формалног доказа толико усавршили да су логику свели на једну грану математике. Али размишљање није напросто пуко рачунање (Перелман разликује »*raisonner*« од »*calculer*«). Јер онај који размишља, ко дискутује и ставља приговоре, несумњиво употребљава своје критичне способности на један специфично људски начин, друкчије од онога који се задовољава рачунањем, једним учинком који већином успешније чини нека машина него човек. Могу се испуњење духовне слободе, појам слободе, одлучивања и умног понашања схватити само ако их развијамо помоћу теорије аргументације која сједињује у солидарну целину мишљење и деловање.

Перелманова теорија аргументације почива на начелу *audiat et altera pars*, освештаном начелу непристрасности и толеранције, спремности за критику. Сваки говор подразумева могућност одговора; аргументу се може супротставити противаргу-

<sup>19</sup> Ch. Perelman, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, стр. 258 (нав. према: Robert Alexy, Нав. д., стр. 210).

<sup>20</sup> *L'Empire rhétorique*, стр. 177.

<sup>21</sup> *Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*. Séance du 29 mars 1971, Bruxelles, 1971, стр. 168 и даље. На нашем језику исцрпан критички приказ Перелманове „нове реторике“ дала је Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд, 1988. Упор. такође осврт на Перелманову правну филозофију и „нову реторику“, у мојој *Филозофији права*, Загреб, 1983, стр. 164 и даље. Кратак сажетак, критички интониран, о Перелмановој „новој реторици“ налазимо код: Folker Siegert, *Rhetorik und Philosophie in der »Neuen Rhetorik« Chaim Perelman* in: *Rhetorik und Philosophie*, hrsg. von Helmut Schanze und Josef Kopperschmidt, стр. 217—228.

мент. Аргументовање није доказивање него образложење и оправдање.

## 2. Консенсуална теорија истине

У савременим расправама поводом Перелманове теорије аргументације истицано је с разлогом постојање сродности између његове теорије и консенсуалне теорије истине («*Konsensustheorie der Wahrheit*») познатог немачког филозофа и социолога Јиргена Хабермаса, следбеника франкфуртске „критичке теорије“.

Хабермасова је полазна теза да нормативне изјаве као прописи (заповести) и вредновања могу бити образложени на, у основи, једнак начин. *Истини* емпиријских исказа одговара притом тачност нормативних изјава.<sup>22</sup> Класичној теорији кореспонденције »*veritas est adequatio rei et intellectus*«, противставља Хабермас критериј истине своје консенсуалне теорије према коме „смам онда и само онда неком предмету доделити (*zusprechen*) неки предикат, ако би и сваки други који би са мном могао ступити у разговор доделио истом предмету једнак предикат. Да бих разликовао истине од погрешних исказа, везујем се са процењивањем другог, наиме са судом свих других, са којима бих могао прихватити разговор (притом контрафактички укључујем све партнере у разговору које бих могао наћи, ако би моја животна историја била коекстензивна са историјом људског света). Услов за истинитост исказа јесте потенцијална сагласност свих других“.<sup>23</sup> На тај начин „убедљива снага неке аргументације показује се кроз *хомологију*“.<sup>24</sup>

Према Хабермасу, неки исказ је истинит ако је оправдан захтев за важењем „говорног акта“ (*Sprechakte*) са којим, уз примену правила, дајемо такав исказ; оправданост неке тврдње зависиће не од истинитости утврђеног него истинитост утврђеног од оправданости тврдње.

Теорију говорног акта Хабермас је укључио у једну општу теорију комуникације у којој је повукао значајну разлику између два облика комуникације: *деловања* и *дискурса*. Треба претходно разјаснити да је Хабермас појам „говорног акта“ преузео од Остина (*J. L. Austin*) преко његовог ученика Серла (*J. R. Searle*). Серлова је основна теза: говорити један језик значи укључити

<sup>22</sup> Jürgen Habermas, *Wahrheitstheorien*, in: *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für W. Schulz, hrsg. von H. Fahrenbach, Pfullingen, 1973, стр. 220.

<sup>23</sup> J. Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, in: J. Habermas / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, стр. 124 и *Wahrheitstheorie*, стр. 219.

<sup>24</sup> Упор. Josef Kopperschmidt, *Allgemeine Rhetorik*. 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Meinz, 1976, стр. 135.



се у неки облик понашања којим управљају одређена правила.<sup>25</sup> Отуда, под принудном претпоставком да не могу постојати приватна правила, правилима оријентисано деловање је увек комуникативно деловање, јер је упућено на интерсубјективно важење неког животног облика.

