

Проф. др Данило Н. Баста

ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА АРТУРА КАУФМАНА*

Кад год је и где год је реч о новијој правној херменеутици, о правној херменеутици нашег времена, једно име не само да се нипошто не може занемаривати, а још мање изостављати, него се, напротив, нарочито мора узимати у обзир и особито истицати. То је име савременог немачког правног филозофа Артура Кауфмана. Бројни су разлози којима се даде поткрепити ово Кауфманово издвајање, ово придавање посебног значаја управо његовом учинку у данашњој правној херменеутици. Они се, између осталог, налазе у снази и непоколебљивости његовог залагања за херменеутички приступ праву, у наглашавању језичности и језичког карактера права, у ослобађању права и правне мисли од прекомерности класичног вида рационализма („као у Лајбницево време“), у одлучној афирмацији (сваке пажње вредне) херменеутичке повесности права, у превазилажењу једностраности како природног права тако и законског позитивизма итд. Кратко и сажето речено: у покушају изградње *херменеутичке правне онтологије* кадре да отвори пут ка ономе што је „вечна“ тежња и врховни идеал свеколике правности: *ipsa res iusta* (сама праведна ствар). Ако се, мада не без ризика одвећ смелог уопштавања, може рећи да су остали данашњи поборници правне херменеутике превасходно ишли за тим да јој утврде и обезбеде разлог постојања, те да јој потом нађу места у оквиру правне методологије или да ову њома потпуно и суштински прожму, Артур Кауфман је, без сумње, отишао крупан корак даље. Код њега није у питању уношење (утрађивање, по правилу накнадно и спољашње) правне херменеутике у методологију

* Ова расправа је део обимнијег рада о новијој правној херменеутици, тој утицајној и у сваком погледу значајној оријентацији у данашњој правној филозофији. Под насловом „Херменеутика и право“, његов уводни део објављен је у часопису „Гледишта“ бр. 3—4/1990, стр. 88—102.

права (као једног метода међу осталима), није у питању ни давање повлашћеног статуса правној херменеутици према другим правним методима или поступцима тумачења права, није у питању чак ни свеобухватан херменеутички преображај правне методологије. У питању је нешто више, дубље и значајније, у питању је обнова целокупне јуриспруденције у духу херменеутике — заснивање једне *херменеутичке јуриспруденције*. За чим он стреми и чему је дао све друго пре него незнатне прилоге, то је довођење читаве правности, теорије и праксе права, у хоризонт правне херменеутике. У томе се састоји истинска побуда Кауфмановог подухвата и нит-водиља његове мисаоне стратегије. Зато се само као знак скромности, али не и као тачна ознака суштине онога о чему је код њега заправо реч, може примити Кауфманова напомена да се његова настојања, изражена у једној формули, своде на учење о исправном праву, свеједно што он ово учење при том схвата у двоструком смислу, као учење о томе *шта* је исправно право и као учење о томе *како* исправно право настаје у процесу разумевања права.¹

За Кауфманова настојања око правне херменеутике, а следствено томе и за увид у њихову суштину и основни смер, прворазредну важност има проблем повесности права. Питање о повесности за Кауфмана је толико значајно да у највећој мери обележава његово заснивање херменеутичке јуриспруденције, утискујући овај неизбрисив печат по којем се она намах препознаје. Правна херменеутика до које је овом аутору стало, сва одише повесношћу права, налази ослоњаца у њој и с њом рачуна. Стога је сасвим оправдано ако се каже да особена повесност права сачињава окосницу и „духовну атмосферу“ правне херменеутике коју Артур Кауфман има у виду и за коју се залаже.

Кауфман припада оним правним филозофима чија је мисао у присној и уједно плодносној вези са савременом филозофијом, што ће рећи да је та мисао начелно отворена за импулс који јој из те филозофије могу доћи. С обзиром на његову основну херменеутичку тенденцију, није никакво чудо што се управо Хајдегер и Гадамер често појављују као Кауфманове упоришне тачке. Кад је реч о проблему повесности, било је сасвим очекивано да ће се он позвати на Хајдегерову упечатљива разматрања о временитости и повесности људског тубивствовања, изложена у

¹ Упор. Arthur Kaufmann: *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (Carl Heymanns Verlag KG, Köln — Berlin — Bonn — München, 1984), стр. VII. — Осим тога, овакво означавање се непотребно и неопрезно излаже опасности неспоразума, будући да нескривено алудира на теорију исправног права (Штамлерову, пре свега) која је, међутим, уза све могуће подударности или паралеле, ипак принципијелно различита и сасвим далеко од Кауфманове херменеутичке правне онтологије односно херменеутичке јуриспруденције. О исправном праву (израз је сковао Рудолф Штамлер почетком овога века) упор. Karl Larenz: *Richtiges Rect. Grundzüge einer Rechtsethik* (Verlag C. H. Beck, München, 1979).

Бивству и времену, мада при том, како се чини, неће остати ка- свим веран духу тих разматрања, а самим тим ни смислу читаве фундаменталне онтологије.²

Да би доспео до повесности права, Кауфман је, природно, најпре морао да осветли повесност човекове егзистенције уопште, јер се она прва, наравно, не може одвојити од ове друге, чији је само посебан облик испољавања. Само човек може да буде повестан, само он може да има повест. Повесност његове егзи- стенције извире из тога што је он, коначно, биће обдарено духом. Другим речима, човек је повестан стога што је личност. То значи да му његова суштина није претходно, „од природе“ дата као готова, него да му је задата као његово сопствено дело. Управо у томе лежи крајњи темељ његове повесности. Јер, он само путем повести, повести као свог пута, може доћи до своје сушти- не, до целовитости и аутентичности свога бића. Пут повесности пут је његовог самоостварења, а ово није могуће без слободе. Баш због тога самоостварење човеково није без остатка истоветно с његовим самоусавршавањем. Напротив, самоостварењу је подједнако својствено и човеково самоотуђење. То је Кауфману дало повода да проблем повесности дијалектизује, тј. да њен појам одреди дијалектички (и тиме се, можда и нехотице, удаљи од Хајдегера на кога се, иначе, све време позива). Он каже: „Оно што називамо човековом повесношћу, у крајњој линији није ништа друго него та дијалектика самоостварења и само- отуђења онако како се свагда збива захваљујући акту егзистен- цијалне слободе, захваљујући одлуци у конкретној ситуацији“.³

Само је по себи очигледно да тако схваћена повесност почива на делању као еминентном облику човековог само- остварења. Човек је повесно биће зато што је кадар да дела и да тако „има свет“. Кауфман заступа једну врсту персоналне теорије делања и у складу с њом даје његов појам. Делање је за њ одговорно и смислено обликовање створености, а тиме и самог делатника.⁴ Способност за делање не може се замислити без способности мишљења, које, опет, претпоставља језик као своје оруђе. Делање, мишљење и језик јесу, дакле, они чиниоци, узајамно испреплетени, који омогућују и одређују повесност човека и његовог света. Покушај да се било који од ових чинилаца издвоји и да му се прида већа вредност него другима, био би, разуме се, методски погрешан и неодржив. Па ипак, за херменеутику, по природи ствари, језик избија у први план, она за њега показује превасходан интерес. Као што ће се ускоро видети, то потврђује и Кауфманова правна херменеутика.

