

ORIGINALNI NAUČNI ČLANAK

*Prof. dr Goran Dajović**

SHVATITI ANALOGIJU OZBILJNO: ULOGA ZAKONSKE ANALOGIJE U STVARANJU I TUMAČENJU PRAVA

Apstrakt: U članku se analizira analogija, kao način rasuđivanja, a naročito u pravu. Analogija uopšte se određuje kroz svoju argumentativnu formu i kroz kognitivno-psihološku sadržinu. Kada je reč o analogiji u pravu, tradicionalna podela na *analogia legis* i *analogia iuris* se potiskuje kao nepotpuna i nedovoljno rasvetljujuća za ono što se zaista događa u pravnoj praksi. Umesto nje, u tekstu se, kao početna, postulira podela analogija u pravu na kazuističku i zakonsku. I dok se u *common law* sistemima više primenjuje i proučava ova prva, u kontinentalnim sistemima je, zbog primata pisanih izvora prava, interesantnije razmotriti drugu. Zakonska analogija se razmatra, takođe, s aspekta njene forme i sadržine, a zatim se izlažu njene osnovne vrste, da bi se na kraju, kroz nekoliko primera iz domaće sudske prakse, ilustrovalo kako se zakonska analogija u našoj praksi primenjuje samo intuitivno, shodno tome i nedovoljno obrazloženo a, na kraju krajeva, i neispravno.

Ključne reči: zakonska analogija, analogija *extra* i *intra legem*, otkrivanje, mapiranje, tumačenje prava.

1. UVODNE NAPOMENE

Analogija je veoma čest oblik rasuđivanja u svakodnevnom životu. Ona se koristi u opažanju i spoznaji, u komunikaciji i argumentaciji, u ubeđivanju i obrazlaganju. Analogija se upotrebljava u istraživanju i objašnjavanju

* Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; e-mail: gorand@ius.bg.ac.rs. Ovaj članak je deo šireg istraživanja o analogiji, koje bi, ako se planovi autora ostvare, trebalo da predstavlja osnovu za posebno poglavlje o analogijskom rasuđivanju i u budućoj monografiji o pravnom rasuđivanju. O nedovršenoj verziji članka diskutovano se na *online* konferenciji *Work in progress*, koja je održana 26.11.2020. godine u organizaciji srpske sekcije Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR Srbija) i Instituta za filozofiju i društvenu teoriju iz Beograda. Posebno se zahvaljujem komentatoru Bojanu Spaiću i diskutantima Miodragu Jovanoviću i Violeti Beširević, koji su doprineli konačnom izgledu članka. Članak se objavljuje u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“.

stvarnosti, ali i u različitim normativnim kontekstima, to jest u donošenju i opravdavanju odluka. Postoji mišljenje da je analogijski način rasuđivanja u samim temeljima spoznaje i konceptualizacije sveta oko nas.¹

U pravnoj teoriji se, takođe, često može naići na ocenu da je analogija karakterističan način rasuđivanja pravnika² i da je za pravničko obrazovanje od presudne važnosti da se dobro upoznaju s njenim funkcionisanjem.³ Uz to, prilikom primene prava, a naročito u sudskoj praksi, analogija je sveprisutna forma rasuđivanja. U različitim problemskim situacijama, prilikom tumačenja, dopune ili stvaranja prava, sudije, implicitno ili eksplicitno, pribegavaju analogiji kako bi rešili pravna pitanja⁴ s kojima se suočavaju. Rečju, može se reći da je značaj analogije u pravu analogan njenom značaju u svakodnevnom životu, nauci, moralu, umetnosti ili filozofiji.

Nije stoga neobično da je analogija veoma dugo predmet pomnog izučavanja akademskih pravnika. O analogiji u pravu vode se žustre i plodne teorijske debate. Mnogobrojni prikazi, članci, delovi knjiga ili čitave monografije i zbornici posvećuju se analogiji kao načinu pravničkog rasuđivanja. I to вреди i za domaću pravnu nauku i teoriju. Većina naših najistaknutijih pravnih mislilaca bavila se problemom analogije u pravu,⁵ a to interesovanje postoji i u savremenoj domaćoj pravnoj nauci i teoriji.⁶