Деловања су, по Хабермасу, језичке игре [појам „језичка игра“ потиче од Витгенштајна (Wittgenstein) и изражава испреплетеност говора, деловања, животне праксе итд.] у којима се прећутно признају захтеви за важењем истакнути у говорним актима. Кроз *дискурсе* се напротив, тематизују проблематични захтеви за важењем и испитује се њихова оправданост. Код деловања се не поставља питање да ли је исказ који се у неком говорном акту утврђује истинит или није, да ли у њему изражено стање ствари, чињеница, постоји или не. *Комуникација* садржи искуство са предметима у свету о чему се размењују *информације*. Оне (информације) могу бити поуздане или непоуздане.<sup>26</sup> Темелје се на објективном искуству уколико на то искуство ослоњено деловање има успеха. На тај начин постаје јасно да је Хабермасово схватање објективности *прагматично*.<sup>27</sup> Чим информације постану сумњиве, напушта се област деловања и прелази се у област дискурса. Дискурси су растерећени од деловања и ослобођени искуства. У *дискурзивном процесу се стварају само аргументи*.<sup>28</sup>

Према Хабермасовој теорији потенцијална сагласност свих услов је како истинитости неког ненормативног, тако и тачности неког нормативног исказа. Примећено је да овај критериј истинитости има две слабости. С једне стране, не може бити испуњен, а с друге стране, само његово испуњење не би било довољно. Сагласност свих није испуњива већ због тога што до сада умрли људи не би могли више учествовати у неком разговору, а од свих није могуће утврдити како би се изјаснили. Чак и ако би се сви могли изјаснити, једно случајно настало јединство не би могло послужити као критеријум истине. Ову тешкоћу своје теорије Хабермас предупредује ставом да само *образложена сагласност* може бити задовољавајући критеријум истине.<sup>29</sup> Образложена сагласност је само она која почива на снази бољег аргумента. Проблем „бољег аргумента“ Хабермас објашњава у оквирима логике дискурса, чији су предмет формална својства повезаности аргументације. Будући да у средишту логике дискурса стоји аргумент, питамо се: шта је аргумент у Хабермасовој тео-

<sup>25</sup> Џон Серл, *Говорни чинови*, Београд, 1991, стр. 60. Говорни чинови (акти) су, нпр.: обећање, молба, заповест, извештај, питање, захвалност, приказ, поздрав и слично.

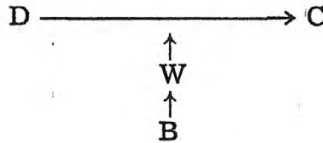
<sup>26</sup> *Wahrheitstheorien*, стр. 218, 214, 218.

<sup>27</sup> Упор. Robert Alexy, *Нав. д.*, стр. 139 (примедба).

<sup>28</sup> J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt/Main, 1973, стр.

<sup>29</sup> *Wahrheitstheorien*, стр. 239.

рији сагласности? „Аргумент је“, одговара Хабермас, „образложење (*Begründung*) које треба да нас мотивише да признамо захтев за важење неке тврдње, неке заповести (прописа), односно неког вредновања“.<sup>30</sup> Ослањајући се на схему Стефена Тулмина



Хабермас је приказао формалну структуру неког аргумента. У теоријским дискурсима ова структура аргумента користи за давање објашњења. У практичним дискурсима на њој почивају оправдања.<sup>30a</sup>

Иако је теорија сагласности изграђена на тековинама савремене филозофије језика, Хабермас одбија могућност да истину одреди путем примерености систему језика. Истина може бити одређена само путем исказа, односно аргументацијом која се састоји у њиховом образложењу.

Улогу индукције у теоријским дискурсима, у практичним дискурсима игра могућност уопштавања (*Verallgemeinbarkeit*). Такозвано „основно правило универзализације“ означава Хабермас као једино основно правило у коме се изражава практични ум. Хабермасово схватање могућности уопштавања ослања се на његову теорију „идеалне говорне ситуације“ (*ideale Sprechsituation*) у којој су сви говорници са једнаким овлашћењима (равноправни) и у којој не влада принуда. У таквој ситуацији сагласност је могућа само о оним прописима или нормама које „сви могу хтети“.<sup>31</sup> Норме тада регулишу задовољавање потреба, односно изражававање интереса. У таквим односима задовољавање потреба сваког појединца прихваћено је од свих. У овом ставу Хабермас исказује своје социјалистичко уверење ослањено на консесуалну теорију истине, или, што излази на исто, социјалистичко уверење је теоријски утемељено.

У теоријском дискурсу се чини први корак у проблематизовању неког става, а затим се прелази од деловања на дискурс и давања барем једног аргумента. Затим се приступа модифико-

<sup>30</sup> Ibid., стр. 241.

<sup>30a</sup> Тулминова схема преузета је из његовог дела *The Uses of Arguments*, Cambridge, 1974, стр. 95. У тој схеми D значи *datum*, C значи *conclusion* (закључак), W је *warrant* (овлашћење), а B је »backing« (ослонац). Неко изговара један суд (C — закључак) који се оправдава упућивањем на датум (D). Прикључак од D на C оправдава се увођењем једног правила, позивањем на W који допушта прелаз. Ово правило (W) се, опет, може образложити позивањем на други стандард (B). У теоријским дискурсима ова структура аргументата се користи ради давања објашњења. У практичним дискурсима она је подлога оправдања.

<sup>31</sup> *Wahrheitstheorien*, стр. 255.