² Разуме се да то запажање у контексту ове расправе може имати само узпредан карактер.

³ Arthur Kaufmann, *нав. дело*, стр. 31.

⁴ Упор., *Исто*, стр. 32.

Ако је човек као личност повесно биће, ако он, према томе, себе конкретно остварује, онда је сасвим извесно да је и право израз и потврда његове повесности. Посматрано из те перспективе, право је, према Кауфману, културни феномен који је створио човек, оно има удела у његовој персоналности и повесности. Штавише, и сâмо право има своју повесност. Два су аспекта са којих се проблем повесности права показује као значајан, при чему њихово разликовање — није наодмет рећи — не значи никакво строго одвајање.⁵ Први од њих, Кауфман назива више правнофилозофским и правноонтолошким. Он се односи на проблематику онтолошке временске структуре повесности права. Иако би то требало да буде јасно сâмо по себи, ипак није згорег напоменути да се код овог аспекта повесности права не мисли ни на какву емпиријску историју права. Проблем није правноисторијски, већ правноонтолошки. Сам Кауфман је то језгровито формулисао већ у свом значајном делу о принципу кривице из 1961. године, а у потоњим радовима више пута поновио: „Не занима нас како право чисто чињенично у повести *јесте*, већ, напротив, како оно *има* повест, какво је у свом бивству одређено модусом повесности. Реч је о *онтолошкој повесности самог права*“.⁶ Заслуга је Кауфманова што је, особито у својим ранијим текстовима, управо том првом аспекту, тој онтолошкој повесности права, посветио велику пажњу, размотривши је у својим истанчаним анализама обухватно и не мање узорно. Од новијих правних филозофа, ретко би се ко са Кауфманом могао ставити раме уз раме по доприносу који је дао онтологији права у овом њеном виду.

Други аспект повесности права више је правнотеоријски и методолошки.⁷ Врло је симптоматично што повесност виђену са овог аспекта, што ову „врсту“ или димензију повесности, Кауфман, иако с малом резервом, назива *херменеутичком повесношћу права*. Јер, на тај је начин недвосмислено ставио до знања о чему је ту заправо реч и на шта уистину смера. Херменеутичка повесност права, то је — свакако не једино, но ипак превасходно — проблем и значај *језика* за право, из перспективе језика, правност под егидом језичности. Тиме је Кауфман отворио и омеђио оно истраживачко подручје на којем ће се кретати у (сасвим условно речено) другој етапи своје правне филозофије, етапи посвећеној развијању и потврђивању правне херменеутике

⁵ Упор. Исто, стр. 28.

⁶ Arthur Kaufmann: *Dass Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung* (Carl Winter — Universitätsverlag, Heidelberg, 1961), стр. 86. — Упор. такође Кауфманове расправе „Природно право и повесност“ и „Онтолошка структура права“, обе у његовој књизи: *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2. Auflage* (Carl Heymanns Verlag, KG, Köln — Berlin — Bonn — München, 1984).

⁷ Сва је прилика да ове ознаке нису баш најпогодније, будући да саме по себи неодолјиво асоцирају на научност и строгост, које, међутим, ни Кауфман при том није имао на уму.

одн. херменеутичке јуриспруденције. Заслугама стеченим разматрањима о онтолошкој повесности права сада се придружују и Кауфманове заслуге стечене разматрањима о његовој херменеутичкој повесности.

Раније је већ било упозорено на природну повлашћеност језика у херменеутици. Било је исто тако напоменуто да то потврђује и Кауфманова правна херменеутика. А малочас је казано да се херменеутичка повесност права своди и усредсређује на проблем језика у праву, на право као језик. Сада је неопходно ближе разматрање о том проблему, будући да се на тај начин могу осветлити сама суштина и крајњи смисао Кауфманових правнохерменеутичких тежњи.

Колики значај Кауфман придаје питању о језику, то се канда не може довољно нагласити. На многим местима својих правнохерменеутичких студија он неуморно истиче пресудну улогу језика. Усвајајући темељне поставке и тековине старије и новије филозофије језика — од Вилхелма фон Хумболта преко Ернста Касирера до Лудвига Витгенштајна — он нарочито подвлачи конститутивни карактер језика. Иако не запоставља његове различите функције (семантичку, комуникацијску итд.), Кауфману је ипак првенствено стало до језика као најизворнијег човековог „егзистенцијала“, до језика као конститутивног чиниоца стварности. Једино захваљујући језику, који је извориште људског духа и персоналности, човек је кадар да створи свој свет, да бивствује с другим људима и да, пре и изнад свега, дође до себе сама.⁸ Кауфман говори о персоналном дигнитету језика, у чему види оно што је за језик есенцијално. Језик је самоизраз личности, али и више од тога: он је *humanum* по себи, јер тек с могућношћу говора човек почиње да бива човек у аутентичном и најбољем смислу.⁹ Језик ствара човека и његов свет — тако би се у једној реченици могао сажети Кауфманов суштински став према језику. (Што такав став није никакво самостално откриће или оригинално достигнуће, већ заједничко добро, па и *locus communis*, филозофије језика у целини, то у склопу ове расправе није од посебне важности.)

Као што је разликовао два аспекта повесности права, тако Кауфман разликује две димензије језика.¹⁰ Права, која је „тако рећи хоризонтална“, јесте *рационално-категоријална*. Друга, која је „тако рећи вертикална или трансцендентална“, јесте *интенционално-метафоричка*. Кауфман их још назива (прву) појмовно-апстрактном и (другу) *симболичко-очевидном*. Живи језик се увек креће на обе те равни, дводимензионалност је његово основно својство. На првој равни, оној хоризонталној,

⁸ Упор. о томе А. Kaufmann: *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, стр. 33.

⁹ Упор. Исто, стр. 103.

¹⁰ О ономе што следи упор. Исто, стр. 34—35. Такође стр. 106.

посреди је формално-логичка једнозначност и егзактност језика. Ове се начелно могу достићи путем апстракције и језичких правила, па чак и применом вештачких језика. То, међутим, није случај са другом равни језика, оном вертикалном. Ту је посреди трансцендентално-логички смисао језика, при чему логика ствари искључује сваку једнозначност и егзактност. Занимљиве су још две Кауфманове ознаке. Језик на првој равни, дакле рационално-категоријалну димензију језика, он још назива дигиталним језиком. Такав језик је чисто репродуктиван, а његова функција оперативна (функција означавања). Језик на другој равни, тј. његову интенционално-метафоричку димензију, Кауфман назива и аналогним језиком. Насупрот дигиталном, овај језик је продуктиван и иновативан, док му је функција симболичка (функција саопштавања). — Ни у ком случају не треба сметнути с ума да разликовање ових двеју димензија језика не значи круту оделитост нити подразумева зјап међу њима. Напротив, те се две димензије у језику прожимају, задиру једна у другу, узајамно допуњују. Било какав једнодимензионални језик, свеједно да ли на првој или другој равни, позледио би само биће језика и нарушио, ако не и сасјим онемогућио, његову незаменљиву улогу. Језик јесте и остаје дводимензионалан. — Ваља додати још нешто. По Кауфмановом мишљењу, наиме, у дводимензионалности језика очитује се његова иманентна повесност. С тим се, дакако, није тешко сложити. Теже је, међутим, сагледати се с његовим (иако »mutatis mutandis« изведеним) изједначавањем значења иманентне повесности језика као дијалектике метафорике и појмовности са повесношћу човека као дијалектиком самоостварења и самооутуђења. Чак и под условом да се говор о ове две дијалектике сматра заснованим, дакле умесним, њихово значењско поистовећивање не делује ни уверљиво ни промишљено. (Али, то је само једно запажање које за средишњу тему о којој је овде реч нужно остаје узредно и зато небитно.)