- 1 Mnogi autori ističu ulogu analogije u istraživanju i objašnjavanju stvarnosti (up. o tome Koszowski, M., 2017, Multiple Functions of Analogical Reasoning in Science and Everyday Life, *Polish Sociological Review*, Vol. 197, No. 1, pp. 3–19; Gentner, D., Markman, A. B., 1997, Structure Mapping in Analogy and Similarity, *American Psychologist*, Vol. 52, No. 1, pp. 45 i d.). Takođe, pojedini kognitivni psiholozi smatraju da su koncepti i kategorizacije rezultat analogije ("A concept is a package of analogies" – Hofstadter, D. R., Epilogue: Analogy as the Core of Cognition, u: Gentner, D., Holyoak, K. J., Kokinov, B. K. (eds.), 2001, *The Analogical Mind, Perspectives from Cognitive Science*, Cambridge Mass., A Bradford Book, p. 507).
- 2 Schauer, F., Spellman, B. A., 2017, Analogy, Expertise, and Experience, *University of Chicago Law Review*, Vol. 84, No. 1, p. 249; Sherwin, E., 1999, A Defense of Analogical Reasoning in Law, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, p. 1179.
- 3 *Ibid.*, p. 251; Weinreb, L., 2005, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 123.
- 4 Analogija se, katkad, koristi i prilikom rešavanja faktičkog pitanja. Ipak, s obzirom na to da upotreba analogije prilikom rešavanja pravnog pitanja ima specifičnosti u odnosu na analogiju uopšte, pa i u odnosu na nju kada je pravnik primenjuje da bi rešio faktičko pitanje, to će se u ovom tekstu, kada je reč o analogiji u pravu, referisati na njenu upotrebu prilikom tumačenja ili stvaranja prava (pravnih normi).
- 5 Da navedem samo najznačajnije starije naše autore koji su se, nekom prilikom, pozabavili ovom temom. Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje*, doktorska teza iz 1911, Pravni fakultet, Beograd, 1996; Đorđe Tasić, Analogija, u: *Izbor rasprava i članaka iz teorije prava*, priredio Radomir Lukić, Beograd, SANU, 1984; Radomir Lukić, *Teorija države i prava*, II knjiga, Beograd, Narodna knjiga, 1958, str. 245–249.
- 6 Pihler, S., 1971, Analogija u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2, str. 147–157; Đurđić, V., 2009, Analogija i tumačenje kaznenopravne norme,

Ipak, uz manje izuzetke, uočljivo je da se noviji radovi uglavnom kreću starim, dobro utabanim stazama. Ta teorijska neinovativnost može akademskim pravnicima da bude motiv da se iz naučnih obzira pozabave analogijom u pravu, ali to svakako nije primaran motiv. Jer, ukoliko se pogleda naša pravna praksa, a pre svega praksa sudova, postaje jasno da uvreženi stavovi o analogiji ne razjašnjavaju u potpunosti ono što se događa u praksi. A pošto teorija ne služi samoj sebi, već treba da služi pravnicima praktičarima da lakše i uspešnije rešavaju pravna pitanja s kojima se suočavaju, potrebno je na pojedine aspekte njihove prakse baciti jasno i jarko „teorijsko svetlo“.

Konačno, budući da naš pravni sistem pripada krugu kontinentalnih pravnih sistema u kojima sudske presude ne predstavljaju izvor prava i u kojima se analogija koristi prevashodno u odnosu na primenu zakonskih propisa⁷, to će pažnja u tekstu, pre svega, biti posvećena pojavnim oblicima takozvane zakonske analogije. Cilj članka je da ponudi širi okvir za analizu analogijskog rasuđivanja na osnovu zakona, ali i da pokaže kako se zakonska analogija, generalno, na valjan način može primenjivati u primeni prava prilikom rešavanja pravnih pitanja.

Izlaganje će teći sledećim redom. U prvom odeljku koji je posvećen konceptu analogije uopšte nastojaću da odgovor na pitanje „šta je analogija?“ prvo, uobličim u formi idealtipskog oblika analognog zaključka i, drugo, da pružim „opisni“ odgovor na to pitanje u svetlu postavljene sheme. Drugim rečima, izvešću kraću analizu analogijskog rasuđivanja, kao svojevrsnog kognitivnog, psihičkog procesa, oličenog u dva posebna ali ne i razdvojena postupka koji se nazivaju otkrivanjem i mapiranjem (upoređivanjem).

Isti tok izlaganja imaće i drugi deo, koji se odnosi na analogiju u pravu – prikazaće se njena forma i sadržina – uz dodatno preciziranje razlike između dve osnovne vrste analogije u pravu, kazuističke i zakonske. Treći i ključni odeljak pozabaviće se zakonskom analogijom i njenim podvrstama, analogijom *extra* i *intra legem*. Konačno, kroz par primera iz naše sudske prakse, pokazaće se kako se zakonska analogija primenjuje, a zatim, koliko je, ponekad, mala razlika između dve osnovne grupe analogijskih argumenata kod takozvane zakonske analogije.

u: *Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene*, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, str. 137–178; Joksić, I., 2015, *Tumačenje u krivičnom pravu*, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 6, str. 311–326; Đurđić, V., Trajković, M., *Da li je dopuštena analogija u krivičnom pravu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LVIII, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z58/01z58.pdf> (7. 5. 2020).