вању првобитно изабраног језичког система. То је тзв. метатеоријски дискурс. Коначно, наступа рефлексивна о систематским променама језика образложења. Тада ми дођемо практичну основу основних теоријских норми. Слично томе дешава се улазак у практични дискурс путем проблематизовања заповести и забрана. Код оба облика дискурса снага неког аргумента који тежи сагласности почива на томе што можемо несметано и често прелазити са једне на другу страну све док наступи сагласност. Хабермас истиче да су формална својства која испуњавају ове услове својства *идеалне говорне ситуације*.<sup>32</sup>

Идеална говорна ситуација је она која у комуникацији не само да се не спречава спољашњим контингентним утицајима, него ни принудима које наступају из саме структуре комуникације.<sup>33</sup> А једна комуникација не ствара принуде само онда ако је свима учесницима у дискурсу дата симетрична расподела шанси и говорних аката да их бирају и изводе. Хабермасов познати ривал у социологији Никлас Луман (Luhmann)<sup>34</sup> приговара Хабермасу да идеална говорна ситуација не може бити остварена. Одговор на овај приговор се састоји у томе што Хабермас напомиње да идеална говорна ситуација није нити емпиријски феномен, нити пуки конструкт, већ тиме повезујемо са фактички намераваним консензусом умни консензус.<sup>35</sup>

Ако добро тумачимо Хабермасово схватање „идеалне говорне ситуације“ долазимо до закључка да је, слично као и код Перелмановог појма „универзалног слушатељства“, реч о извесном *постулату* којег ваља следити иако се никада не може остварити. Умни говор постаје на тај начин критериј сагласности и усаглашавања. Идеална говорна ситуација је квалификована комуникација која подразумева идеални облик живота. „Истина је“, каже Хабермас, „особена принуда за непријудно универзално признање. Али она је повезана са идеалном говорном ситуацијом, наиме животним обликом у којему је могуће непријудно универзално разумевање“.<sup>36</sup> У неку руку овде је појмљена чиста демократска република у којој су идеја истине, слободе и правде, идеја зрелости и пунолетства појмљени на *идеалтипски* начин. Ова категорија не описује било које историјско друштво него идеалтипску чистоту услова под којима се постиже друштвена сагласност.

<sup>32</sup> Ibid, стр. 255.

<sup>33</sup> Ibid, стр. 255.

<sup>34</sup> Niklas Luhmann, *Systemtheoretische Argumentationen*, in: J. Habermas / N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, стр. 336.

<sup>35</sup> *Wahrheitstheorien*, стр. 257.

<sup>36</sup> „ Habermas, *Die Universalitätsanspruch der Hermeneutik*, in: *Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen, 1970/1, стр. 100.

### 3. Топика, реторика и аргументација у праву

Пре двадесет година у краткој расправи „Практична памет и државни ум“<sup>37</sup> скренуо сам пажњу на значај топике у правној науци и политици, тачније: на оживљавање места топике у савременим правним и политичким истраживањима. Посебно место у том погледу припада краткој расправи немачког правног филозофа Т. Фивега (Theodor Viehweg) „Топика и јуриспруденција“ чије се прво издање појавило 1953. године. А управо педесете и шездесете године представљају почетак ренесансе реторичког мишљења, а *топика је битни, саставни део реторике*.

Фивег је дефинисао топиком као *вештину проблемског мишљења*.<sup>38</sup> Одређеније: топика представља проблемски усмерено аргументовано мишљење. Основни став Фивегове теорије састоји се у конфронтацији аксиоматско-логичког, „системског мишљења“, и „проблемског мишљења“ топике, односно у конфронтацији практичне јуриспруденције са тачном или „чистом“ теоријом права. У том смислу Фивег означава „чисту теорију права“ Ханса Келзена „врхунцем нереторског схватања“. Келзен је, примећује Фивег, „са великим синтаксичким оштроумљем скицирао затворену правну синтаксу која би, барем *in thesi* (подвукао Љ. Т.), требало да остане без дотицаја са прагматичком везом. *In praxi* (подвукао Љ. Т.) то, дакако, није био случај. Тамо се непрестано успоставља делатна веза у којој се приметно агира, на пример, у интересу вредносне јуриспруденције, уз новије уважавање, економске рационалности права и другде. Заокрет према прагматичком, а тиме и реторичком ставу у наведеном смислу је очигледан“.<sup>39</sup>

Закључци топике и аргументације су, према Фивегу, карактеристични по томе што су у њима примењена правила *»endoxa«*, а не аподиктички. У том смислу она су проблемски усмерена према мисаоном поступку реторичке врсте. Фивегове анализе се ослањају на Аристотелова (већ описана) становишта о топици, затим на Цицероново схватање топике, али и на топичку структуру средњевековних глосатора и елементе топике у савременом правном мишљењу. Позивајући се на Викоову (Vico) имплицитну критику картезијанског филозофског мишљења, Фивег је илустровао противстављеност топике и системског мишљења. Тиме је стављен нагласак на дискурзивно, или класичним аристотеловским језиком речено, *дијалектичко*, аргументативно мишљење. На тај начин под удар Фивегове критике дошла је традиционална представа о дедуктивном, системском карактеру правне

<sup>37</sup> Рад се први пут појавио у београдским „Идејама“, 1972. а затим поново у мом *Огледу о јавности*, Никшић, 1987. (друго издање, такође Никшић, 1990).

<sup>38</sup> Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1969. стр. 17.

<sup>39</sup> Theodor Viehweg, *Zur Topik, insbesondere auf juristischem Gebiete*, in: Dieter Breuer / Helmut Schanze, *Topik*, München, 1981, стр. 68.