Није потребна никаква нарочита мисаона окретност како би се увидело да сва ова разматрања о конститутивној улози језика, о његовој дводимензионалности и самосвојној повесности, ма колико, иначе, сама по себи била вредна и значајна, имају тек претходни и припремни карактер, да служе само као пролегомена за оно што је у средишту Кауфманове пажње и интересовања. Њихова се намена састоји у раскрчивању тла и одређивању општег оквира за постављање централног питања правне херменеутике, питања о структури и функцији правног језика. То је водеће питање којим је позвана да се бави „теорија права као језичка теорија права“¹¹ — што се може узети као друго име за правну херменеутику одн. херменеутичку јуриспруденцију.

¹¹ Исто, стр. 102. Ова формулација налази се у Кауфмановом чланку „Право и језик“ из 1983. године.

Ако језик има конститутивну улогу (ово, наравно, не треба схватити у апсолутном значењу), ако се, другим речима, тек у језику и помоћу њега успоставља човеков свет, онда то, зацело, мора важити и за право. Јер, и право је „свет“, и то свет који на еминентан начин настаје из језика. При том се не мисли на елементарну чињеницу да се право служи језиком — то је за Кауфмана, и не само за њега, један баналан став. Та чињеница и тај став налазе се, можемо рећи, изван правне херменеутике или, у најбољу руку, на њеној периферији, они немају непосредног правнохерменеутичког значаја. С њима правна херменеутика не почиње. Она почиње — и једино може започети — одлучујућим сазнањем да „свет права потиче из језика“ и, још више, суштинским увидом да се „право ствара помоћу језика“.¹² Ово су стожерни ставови правне херменеутике, чије су консеквенције, као што ће се видети, у многим правцима далекосежне. Треба добро разумети шта се њима заправо тврди и каква се истина о праву тиме изриче. Јер, ти ставови не значе просто да је право језичка творевина, да је саздано од језика. Они казују нешто више и упућују на нешто пресудније. Можда се то да изрећи и на овај, донекле зачуђујући начин: право није само језичка творевина него и творевина језика. Поврх тога што праву даје облик, језик му одређује и суштину. Језичност права није његово спољашње, површинско обележје, како нам се указује на први поглед. Језичност је његово животно начело, начин на који оно уопште бивствује.

Ма колико наглашавао конститутивну улогу језика за право, ма колико инсистирао на праву као производу језика, Кауфман је ипак довољно опрезан и разложен да не подлегне екстремном номинализму. Језик конституише право — то је, додуше, врховна истина од које у Кауфмановој правној херменеутици све полази и којој се све враћа. Али то није и цела истина. Он изричито одбацује Хјумово гледиште по којем се право конституише само помоћу језика. У том погледу, његова правна херменеутика остаје умерена и уравнотежена. Ово нипошто не треба сметнути с ума, будући да се тако могу предупредити приговор номинализма и неспоразуми на тој основи.

Сада се ваља окренути питању о стручном правном језику, посебно језику закона, и његовом односу према текућем свакодневном језику. Без околишења треба рећи да се раније поменута димензионалност односи на оба ова језика. По својој структури, и стручни правни језик и свакодневни језик имају две димензије, само што њихов „распоред“ није равномеран. У језику права, а нарочито закона, упадљива је превласт појмовно-категоријалне димензије. Тај је језик сразмерно апстрактнији, строжи по форми и веће оперативне вредности. За разлику од ње-

¹² Исто, стр. 104, 102. Подвлачење је Кауфманово.

га, језик свакодневне комуникације је живљи, изразитији, садржински богатији и утолико веће информативне вредности. Па ипак, нити је онај први потпуно лишен метафорике и искључиво рационалан, нити је овај други сасвим лишен појмовности и искључиво сликовит. Ни један ни други нису и не могу да буду једнодимензионални. Штавише, ни код једног ни код другог се не може говорити о једнозначности. Управо обрнуто, неједнозначност се, свим (и не баш безначајним) покушајима упркос, не може отклонити. Према свим тим покушајима језик се увек изнова показује довољно отпорним, он је од свих њих заштићен својим богатством, обиљем, неисцрпношћу.

Зачета код Лајбница, у коме је имала великог поборника, рационалистичка тежња да се научна логика учини независном од говорног језика тако што ће се математички симболизовати, ни до данас није ишчезла из духовних наука, па ни из правне науке, упорно одолевајући, када је о овој последњој реч, и реторичкој теорији права, и топичкој јуриспруденцији, и правној херменеутици. Схватање да се свет потпуно може сазнати и обухватити помоћу разума, да се та сазнања моу логички средити, разврстати, класификовати и уобличити у један затворен систем једнозначних и заувек истинитих исказа, тај рационалистички идеал научности, чија је филозофско-антрополошка подлога одређење човека као *ens rationale*, још увек има завидан број приврженика, међу којима је знатан број научника-правника. По њиховом уверењу, сазнање права, начелно узев, може бити научно, егзактно и аподиктичко. Нема разлога да јуриспруденција не буде строга наука. Тај циљ она може постићи тако што ће свој језик до крајности прочистити, ослободити од метафорике и вишезначности, формализовати, рационално конструисати, што ће се без остатка и без резерве придржавати Карнаповог захтева за „формални начин говора“.¹³

Исти тај захтев има да важи и за језик закона. При том се оно што је том језику, барем по интенцији, ионако својствено — наиме апстрактна појмовност, прецизност, једнозначност, дакле висок степен рационалности — уздиже до искључивог императива. Неопходност једнодимензионалности језика закона — а не мање и језика права уопште, стручне правне терминологије — поткрепљује се и једним разлогом којем се у таквој врсти аргументације приписује нарочита тежина. Сматра се, наиме, да високо рационализован и формализован језик закона учвршћује и зајемчује правну сигурност. Јер, каже се, само онај језик који не изазива никакве недоумице или сумње у погледу значења, дакле само једнозначан језик закона, строг у изразу и без нијанси, може бити поуздано средство за обезбеђење и унапређење тако несумњиве вредности као што је правна сигурност. Ако ствари тако стоје, следило би да већ остављање простора

¹³ Упор., *Исцр.*, стр. 113.