науке. У исто време је ова критика била „темпирана“ као нека врста критике правног позитивизма, а, како неки примећују, и са становишта филозофије егзистенције.<sup>40</sup> Тиме је, у неку руку, али под другим насловом, обновљена стара полемика између тзв. „интересне“ и тзв. „појмовне“ јуриспруденције. У тој полемици „интересна јуриспруденција“ је побијала апсолутизацију правних појмова у законским текстовима и правнонаучној догматици и појмовне дедукције које су отуда извођене. Ова констатација је утолико значајнија уколико имамо на уму да је „појмовна јуриспруденција“ хтела да утврди научни карактер јуриспруденције који је, иначе, непрестано био оспораван. Фивегово истраживање довело је у питање оно схватање појма науке, које преовлађује у наше време, наиме, схватање према коме је наука одређена кроз систем и методу, да би посредством теоретизације праксе, на којој је радила нарочито марбуршка неокантовска школа, а из ње је и поникла Келзенова „чиста теорија права“, била постигнута она тачност у области права која се постиже у области природних наука, односно математике.

Овде се намеће низ питања у вези са плодношћу Фивегове парадигме у области јуриспруденције. Питање је: да ли је топица уопште спојива са појмом „система“ и шта се може подразумевати под појмом „топос“ и појмом „систем“ у области права? Примећено је<sup>41</sup> да се „топос“ од Аристотела, преко Цицерона до познијих реторичара, вишезначно употребљавао: делимично као аргумент, а делом као ослонац за изналагање аргумената, затим као садржајни исказ, или као логичка форма аргументације. Отуда се препоручује да сваки основни став (*Grund-Satz*) у области права, као правно признат, буде наведен за изналагање и образложење неке правне одлуке и да се појми као „топос“ у смислу учења топице.<sup>42</sup>

Фивегово рехабилитовање топице у јуриспруденцији наишло је на различита оспоравања.<sup>43</sup> Једни сматрају да његово учење о топици, без обзира на подстицајност, не пружа одговарајућу методологију. Други сматрају да је конфронтација топице и система утолико неплодна уколико једнострано појам математичког, аксиоматски-логички-дедуктивног „система“ није могао представљати прави изазов владајућој правној науци и пракси

<sup>40</sup> Norbert Horn, *Topik in der rechtstheoretischen Diskussion*, in: Dieter Breuer / Lehmut Schanze, *Topik*, стр. 57—63; Lothar Bornscheuer, *Topik. Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft*, Frankfurt am Main, стр. 115—123.

<sup>41</sup> Lothar Bornscheuer, Нав. д., стр. 116.

<sup>42</sup> Norbert Horn, Нав. д., стр. 60.

<sup>43</sup> Упор. Uwe Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, in: »Neue juristische Wochenschrift« (1966), стр. 697 и даље; Franz Horak, *Rationes dicendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I. Bd., Aalen/Innsbruck, 1969, стр. 45 и даље.

којој је такав појам система туђ. Ова примедба није одржива зато што су управо „чиста теорија права“ и „појмовна јуриспруденција“ у математици и математичким моделима виделе узор за „научну“ јуриспруденцију. Из истих извора потиче и приговор да и топика, као и дијалектика и реторика, у општем смислу представљају само пренаучни наговештај (*vorwissenschaftliche Verständigung*).<sup>44</sup> Није коректно, сматра критичар, да се »*ars inveniendi*« топике сумарно издаје као вештина проблемског мишљења. Он сабира своје замјерке у ставу да Фивегово настојање иде у супротном смеру од системских тенденција нововековне научне методике, јер пренаучну праксу аргументације *in toto* уздиже до самог стручно-научног методског принципа. Свеједно, овај критичар признаје Фивегову заслугу у томе што се одважио да предузме „прву експедицију у одређену област староевропске научне историје чија је стерилност бесправно тврдила од почетка новог времена“.<sup>45</sup>

Оваква примедба имала би места када би у Фивеговој интерпретацији топике, која рехабилитује специфичност реторичко-топичког поступка, била искључена могућност повезивања са тековинама савремене науке, посебно филозофије и науке о језику. А управо *филолошки* аргуменат је, како смо видели из претходних анализа, у овој области незаобилазан. У новијем раду, кога смо већ навели, Фивег управо упућује на значај језика, посебно Витгенштајнових истраживања, а истовремено улоге коју могу имати „топови“ у том смислу.<sup>46</sup>

Покушај да се пружи колико толико целовита *теорија јуристичке аргументације* учинио је Роберт Алекси (Alexy) у истоименој студији.<sup>47</sup> Он предузима опсежну анализу теорија Перелмана, Хабермаса и ерлангенске школе, а у мањој мери се дотиче Фивегових истраживања. Његов је циљ, као што се види из подналова дела, да понуди теорију регионалног дискурса као теорију јуристичког образложења (утемељења). За њега је јуристички дискурс посебан случај општег практичног дискурса. Ову тезу Алекси образлаже тиме што је (1) у јуристичким дискусијама реч о практичним питањима, тј. о томе шта треба чинити или пропуштати, или шта треба да се учини или пропусти и (2) да се ова питања дискутују са захтевом на тачност. Ако је реч о посебном случају, то је зато што се јуристичка дискусија води (3) под ограниченим условима.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Lothar Bornscheuer, Нав. д., стр.119.