за недједнозначност у језику закона, а некмоли тек њено отворено заговарање, иде на руку правној несигурности, угрожавању извесности и стабилности правног живота.

Већ досадашњи ток излагања о Кауфмановој правној херменеутици, за коју је у више наврата речено да је усмерена на заснивање херменеутичке јуриспруденције, у довољној мери показује да на тлу права и правног језика не може бити говора ни о каквој једнозначности или једнодимензионалности, те да се рационалистички идеал научности, оличен и у захтеву за строги формализовани језик, овде оглушује о саму ствар, остајући према њој насилан. Супротно рационалистичком претеривању, право се за Кауфмана не налази у потпуности на равни рационалности. Колико год ишао за тим, колико год по природи своје намене, из себе сама, тежио ка томе, језик права, ипак, никада не може да се успне до оног степена апстрактности и рационалности који би обезбедио потпуну једнозначност. Али не само да то није могуће него није ни пожељно. Јер, право би, под претпоставком да достигне крајњу апстрактност и једнозначност, управо тиме изгубило оно што је неопходан услов његовог постојања и јемство његове делотворности — непосредан однос према конкретној стварности и преко потребну животност. Закон чији би језик био сасвим формалан и једнодимензионалан, којем, дакле, не би било потребно никакво тумачење, чији би језик провалијом био одвојен од свакодневног језика — такав закон био би изложен произвољном манипулисању и не би због тога био никакво јемство правне сигурности. Свеобухватној рационализацији права отрже се само биће језика. Зато се крајњи темељ и истинска залога херменеутичке природе права налазе управо у овом бићу језика, у његовој творачкој животности несводљивој на рационалну једнозначност.

Из тога би било погрешно закључити да Кауфманова правна херменеутика широм отвара врата ирационалности у праву. За такву бојазан нема ни најмањег разлога. Ни ирационалност ни антирационализам нису цена којом она искомпликује своја настојања. Није реч о томе да правна херменеутика доводи у питање рационалност права или да је чак отворено пориче. Да би одузео разлог свакој сумњи, сам Кауфман изричито тврди да су форма, апстракција, генерализација, појмовност — све сама средства и обележја рационалности — сасвим неопходне за обликовање права; без њих не би у праву било никакве једнакости, тј. једнаког поступања, и никакве правде.¹⁴ За правну херменеутику, дакле, рационалност права је неоспорна. Спорно је нешто друго. Спорна је разобручена и апсолутизована рационалност, она која је подигнута до ранга јединог и неприкосновеног принципа права, свевладајућа и свепржимајућа. Само за такву рационалност, за ону која жели да се доврши у техничком пер-

¹⁴ Упор. *Ист.*, стр. 114.

фекционизму права и обездуховљеној „компјутерској правди“, Кауфманова правна херменеутика нема ни најмањег разумевања. Она не пристаје на рационалност која ће само собом бити препрека за продор особености и посебности у процес налажења права. Она не може прихватити рационалност која ће не само пренебрегнути, не само замутити, него и затрпати онај дубоки и истински извор права: језик натопљен стварношћу, језик света живота, оног света из којег се он непрестанце обнавља и који успоставља у његовој повесности. С чим ће се, пак, правна херменеутика сагласити и што неће одбацити, то је рационалност права која има своје јасне границе, која не иде науштрб његове језичности, која, дакле, оставља довољно простора за херменеутичко умеће помоћу којег се право рађа, обелодањује и оживо-творюје.

Ово (можемо га тако назвати) правнохерменеутичко „обуздавање рационализма“ са своје стране наговештава Кауфманово гледиште о односу између стручног језика закона и свакодневног језика. Уза све разлике међу њима, о којима је раније било било речи, та два језика нису толико удаљена један од другог да би свако премошћивање било немогуће. Стога кључно питање није у томе да ли се, већ у томе како се они могу посредовати. Колико је расветљавање овог питања значајно, види се по томе што оно задира у саму срж примене и живота права. Јер, кроз питање о односу језика закона (и уопште стручног правног језика) и језика свакодневног опхођења прелама се одсудно питање о односу света норми и света конкретних животних чињеница, нормативности и фактичности, требања и бивства. Реч је, према томе, о једном фундаменталном питању које уједно има и крупан егзистенцијални значај.

Питање о којем је реч Кауфман сагледава на једном посебном правном подручју, наиме на подручју кривичног права, и на једном нарочитом проблему тог подручја, наиме на проблему урачунавања. (Сличне се путисак да та околност — свакако и због тога што је Кауфман у кривично-правној проблематици, и то оној суштинској, „код куће“ — даје особен печат његовом разматрању.) Кауфман најпре указује на недостатак новије кривичноправне теорије импутације.¹⁵ Он их пре свега види у одвећ статичком начину посматрања. Поступа се тако што се замишља да је значење кривичног дела нешто претходно дато и утврђено, из чега код урачунавања следи да то значење треба само поново наћи у представи починиоца кривичног дела. Произилазило би да је акт урачунавања мање-више механички, један акт персоналног поступања који се унапред показује равнодушним према конкретној ситуацији и индивидуалности.

Оваквој теорији импутације Кауфман супротставља своје херменеутичко виђење (не, дакле, „коначно“ решење!) проблема

¹⁵ О ономе што следи упор. Исто, стр. 115 и даље.

урачунавања као процеса комуникације између судије и починиоца кривичног дела, одн. оптуженог.¹⁶ Да би се избегле могуће недоумице, одмах ваља рећи да тај процес није никакав дијалог равноправних страна, нити да га треба схватити у смислу узajамног разговора из којег би на крају проистекла њихова сагласност о делинквентовој кривици. (На крају крајева, то није могуће ни због тога што оптужени може изабрати ћутање). По својој природи, тај процес комуникације јесте, додуше, дијалог, али дијалог у којем судији морају припасти две улоге: улога закона и улога оптуженога. Нема сумње да то његов задатак, који ионако није лак, чини врло сложеним и одговорним. А тај се задатак састоји у успостављању — пре тога непостојеће — кореспонденције двају хоризоната разумевања — починиоцевог и судијиног (пошто овај у датом случају одређује значење закона). Без те кореспонденције, без тог приближавања двају хоризоната разумевања, нема ваљаног урачунавања.¹⁷ До овога се може доћи процесом комуникације у којем ће се, с једне стране, починиоцеве представе, обликоване на основу свакодневног језика, превести на језик закона, док ће се, с друге стране, појмови из закона, исказани стручним језиком, отворити ка свакодневном језику починиоца. Кауфман то спретно формулише тако што каже да се у том посредовању језичких израза „језик починиоца мора идеализовати“ а језик закона „нормализовати“.¹⁸ Реч је о „паралелном вредновању“ које се врши у самом судији. Да би дорастао својој осетливој двострукој улози, тј. да би посредовањем између починиоцевог света потеклог из обичног свакодневног језика и света закона израженог стручним језиком остварио довољну меру сличности коју изискује урачунавање, судија треба да буде вичан и једном и другом језику, што је, разуме се, висок захтев којем није нимало лако удовољити. Поред тога, успешности његове одговорне улоге може допринети поштовање потребе да језик закона не буде сувише удаљен од свакидаш-

¹⁶ Треба већ сада приметити да се и код Кауфмана, баш као и код других правних херменеутичара, судија појављује као прворазредан херменеутички чинилац, а његова улога и делатност као превасходно херменеутичке. О томе ће још бити речи. О том проблему, нарочито с обзиром на везаност судије за закон, за законске норме, постоји у правнохерменеутичкој литератури (али и изван ње) замашан број радова. Уместо многих, помињемо као репрезентативан и често помињан следећи: Karl Larenz: »Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem«, у књизи: *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, стр. 291—309.