<sup>45</sup> Ibid., стр. 118, 119.

<sup>46</sup> Theodor Viehweg, *Zur Topik, insbesondere auf juristischem Gebiete*, стр. 66.

<sup>47</sup> Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/Main, 1978. Алексијева истраживања се добрим делом ослањају на тековине филозофије језика, поготово на дискусију о етичким проблемима.

<sup>48</sup> Ibid., стр. 32, 263.

Изискивање тачности у јуристичком дискурсу јасно се разликује од онога у практичном дискурсу. Не тражи се, наиме, да је утврђени, предложени или као пресуда објављени нормативни исказ напросто уман, него само да у оквирима важећег правног поретка може бити умно образложен. То се тиче и судских пресуда и сличних одлука које обавезују судију да их образложи.<sup>49</sup>

Алекси поставља питање: шта је то умно (рационално) образложење у оквирима важећег правног поретка? Да би одговорио на то питање он развија основне обриси једне теорије јуристичке аргументације. Најпре поставља тезу да је код јуристичких дискурса реч о оправдању (*Rechtfertigung*) [допушта да се овај израз може заменити са изразом образложење (*Begründung*)] једног посебног случаја нормативног исказа, јуристичког суда. Алекси разликује два аспекта оправдања: *интерно* оправдање и *екстерно* оправдање. Код интерног оправдања реч је о томе да ли суд логички следи из премиса наведених за образложење, док је предмет екстерног оправдања тачност ових премиса. Са интерним оправдањем повезани проблеми више пута су расправљани под титулусом „јуристичког силогизма“.<sup>50</sup> Остаје, међутим, питање: да ли се анализа овог силогизма спроводи средствима традиционалне логике? Алекси добро запажа како би увођење дедукције водило застирању стваралачког чина изналажења права.<sup>51</sup>

Постоје различите врсте премиса екстерног оправдавања: правила позитивног права, емпиријски искази и премисе које нису ни емпиријски искази нити правила позитивног права. Овим различитим врстама премиса одговарају различите методе њиховог образложења. Образложење неког правила позитивног права изводи се тако што се показује да оно одговара критеријима важења правног поретка. За образложење емпиријских премиса може се навести цела скала начина поступања. Оне сежу од метода емпиријских наука о максимама разумног мњења (*Ver-mutens*) све до процесних правила терета доказивања. Што се тиче оних последњих премиса, њихово образложење служи ономе што се може означити као „јуристичка аргументација“. Између сва три поступка образложења постоје разнолике везе. Облике аргумената и правила екстерног оправдања Алекси дели на шест група: 1) правила и облици излагања, 2) догматска аргументација, 3) вредновање прејудиција, 4) општа практична и 5) емпиријска аргументација као и 6) тзв. специјални облици јуристичког аргумента. Ове групе се могу означити и са по једном речју: 1) закон, 2) догматика, 3) прејудиција, 4) ум, 5) емпирија и 6) специјални облик јуристичког аргумента.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Ibid., стр. 264.

<sup>50</sup> Ibid., стр. 273, 283.

<sup>51</sup> Ibid., стр. 281.

<sup>52</sup> Ibid., стр. 385.

У овом раду није могуће улазити у све појединости ове иначе компликоване, а још несазреле Алексијеве теорије. Помећемо само да је посебно интересантно поглавље у којем се анализира догматска аргументација, а нарочито значење појма јуристичке (правне догматике чији се задаци састоје у логичкој анализи правних појмова, сабирању ове анализе у систем и примена њених резултата за образложење јуристичких одлука. Такође је интересантан и одељак о примени специјалних јуристичких облика аргументације, а нарочито аналогije, »*argumentum e contrario*«, »*argumentum a fortiori*« и »*argumentum ad absurdum*«. <sup>53</sup>

Алекси посебно настоји да своју теорију јуристичке аргументације разграничи са топиком, изричито са Фивеговим покушајем да јуриспруденцију схвати и појми као својеврсну топикку. Он истиче примедбу на природу топичке аргументације, њене »*endoxa*«, вероватних судова. Оно тачно што је у овим судовима садржано изазива неспоразуме: превише је опште, а делимично и погрешно. Преопште је зато што између различитих премиса које се наводе у јуристичким образложењима није учињено довољно диференцирање. Топика је немоћна да правилно повеже јуристичку аргументацију како у институционалној јуристичкој догматици, тако и у контексту прејудиција. Али адекватна теорија јуристичке аргументације укључује и теорију јуристичке догматике и теорију оцењивања прејудиција. Ипак, сматра Алекси, треба подржати тезу топике да и тамо, где нису могућа никаква принудна образложења, терен не треба да буде препуштен ирационалној децизији. То се односи и на мисао да је појам умног образложења тесно повезан са појмом рационалне дискусије. <sup>54</sup> Уместо на топикку он се радије ослања на радове из области аналитичке етике, на Хабермасову консесуалну теорију истине, теорију практичног саветовања ерлангенске школе (конструктивизам) и, само донекле, на Перелманову теорију аргументације. <sup>55</sup> У његовом раду централно значење има мисао да је јуристички дискурс посебни случај општег практичног дискурса. Оно што им је заједничко састоји се у томе да је код оба облика дискурса реч о тачности нормативних исказа. Већ смо истакли Алексијеву напомену о јуристичком дискурсу као посебном случају, јер јуристичка аргументација тече под низом ограничавајућих услова. То су нарочито: везаност за закон, обавезно узимање у обзир прејудиција, надовезаност на догматику изграђену од институционалне правне науке и ограниченост правилама процесног поретка. <sup>56</sup>

<sup>53</sup> Ibid., стр. 307, 341.