¹⁷ Коришћењем термина „кореспонденција“ и „приближавање“, Кауфман свесно жели да избегне познату Гадамерову синтагму „стапање хоризоната“, која се, међутим, у Гадамеровој филозофској херменеутици јавља у друкчијем контексту, наиме контексту разматрања о повесности разумевања, где се онда говори о стапању хоризоната садашњости и хоризоната прошлости. Упореди: Hans-Georg Gadamer: *Wahrheit und Methode*, (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1975), стр. 289—290.

¹⁸ A. Kaufmann, *нав дело*, стр. 116.

њег говорног језика. На жалост, то је све ређи случај.¹⁹ Језик закона је све даљи од језика народа, јаз међу њима постаје све већи. Језичка животност, толико потребна законима и праву у опште, може извирати једино из свакодневног језика, из чије се неједнозначности разгоревају прилагодљивост, савитљивост, покретљивост, богатство у нијансама и изражајна моћ језика. (Да та животност, међутим, није исто што и неодређеност или језичка збрка, излишно је и помињати.)

Ако се сад вратимо проблему урачунавања одн. паралелном вредновању у којем га треба разрешити, онда закључно можемо навести Кауфманово мишљење да се током судског процеса комуникације починиоцева *магловита* представа о *социјалном* значају (друштвеној штетности) његовог дела згушњава у *прецизну* свест судије о *правном* значају тог истог дела. Свест о противправности ствара судија и у суду о кривици приписује је, урачунава је, починиоцу кривичног дела. Кауфман каже: „Према томе, постоје две равни на којима услеђује кривичноправно урачунавање: *објектна* *раван* починиоцевог света свакодневног језика и *метараван* судијиног света стручног језика. Судија суди на метаравни о починиоцевој кривици; он је дефинише као „правну кривицу“...“²⁰ Тиме је овај аутор дао пуни израз херменеутичкој природи урачунавања, а преко примера и херменеутичкој природи права и правног живота у самом његовом жарштву — тамо где се, не без загонетности, дотичу требање и бивство.

Уверење да досадашња разматрања о Кауфмановој правној херменеутици пружају елементе за стицање опште представе о њој, не би требало да буде безразложно и смело. Па ипак, за заокруживање те представе, за обухватан поглед на херменеутичку повесност права, биће потребно да се укаже на још неке моменте. Тек ће се тако омогућити целовит увид у оно што је означено као Кауфманова херменеутичка јуриспруденција, баш као што ће се и створити подлога на којој је могуће расуђивати о њеним врлинама и доприносима или пак манама и пропустима.

Један од важних момената на који Кауфман често скреће пажњу, наглашавајући његов херменеутички значај и повлачећи из њега правнохерменеутичке консеквенције, јесте недовршеност закона.²¹ Сасвим супротно догми позитивизма, за коју је закон унапред и по својој природи потпун и довршен правни акт, Кауфман подвлачи његову непотпуност и незаокруженост.

¹⁹ Данас би било тешко, ако већ не и гротескно, замислити неког књижевника, који, приступајући изјутра писању свог романа, зарад језичкон „уигравања“, посеже за каквим модерним законом, као што је то својевремено чинио Стендал када је, радећи на рукопису *Пармског картузијанског манастира*, свако јутро узимао у руке *Code Civile* и из њега читао неколко чланова.

²⁰ А. Kaufmann, *нав. дело.*, стр. 118.

²¹ Уз излагање које следи упор. Исто, стр. 61 и даље, 85 и даље.

Закон није, нити може да буде нешто довршено и готово. Штавише, његова непотпуност произлази из саме његове суштине, те се утолико мора сматрати нужном и априорном. Али та непотпуност, та недовршеност закона никако не значи његову несавршеност. Она није никакав недостатак, никаква слабост произишла, рецимо, из неспособности законодавца да своје дело, држећи се правилâ нормативне технике, изведе до краја. Разлози непотпуности и недовршености закона не леже у субјективним ограничењима његовог творца. Они леже у самој природи ствари о којој је ту реч. Јер, закон се — начелно — односи на мноштво случајева и чињеничних стања који се непрекидно мењају. Баш због тог мноштва и те променљивости, закон, чак и кад би могао (што, иначе, није случај), не би смео да буде затворен, потпун и једносмислен. Испоставља се, дакле, да је недовршеност закона *conditio sine qua non* његове функције. Другим речима, само непотпун закон може успешно одиграти улогу која му је намењена.

Из принципијелне и неизбежне недовршеност закона произлазе херменеутички значајне последице, и то такве које код присталица доследног (не нужно и тврдокорног) правног позитивизма изазивају не само недоумице и неслагања него и отпоре и одбацивања. Ако је закон сам по себи, по својој суштини, непотпун, недвршен, онда се он у нечему или нечим мора употпунити, довршити. Закон се употпуњава — и тиме у пуном смислу постаје закон — тек у односу на случај и чињенично стање које „регулише“. Правна херменеутика се не може задовољити оним чиме се задовољава традиционална правна методологија: да се, наиме, одговор на питање да ли се законским текстом мисли на одређено стварно стање може наћи у самом закону помоћу тумачења. Она иде корак даље и захтева да се сâмо чињенично стање „упита“ да ли се у њему може наћи текст закона. Није, следствено томе, унапред јасно шта закон мисли и на шта смера. То постаје јасно тек на случају и захваљујући њему. Закон налази своје довршење онда када се конкретизује у датој историјској ситуацији.

Недовршеност закона подразумева немогућност његове примене у облику чисте супсумције.²² А то значи да правна херменеутика без зазора оспорава силогизам као средство и пут остварења права. Она одбацује пуку рецептивност примене закона и разумевања његовог текста. За њу ствари не стоје тако као да би на једној страни било право садржано у законским нормама, а на другој конкретни случајеви из друштвене стварности на које се то право „примењује“ одн. под које се ти случајеви, ме-

²² Замишљање примене закона на неки конкретан случај као логичког процеса супсумције појединачнога под опште Гадамер с пуним правом назива „пуком лаичком представом“. Hans-Georg Gadamer: *Wahrheit und Methode*, стр. 489.