<sup>54</sup> Ibid., стр. 39 и даље.

<sup>55</sup> Ibid., стр. 197 и даље. Атекси замера Перелману што се није користио тековинама аналитичке филозофије.

<sup>56</sup> Ibid., стр. 34.



Јуристичка аргументација, према Алексију, тече по правилима и према облицима који, у неку руку, представљају законик практичног ума. Њихов допринос не треба ни преценити ни потценити. Није реч о аксиомима — ту се Алекси, ипак, приближава класичној практичној филозофији — из којих се одређени нормативни искази могу дедугирати, већ о групи правила и облика са потпуно различитим логичким статусом којима мора бити довољна аргументација у томе што у њој образложен резултат може полагати право на тачност. Правила рационалног практичног дискурса не прописују од којих премиса треба да полазе партнери у дискурсу.<sup>57</sup> Полазну основу дискурса образују фактички постојећа нормативна убеђења, жеље и интерпретације потреба као и емпиријске информације говорника. Правила дискурса дефинишу поступке одлучивања али се не утврђује шта треба прихватити као базу одлучивања, нити су сви кораци прописани.

Тврдећи да је јуристичка аргументација зависна од опште практичне аргументације, Алекси упозорава да то не значи да је са њом истоветна или да се на њу може свести. Постоје посебни облици и посебна правила јуристичке аргументације и посебни услови под којим она тече. У оквирима јуристичке аргументације слабости општег практичног дискурса се знатно ублажују, иако се никада не могу укинути. Рекло би се да Алекси однос практичног дискурса и јуристичке аргументације посматра као однос условљавања и међусобног допуњавања или корекције.<sup>58</sup>

#### 4. Могућности правне реторике

Изложена материја показује да је аргументација и њен специфичан облик правна аргументација образац стила *логичког* мишљења својственог дијалектици, односно реторици и топици. Аргументацији, као што је већ показано, својствено је *образложење* (образлагање, утемељење, заснивање), а не доказивање, као у математици и природним наукама. У старогрчкој разлици између *»arodeixis«* и *»endoxa«*, између *науке* (у ужем смислу) и *вештине*, између онова што је *тачно* и онога што је *веродостојно* (*»axiospistos«*), између *»logica verorum«* и *»logica verosimilium«*, укључујући Паскалово (Blaise Pascal) разликовање између *»l'esprit géometrique«* и *»l'art de persuader«*, садржана је специфичност мишљења из кога је израсла логика аргументације.

Реторика је вештина убедљивог говора. Предмет реторике је *реч*, или *говор*. Из седамнаестог века, од опата Д'Обињака (D'Aubignac) потиче изрека *»Parler c'est agir«* (говорити значи деловати). Говор као модус уверавања је *делатан* чинилац у међу-

<sup>57</sup> Ibid., стр. 35.

<sup>58</sup> Ibid., стр. 36.

људским односима. Реторици је отуда својствен *говор усмерен на промену*. Говор је усмерен на публику, слушатеља или слушатељство. Његова је сврха да придобије или да постигне *сагласност* (консенсус). Истраживање говора као разговора („дискурса“) основна је претпоставка сваког смисленог бављења реториком.<sup>59</sup> Реторици је стога потребна *теорија дискурса* која више не прави разлику између усменог говора или онога написаног, као и *мишљења*, тј. разговора са самим собом. А теорија аргументације представља аутентичну област реторике.

Реторика је настала, тако рећи, из својеврсне правне нужде. Средином петог века пре н.е. на Сицилији, прчкој колонији, срушен је *тирански* Тразибулов режим. *Демократски* презрат је тежио повратку на пратиранско стање и у *имовинским односима*, будући да су настали бројни *спорови* својинског карактера, изазвани тиранским депортовањем становништва ради насељавања Сиракузе и бројним експропријацијама земљишта. Тада су никле *велике народне пороте* пред којима је требало *говорити*, тј. заступати своју ствар. А говор је морао бити *убедљив*. Говор пред поротом условио је и карактер реторике. Њена прагматична примена се првобитно састојала у повраћају земљишног поседа. Из супротности интереса постепено се развијала и склоност Грка ка спорењу и оспоравању (*»agon«*). Уколико је морао изићи пред пороту, грађанин је био стављен пред следећих пет услова:

1. ступао је пред колегијем пороте састављеним од 201. до 1501. лица. То нису биле професионалне судије, али су имале судски ранг и овлашћење да пресуђују. Странка је само говором могла да потпуно изложи свој случај.