ханички и рутински, „подводе“. Ту илузију она разара свесно и потпуно. Са становишта правне херменеутике, не може бити говора о логичком извођењу права из законских норми. Или, како Кауфман каже: „Није више реч о томе како се право може логички дедуковати из крутих норми, питање, напотив, гласи како се право може херменеутички разумети из живог повесног језика.“²³

Одговор на ово, несумњиво кључно питање, води нас до самог језгра правне херменеутике, до онога што јој највећа лежи на срцу и о чему тако брижно води рачуна. Оно што најпре треба имати на уму и нипошто и никада не губити из вида, то је да се за правну херменеутику (мада, истина за вољу, не само за њу) закон и право не поклапају, да они нису исто. Право се не може свести на закон и законске норме. Правна херменеутика не пристаје на истоветност права и закона. *Закон је само могућност, али не и стварност права.*²⁴ Овај став има за правну херменеутику статус фундаменталног става и она му придаје највећи могући значај. Законско право постоји једино у модусу могућности. Питање које сада неодољиво искрсава гласи: како право из модуса могућности постаје стварно, конкретно, повесно право? Који пут предлаже правна херменеутика да би се од законског права-могућности дошло до права-стварности?

Најкраће речено, тај пут јесте пут разумевања законског текста. Право се успоставља, оно настаје искључиво у херменеутичком процесу разумевања. Важно је уочити да правна херменеутика не доводи у питање законску норму. Напротив, она, баш као и позитивизам, полази од те норме која указује на одређен правац. У њеној апстрактности и формалној позитивности она види нужан, но не и довољан разлог за конкретно, материјално-позитивно право, као што то слепо верује правни позитивизам. За правну херменеутику, законска норма је почетна, али не и завршна тачка. Мора се ићи даље, норма се мора превазићи, трансцендирати. Ова трансценденција законске норме неопходан је услов за херменеутичко рођење права. Та се трансценденција врши управо у процесу разумевања законског текста.

Упечатљив моменат Кауфманове правне херменеутике садржан је у његовом одређењу разумевања текста као практичког и уобличујућег *делања*. Далеко од тога да буде нешто само рецептивно, разумевање законског текста има изразито делатни карактер. То је, може бити, на најбољи начин дошло до израза у оној познатој и често помињаној речи-слици Карла Енгиша о „кретању погледа тамо овамо између горње премисе тј. норме

²³ A. Kaufmann, *нав. дело*, стр. 84.

²⁴ На једном месту Кауфман напомиње да ову могућност треба схватити у смислу Аристотеловог појма *dynamis* а не *energeia*, не упуштајући се у ближе објашњење. Упор. Исто, стр. 61. О односу закона и права упор. Karl Engisch: *Einführung in das juristische Denken*, 8, Auflage (W. Kohlhammer, Stuttgart — Berlin — Köln — Mainz, 1983), стр. 182. и даље.

— Д.Б.) и стварног животног стања“ (ein Hin und Herwaidern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt).²⁵ Тим двоструким кретањем, тим сталним узајамним деловање, тим актом разумевања које је практичко делање, право настаје, конституише се у својој конкретности и повесности. Пре тог херменеутичког процеса, не може уопште бити речи нити о „праву“ нити о „стварном стању“ или „случају“ на који се оно „примењује“. Тај процес у себи јединствен и у њему се у исти мах збива нормативна квалификација случаја и конкретизација законске норме, чиме се „стварно стање и правна норма тек успостављају“.²⁶ Без тог процеса и пре њега, постоји на једној страни извештан број апстрактних законских норми, док се на другој страни налази мноштво расутих и неповезаних чињеница, „сирових материјалија“. Ове „две стране“ могу се довести у узајаман однос и између њих се може постићи неопходна адекватација једино путем брижљивог херменеутичког разумевања чији се одлучујући чин, према Кауфману, састоји у обрађивању конкретних правних прописа с обзиром на чињенично стање и у конструкцији чињеничног стања с обзиром на закон.²⁷

Као и код осталих правних херменеутичара, тако и код Кауфмана судија и судијска делатност добијају нарочит значај. То је и разумљиво. Јер, ако је закон по себи недовршен и ако изискује употпуњавање, ако је он само могућност права, ако се право може успоставити тек у процесу разумевања текста закона и ако је тај процес практичко делање, онда је сасвим очекивано и доследно да се судији у херменеутичком погледу додели главна и незаменљива улога. Судити, доносити одлуку у појединачном случају, то не значи ништа друго него херменеутички разумевати и херменеутички делати. Право-могућност може постати право-стварност посредством судије. При том је његов чин стваралачки. Према законским нормама, из којих треба да се роди право, он се не односи као према пуким објектима, хладно и незаинтересеовано. Напротив, судија херменеутички дела као личност, са својим уверењима, интересима, нахођењима, па и предрасудама. Све то улази у његов процес разумевања норми и чињеничних стања. Околност да на ове моменте судијске делатности ис удијског позива правна херменеутика обраћа пажњу и неувијено их износи на видело, не значи, наравно, отварање врат судијском субјективизму и арбитражности. То само значи да субјективни и стваралачки momenti судијске делатности треба да буду укључени у методску рефлексивију која је у ствари саморефлексиона. О томе Кауфман сажето каже: „Судија треба да сагледа не само закон и случај, он мора и самог себе да унесе у

²⁵ Karl Engisch: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Dritte, ergänzte Auflage (Carl Winter — Universitätsverlag, 1963), стр. 15. Прво издање ове расправе појавило се 1943. године.

²⁶ A. Kaufmann, *нав. дело*, стр. 85.

²⁷ Упор. Исто, стр. 86.

рефлексију.²⁸ Поступи ли тако, он ће делати у складу с најдубљим тежњама херменеутике и на крају се приближити жељеном циљу: да у својој одлуци (пресуди) обелодани реално, конкретно и исправно право.

Очигледно, пут којим судија има да иде, пут херменеутичког налажења и изрицања исправног права, тежак је и муко-трпан. Ма колико му при том било потребно знање, не мање му је потребно и умеће. Само ће тако бити кадар да у свом поступку разумевања и одлучивања успостави исправност права. Говорећи о овој и чак инсистирајући на њој, Кауфман не мисли ни на какву „објективну исправност“, већ једино и искључиво на ону која настаје у поступку конкретног одлучивања путем рефлексије и аргументације, интерсубјективности и консензуса међу његовим учесницима. Стога би се могло рећи да је код Кауфмана посредни *херменеутичка исправност права*.²⁹ „Седиште“ такве исправности није у законским нормама. Она нигде не постоји као неко готово стање, већ се повесно збива у херменеутичком процесу разумевања, одн., по Кауфмановим речима, у „дијалектици стварног животног стања и норме, бивства и требања“.³⁰

Судија је жижа херменеутичког процеса, што у исто време значи да је средиште и покретачка снага оног мишљења које се током налажења права креће у херменеутичком кругу. Овде нема потребе да се задржавамо на проблематици претходног разумевања и херменеутичког круга, будући да у овом погледу Кауфман доследно усваја учење филозофске херменеутике.³¹ Можда само треба додати да он посебну пажњу поклања оној димензији те проблематике чије разматрање, по његовом уверењу, доприноси превладавању привидне рационалности наслеђене правне методологије у правцу стварне рационалности. У том контексту он особито наглашава потребу непрестаног увежбавања и стицања искуства, верификовања и кориговања, рефлексије и аргументације, анализовања и постављања питања, критичке ди-

²⁸ Исто, стр. 88. Слично и стр. 91.