2. Будући да порота није била правно образована, нити претходно упућена у сам случај, била је коцком окупљана за одређени термин. Странке у спору су саме морале да изложе чињенично стање да наводе и, у нужном случају, изложе законске ставове који важе за одговарајући случај.

3. Уколико су били пуноправни грађани, странке у процесу биле су обавезне да *лично* заступају своју ствар. Није могао да их заступа никакав професионални говорник или правозналац. Истина, говор им је могао припремити неки познавалац ствари, али странке су морале да га напамет науче и изусте као *власити* говор.

4. Суд се није саветовао око доношења пресуде, већ је могао, и то под непосредним утиском после одржаног говора, да гласа о захтеву једне или друге странке.

5. Судска одлука није погађала само оптужену странку. У случају да је и његов противник изјавио да није крив, и *пужик*-оца је погађала глоба, тзв. „*епобелија*“.

Под таквим условима вођења спора било је сасвим природно што је *изговорена реч*, а поготово *како* је била изговорена, добила изузетан значај. Била је то највећа умешност да се свој

случај пред поротом представи у најлепшем, а не само у најбољем светлу. Ко ту умешност није поседовао ризиковао је да изгуби судски спор. На атинском суду грађанин је користио реч (*»logos«*) као средство аргументације. Пошто није било адвоката, свако је смео тужити и свако се морао бранити. Они који су припремали говоре странкама у пору звали су се *»logográphoi«*, говорописци. Тај се занат брзо ширио Атином. Успешан говор, поготово ако је био објављен, доприносио је угледу сачинитеља и доводио му нове клијенте. Тако је настајала реторичка вештина као слободна духовност и то управо на тлу демократије.<sup>59</sup> Говор на суду (*»genus dikanikon«*, *»genus iudiciale«*) заузима прво место међу беседничким вештинама, а и историјски му припада прво место.

Правна аргументација, а са њом и правна реторика могу да се развију само у оквирима демократске и правне државе. Отуда у првеној реторици аргументи правде имају конститутивну улогу. У том смислу правна реторика се улива или испреплиће са филозофијом права.<sup>60</sup>

Предметну област теорије права представља правна пракса (постављање и примена права). У том смислу правна теорија је прагматичка дисциплина. Своју праксу може правна теорија описати као систем деловања. А деловање (*»praxis«*) има један хотимичан циљ, интенционално је мотивисано и тако повезано са појмом рационалности. Већ смо указали да ова интенционалност, односно рационалност смера ка промени.

Као нормативна дисциплина правна теорија се може појмити као теорија правне аргументације. Алекси је, као што смо видели, указао на то да је код јуристичког дискурса реч о оправдању или образложењу једног посебног случаја нормативног исказа, јуристичког суда. Али и саму област теорије аргументације чине оправдања (образложења) која следе према одређеним, институционално унапред датим обрасцима.<sup>61</sup> Разлика између логичара у традиционалном смислу и реторичара огледа се у томе што се први служи моделом дедукције који је монологичког карактера, док се други служи дијалогском структуром „форензичне“ (јавне) аргументације. Партнери у дискурсу су, да употребимо спретан израз Лоренцов (Paul Lorenzen)<sup>62</sup>, с једне стране пропонент, а с друге, опонент који покушавају да се зајамно увере у исправност својих схватања. Међутим, за саму

<sup>59</sup> Упор. F. Nietzsche, *Geschichte der griechischen Beredsamkeit; Rhetorik*, in: Werke Bd. 18, Leipzig, 1912, стр. 100.

<sup>60</sup> Упор. Walter Grasnack, *Über Rechtsrhetorik heute*, in: *Rhetorik*, hrsg. von Joachim Dyck / Walter Jens / Gert Ueding, Bd. 7 (*Rhetorik heute*), Tübingen, 1988, стр. 40.

<sup>61</sup> Упор. Hubret Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt/Main, 1973, стр. 187/188.

<sup>62</sup> P. Lorenzen, *Methodisches Denken*, Frankfurt/Main, 1968; P. Lorenzen / O. Schwemmer, *Konstruktive Logik*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973, стр. 189.

суштину права је спор пред судом од превасходног значаја. Зато поред пропонента и опонента треба увести суд као трећег члана.<sup>63</sup> Суд је она инстанца на којој може да се утврди исправност или неисправност схватања странака у спору, образложеност или необразложеност њихових аргумената. „Сигурност“ је она инстанца са које се то процењује. Док логичар полази од сигурног, реторичар полази од несигурног. Први изводи, други образлаже или „оправдава“. Примећено је<sup>64</sup> да има смисла образлагати само неку несигурну тврдњу. Шта више, само се она и образлаже. Образложење као суштина аргументације значи осигурати стабилност дискурса. Сама структура мњења (за разлику од знања) је несигурна у сазнајном смислу и стога ваља да буде образложена.

Појам образложења почива у рационалности, јер је образложење саздано из уверавања, из навођења „бољих аргумената“, тако рећи, из рационалног надметања. Из традиције „социјалистичког“ правосуђа потиче, колико ми је познато, појам „утврђивања материјалне истине“ у поступку. Али то одаје скривено признање да правна аргументација није истинита ако није „егзактно“ утврђена. Са појмом „утврђивања материјалне истине“ могу се починити многе неправде. У ствари, о истини у праву се може говорити само на основу стварне, образложене аргументације, а она се може утврдити само помоћу критерија рационалности, када се оно „несигурно“ подграђује једним разлогом или темељем. Адвокатски *plaidoyer* је образац правне аргументације у судском поступку. Позив је адвоката да мисаоним, говорним актом ствар свога клијента изводи из стања сумње, дакле, несигурности на степен сигурности и поузданости. Тачно је запажање<sup>65</sup> да су судске пресуде вредносни судови пошто се правне одредбе могу формулисати као правила са којима се деловање квалификује као забрањено, наређено или допуштено. Ако је, нпр., нека тужба усвојена, онда је тиме наређено туженом да тужиоцу нешто допринесе. Ако је оптужени правоснажном пресудом ослобођен, онда је државним инстанцама за санкције забрањено да у тој ствари против њега још једног посежу. Пресуде, као вредносни судови, „вреднују“, а са њиме је повезано нешто субјективно, индивидуално, лично. На суду је да увек процењује („вреднује“) наведене аргументе странака у спору. Један теоретичар вредности добро запажа да се реч вредност примењује свуда где имамо посла „са нарушавањем индиферентности или једнакости међу стварима, свуда где једна од њих треба да буде испред друге, свуда где јој је досуђено да буде највиша и да заслужује да буде у предности“.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> На ту чињеницу указује Н. Rottleuthner, Нав. д., стр. 189.

<sup>64</sup> Упор. Bernhard Hölzl, *Die rhetorische Methode. Theorien und Modelle zur Pragmatik argumentativen Diskurse*, Würzburg, 1987, стр. 108/109.

<sup>65</sup> Н. Rottleuthner, Нав. д., стр. 189.

<sup>66</sup> Упор. Louis Lavelle, *Traité des valeurs*, (tom I), Paris, 1951, стр. 13.

Да би нека „ствар“ заслуживала да буде у предности пред судом, потребно је да се може *оправдати ваљаним разлозима*. За правну аргументацију је битно — и ту се слажемо са Алексијем — да вредносни, нормативни искази (образац су увек судске пресуде) буду рационално образложени у оквирима важећег правног поретка. Терет доказивања (у смислу образложења!) битан је појам судске процедуре.

Теорија аргументације која је овде приказана претендује на рехабилитацију специфичне сазнајне вредности реторике, односно топице, као хеуристичке методе, као »*ars inveniendi*«, вештине изумевања или боље: *изналажења* уверљивих аргумената. Али проблеми аргументације, као што смо видели, нису се задржали на овоме „пренаучном“ нивоу. Филозофија језика и на њој заснована истраживања проширила су поље аргументације и њеног рационалног оснажења. Овај рад представља само *покушај* да се тај процес представи кроз приказ најважнијих теоријских подухвата.

Ljubomir Tadić, an academician

## ARGUMENTATION AND ARGUMENTATION IN LAW

### Summary

At it is clear from the title the author first of all deals with the problem of argumentation in classical philosophy (particularly in rhetoric and topic) and also with its contemporary forms and echoes, more exactly its modernization. Relying on Aristotle he differs the term of *argumentation* from the term of *demonstration*. Argumentation is a speech device of conviction or persuasion. It belongs there where suspicion, conflicts, controversy and problems exist. The purpose of argumentation is to add an assent that is in accord with the premises into the conclusions. While the proves that are in accordance with principles of the logic necessity (»to be in that that way not in another«) which authenticity can not be destroyed by suspicion are cited by means of demonstration, the reasons »for« and »against« that can be acceptable or unacceptable are cited through argumentation. In a certain sense argumentation represents psychological skill of persuasion that is different from mathematical skill of proof derivation. For argumentation it is characteristic the aphoristic statement of J. Habermas, who things that the point is in »an unforced compulsion of the better argument«, different from the forced character of apodictic statements. An indispensable minimum for the application of argumentation is the existence of common language which allows communication among the conversationalists, i.e. participants in the discourse. Author separately explains the theories of Perelman and Habermas referring to the problem of argumentation and then turns to the questions of topic, rhetoric and argumentation in law in general. In this context he critically explains the theory of Theodor Viehweg who deals with relations between topic and jurisprudence, underlining its prolific, and disputable attitudes. It seems as Viehweg's rehabilitation of specification of rhetorical and topical procedure excluded the possibility of connection with the achievements of contemporary philosophy of language and linguistics, although new Viehweg's researches are directed towards Wittgenstein's theory.

An especial place in this study is taken by the report and the critical review on the theory of juristical argumentation of Robert Alexy for whom the juristical discourse is an especial case of general practical discourse developed in theories of Habermas and Apel. In juristical discourse the point is in justification («Rechtfertigung») or in explanation («Begründung») of a particular case of normative statement, that is juristical judgment. Particular attention is paid to that part of Alexy's theory where the special forms of juristical argumentation («*argumentum e contrario*», «*argumentum a fortiori*» and «*argumentum ad absurdum*») are presented.

Theory of argumentation is explained in this work with the aim to maximally rehabilitate the specific knowledgeable values of topic and rhetoric aiming to invent convincing argument, together with simultaneous pointing to achievements of contemporary linguistics and the science of languages which are of the greatest importance for philosophy and theory of law.