²⁹ Треба се надати да се додавањем атрибута „херменеутичка“ бар донекле могу ублажити, ако већ не и сасвим избећи, лако могући неспоразуми због Кауфмановог преузимања једног појма који је настао у оквиру друкчије традиције правно-теоријског и правно-филозофског мишљења и који је отуда оптерећен значењима и импликацијама различитим од правнохерменеутичких.

³⁰ Исто, стр. 81.

³¹ То потврђују многа места у његовим текстовима. Упор. посебно чланак из 1973. године „О кружном закључку у налажењу права“, Исто, стр. 65—77. — Није незанимљиво приметити Кауфманову наклоност ка оним ауторима који херменеутички круг упоређују са спиралом. Један од тих аутора је и Кауфманов ђак и следбеник Winfrid Hassemer. Упор. Winfrid Hassemer: *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* (Carl Heymanns, Köln — Berlin — Вона — München, 1968), стр. 107.

станце, расправе и комуникације.³² Сви ови моменти, који, нема сумње, за судију представљају високе захтеве, имају за сврху развијање и унапређивање посебног типа рационалности на тлу права који се, као што је већ речено, назива херменеутичком рационалношћу.

Делом непосредно а делом посредно, али у сваком случају довољно препознатљиво и јасно, досадашње разматрање о Кауфмановој херменеутичкој онтологији указало је на њену тежњу да из темеља уздрма дубоко уврежени и преовлађујући начин гледања на право, било да је реч о рационалном природном праву или нормативистичком позитивизму, и да сама наступи као *ново заснивање права*. Ако би се изишло у сусрет једном модерном (у неку руку и помодном!) говору у теорији и филозофији науке, могло би се рећи да она иде за тим да преудеси и промени основну парадигму мишљења о праву. О чему је заправо реч?

Они који су упућени у развој новије правне филозофије добро знају да је он текао у знаку мање или више жестоког спора, па чак и борбе, између доктрине природног права и теорије правног позитивизма. Спор је заоштрен на питању где је и шта је право — да ли у надвременским, вечно и свугде важећим природноправним нормама изведеним из „суштине човека“ као рационалног бића (*animal rationale*) или, пак, у прописаним нормама позитивног закона које је донео и које, ако треба и силом примењује неки државни ауторитет? Сматрало се да се та два становишта искључују, да немају ничег заједничког и да су стога непомирљива: ко заступа рационално природно право, мора порицати правни позитивизам, и обрнуто, ко брани правни позитивизам, мора одбацити природно право. Противречност је изгледала толика да се може прихватити или једно или друго. Трећег нема.

С временом се, међутим, увидело не само да говор о „вечном враћању природног права“ самим собом изазива супротан (али не мање искључив) говор о „вечном враћању правног позитивизма“, чиме се цео спор разоткрива као теоријска слепа улица, као јалов и непродуктиван, него и да разлике између једног и другог правца нису апсолутне, штавише, да они имају нека заједничка својства која их повезују. Онима који су учили како бесплодност спора између заједничких одлика, припада и Артур Кауфман. Не занемарујући упадљиве разлике које постоје између ових на изглед непомирљивих схватања о самим основима права, он примећује да је сродност међу њима далеко већа него што се на први поглед види. Унутрашње разлике те сродности, која се одиста појављује као чудновата, Кауфман налази у следећим моментима: и природно право и правни позитивизам оријентисани су аксиоматски, обома лежи у основи коди-

³² Упол. Исто, стр. 77.

фикаторско мишљење и оба су обавезна према системској филозофији рационализма чији је циљ (био) стварање затвореног система потпуних и егзактних сазнања.³³

Ова заједничка обележја природног права (Кауфман преваходно има у виду његов нововековно-просветитељски тип) и правног позитивизма условљавају, разуме се, и њихову правно-методолошку блискост — ону која се тиче схватања о процесу налажења и примене права. На том тлу одједном престају правно-онтолошке разлике (питање о онтолошком основу и важењу права) и испољава се висок степен сличности у погледу поступка и крајњег исхода доношења конкретних правних одлука. Према доктрини рационалног природног права, позитивне правне норме могу се логичком операцијом дедуктивног закључивања извести из врховних, апсолутно постављених правно-етиких начела, а из тих норми се затим, истоветним поступком и без икаквих тешкоћа, могу извести конкретне правне одлуке.³⁴ Од истих претпоставки полази и правни позитивизам. По његовом гледишту, из позитивних закона, који су „израз воље“ законодавчеве, правне одлуке за дате случајеве следе строго логички и чисто дедуктивно. Зато Кауфман може да каже, да закључи: „Тако је, према оба та модела мишљења, конкретно-позитивно право нешто круто а priori утврђено.“³⁵ Оба пута је реч о праву које се унапред и у готовом облику уналази у норми. И оба пута се, баш због тога, показује неповесност, тј. непријемчивост и равнодушност према особеностима ситуације одлучивања. Теже уочљива код правног позитивизма, који уз то и сам подвргава критици надвременост природног права, та неповесност није код њега ништа мања него код овога. То се нарочито добро види онда када се узме у обзир методски дуализам на којем правни позитивизам почива и који заговара. Инсистирајући на раселини између бивства и требања, тај дуализам изазива големе тешкоће и апорије. У крајњој линији, он онемогућава чак и саму супсумцију чињеничних стања под законске норме, коју правни позитивизам, иначе, сугерише као истински начин примене права. Јер, ако су бивство и требање толико одвојени једно од другог да су непремостиви, ако се право састоји од норми независних од стварности, како се онда оно може повезати са стварношћу и како се чињенично стање може „супсумирати“? Да се и не говори о појединачним повесним чиниоцима и ознакама датог кон-

³³ Упор. Исто, стр. 40; безмало истоветан текст и на стр. 82.

³⁴ За увид у проблематику највиших принципа права, и то разматраних у сасвим одређеној намери обнове природног права, и данас инструктивно делује књига Хелмута Коинга (Helmuth Coing) објављена 1947: *Die obersten Grundsätze des Recht. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts* (Lambert Schneider, Heidelberg). — Књига се може читати и као својерсно сведочанство о ондашњој духовној атмосфери немачког правног мишљења обележеној полетом и ренесансом природног права.

³⁵ Исто, стр. 49.

кретног случаја! — Кауфман сматра да је кантовски методски дуализам, раздвајање бивства и требања, напросто производ апстракције, нешто што у правној стварности уопште не постоји.

Чврсто уверен да је спор између природног права и правног позитивизма, на обема странама ане ретко вођен с великим упорством и исто толиком загриженошћу, одвео у беспуће, Артур Кауфман је дошао до сназнања да се ново заснивање права, на чију је потребу поменути спор указао овом општрином и прешношћу, може извршити помоћу правне херменеутике. По његовом схватању, данас се правна мисао налази пред неодложним задатком обнављања и даљег развијања херменеутичке традиције у праву. У томе он види плодотворан пут превазилажења једностраности, претераности и недостатака природног права и правног позитивизма. Није наодмет приметити да тај пут није пут њиховог одбацивања и негације. До правне херменеутике се долази кроз природно право и правни позитивизам, а не *против* њих. Довољну потврду да Кауфман управо тако гледа на пут правне херменеутике, на изградњу херменеутичке јуриспруденције, пружа, између осталог, већ његово указивање на то да свако херменеутичко разумевање самим тим значи прекорачивање позитивизма. Само по себи се разуме да овај његов став подједнако важи и за природно право. На исти начин и у истом смислу ваља примити и Кауфманово упозорење да се, кад је реч о позитивизму, одлучујући проблем не састоји у питању о његовој *логичкој*, већ у питању о његовој *херменеутичкој* могућности.³⁶

За Кауфманову правну херменеутику — он то истиче на многим метима — право је у првом реду *чин*, што ће рећи *реално* збивање међу људима. Право се збива на начин херменеутичког разумевања. Проце разумевања, чији тваралачки карактер нипошто не пориче, неопходност норме као оријентационе тачке, његово је истинско родно место. Право није скуп норми, свеједно како се овај ближе одређивао, већ, пре свега, сама праведна ствар. Правној херменеутици ништа није тако страно као екстремни нормативизам. Не тајећи да његова херменеутичка јуриспруденција себе сматра продужетком једне одређене традиције западњачког правног мишљења коју обележавају имена Аристотела, Цицерона, Томе Аквинског, Кауфман се, у настојању да што боље и снажније изрази оно до чега му је превасходно стало, радо позива на Томино учење о *ipsa res iusta*, које је овај изложио у својој *Суми*.³⁷ У одређивању права као *res iusta* за Кауфмана је нарочито важно да се »*iustum*« не узима у смислу апстрактног принципа једнакости. Пресудан значај он придаје околности да се код Томе Аквинског »*iustum*« односи на делатност која одговара том принципу. Посреди је »*actio iustitiae*«, тј. дело или чињење које некоме додељује оно што му припада. Та

³⁶ О оном ешто је управо речено, упор. *Исто*, стр. 73, 61.

³⁷ Томе је посветио и посебан чланак. Упор. *Исто*, стр. 53—64.

„actio“ претпоставља позитиван закон као своје полазиште. Да би настало реално право, потребно је, међутим, и нешто поврх те позитивности, потребна је »*ipsa res iusta*« или, према Кауфмановим речима, „праведно делање и праведно одлучивање у конкретной ситуацији“.³⁸

Ако је за Кауфмана право сама праведна ствар која на светлост дана доспева једино у херменеутичком процесу разумевања и благодарећи њему, онда није никакво чудо што овај истакнути представник данашње правне херменеутике није спреман да робује правној сигурности уздигнутој до догме и што циљ права не види у реду и миру, поготово ако се успостављају помоћу перфекционизма закона који хоће потпуну регламентацију. Циљ права је нешто друго. То је *осигурање слободе*.³⁹ Херменеутичко збивање права служи том циљу. Тако се у нескривеном виду потврђује да се Кауфманова херменеутичка јуриспруденција придружује перспективи слободе у западњачкој правној филозофији.

Иако се код Кауфмана понегде налази на моменте који могу изазвати неспоразуме и двоумице (као што су, примерице, склоност ка дијалектизацији уз, иначе, нерасветљен однос дијалектике и херменеутике, као и говор о исправном праву), ипак је сасвим извесно да његова правна херменеутика представља високо, драгоцену и незаобилазно достигнуће савремене правне мисли. Спознавши погубне последице до којих на подручју права доводи неумерена и некритичка примена рационалистичког обрасца, увидевши да су путеви природног права и правног позитивизма истрошени, „излокани“ и стога неупотребљиви, искусивши све неприлике које изазива устаљена правна методологија са својим методским дуализмом, својом аксиоматиком и догматиком, Кауфман — је ослоњен на једну потиснуту али не и угаслу традицију западноевропског правног мишљења, свестан да је корен правности у језичности — потражио спасоносан излаз у правној херменеутици или, тачније речено, у херменеутичкој јуриспруденцији. Печат који јој је утиснуо и ступањ до којег ју је подигао непобитно сведоче о значају и рангу овог аутора у савременој правној филозофији. Што се у духовној ситуацији те филозофије херменеутичка оријентација издваја тако очевидно, што она у правнофилозофској панорами нашег времена показује нарочиту животворност, велика заслуга несумњиво припада и Артуру Кауфману. У свим будућим правнохерменеутичким настојањима резултати и импулси његове херменеутичке јуриспруденције, особито они који се односе на онтолошко заснивање правне херменеутике, не само да ће се узимати у обзир него ће, више од тога, служити као позудани путокази који ће опредељивати смер и ток истраживања на овом подручју.

³⁸ Исто, стр. 60.

³⁹ Тако изричито Кауфман, Исто, стр. 41.

Danilo Basta, professor, Ph. D.

LAW HERMENEUTICS OF ARTHUR KAUFMAN

Summary

Arthur Kaufman, contemporary German philosopher of law, gave a great contribution to the hermeneutics of law of our time by his hermeneutical ontology of law. All his efforts are directed towards the restoration of the entire jurisprudence in the spirit of hermeneutics, and towards of establishing one hermeneutical jurisprudence. The problem concerning the history of law is of the first-class importance to this establishing. In this, activity, thought and language are the factors, mutually intertwined, that enable and determine the history of man and his world, and by this the history of law. It is understood that language is gaining an especial importance for law hermeneutics. Making a difference and discussing two dimensions of language, the rational in categories, and the intentional-metaphorical one, Kaufman prepared the ground for making the central question of law hermeneutics, the question concerning the structure and function of the language of law. He emphasized the constitutional role of language, the fact that law originates from the language and is created by language. Besides giving the form to law, language also determines its essence. Linguistic feature is the vital principle of law, the way in which it generally exists. Except the linguistic feature, Kaufman's law hermeneutics also insists on basic incompleteness of law, which lies in the sole nature of thing and which does not assume its incompleteness. The law is completed only when it is made concrete. An incompleteness means the impossibility of its application in the form of supposition, that is syllogism. For law hermeneutics, the law means only possibility, but not the reality of law. Hermeneutical process of understanding is necessary for the law from the mode of possibility to become a real, concrete, historical law. Law hermeneutics does not bring in question the legal norm, but it emphasizes the necessity of the transcendence, where it sees the condition of hermeneutical birth of law. This transcendence is accomplished by the sole process of understanding of the legal text in which the normative qualification of the case and concrete use of the legal norm happen simultaneously. So it turns out that for Kaufman's law hermeneutics law is firstly an act, a real happening among people, and not simply the group of norms, no matter how determined it is. The law is a sole righteous thing (*ipsa res iusta*) that is reached through the righteous acting (*actio iustitiae*). According to Kaufman, hermeneutical acting of law serves to insure the freedom as an aim of law. Therefore, we can say that his hermeneutical jurisprudence, that exceeds one way tendency of natural law and law positivism, joins the perspective of freedom in the western philosophy of law.