7 U najširem smislu te reči, jer se ne misli samo na zakone kao izvore prava već i na druge opšte pravne akte.

2. ANALOGIJA UOPŠTE

2.1. NEKOLIKO POČETNIH NAPOMENA

Šta je zajedničko alegorijama kao što su Platonova pećina i Šredingero-va mačka; bolesnom violinisti i Džudit Tomson⁸ i slučaju *Adams protiv Parobrodske kompanije Nju Džerzi*⁹; Ezopovoj basni o lisici i grožđu i Andrićevoj priči o Aski i vuku? Sve te, manje ili više poznate, pojave u našoj kulturi, koliko god na prvi pogled izgledale udaljene i dispartatne, koliko god pripadale različitim poljima ljudskog delanja i saznanja, dele jednu važnu zajedničku karakteristiku – svaka od njih je povezana s analogijom.

Svako i svuda povlači analogije. Intuitivno ili svesno, razmišljamo, rasuđujemo, odlučujemo, objašnjavamo, otkrivamo pomoću analogija. Gotovo da je opšteprihvaćena činjenica da je analogijsko rasuđivanje osnovna komponenta inteligencije.¹⁰ Pojedini autori, kao što je pomenuto, iznose stav da se svi naši koncepti formiraju putem analogija. Opažamo i analiziramo nove situacije, primećujući ili otkrivajući u njima znake, momente, nagoveštaje onoga što nam je iz prethodnog iskustva poznato, a onda nas taj proces upoređivanja nepoznatog i poznatog dovodi do početnih zaključaka o novoj situaciji.¹¹ Dakle, da bismo o novoj, nepoznatoj situaciji saznali ono što ne znamo ili da bismo znali kako da u njoj postupimo, tu situaciju poredimo s nečim što nam je poznato, a što je po nečemu slično toj novoj situaciji. I na osnovu poređenja sličnosti dveju situacija, nove i stare,¹² donosimo odgovarajući zaključak. A sličnosti koje uočavamo, po pravilu, sagledavamo i sameravamo u svetlu opštijeg principa ili obrasca kojim možemo da obuhvatimo obe situacije.

Stoga se prosto poređenje, premda se takođe kvalifikuje kao analogija ili prosta analogija, ne smatra „punokrvnom“ analogijom, naročito ako se

8 Thomson, J. J., 1971, A Defense of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, pp. 47–66.

9 *Adams v. The New Jersey Steamboat Co.* New York Court of Appeals, 45 N.E. 369 (1896).

10 Salthouse, T. A., Effects of Aging on Reasoning, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2005, *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 589.

11 “Every concept we have is essentially nothing but a tightly packaged bundle of analogies, and to suggest that all we do when we think is to move fluidly from concept to concept – in other words, to leap from one analogy-bundle to another – and to suggest, lastly, that such concept-to-concept leaps are themselves made via analogical connection, to boot.” (Hofstadter, D., 2001, p. 500).

12 Situaciju koja je stara i dobro poznata (takozvani izvor analogije /the source analog/) u nastavku teksta imenovaće se kao *polazni slučaj*, a nova situacija (*target analog*), koja je slična staroj situaciji, nazvaće se *aktuelnim slučajem*.

oslanja isključivo na intuiciju koja nije eksplicirana i ako nisu artikulirane relevantne relacije sličnosti između upoređenih slučajeva, odnosno zajednički opšti obrasci koji stoje iza njih.¹³ To ne znači da intuicija ne igra značajnu ulogu u procesu analogijskog rasuđivanja. I takve analogije, zapravo, referišu implicitno na relevantne sličnosti, ali ih jasno ne izražavaju. Zato one mogu biti uverljive samo ako oni kojima su upućene dele iste intuicije s tvorcem analogijskog zaključka. Ukoliko to nije slučaj, one će biti neuverljive i u izvesnom smislu defektne.¹⁴ I zato ću se u nastavku teksta baviti isključivo eksplicitnim, paradigmatičnim oblikom analogijskog zaključka.

2.2. SHEMA ANALOGIJSKOG ZAKLJUČKA

Opšte mesto u raspravama o analogijskom zaključivanju je da se njime iz premisa dolazi do zaključka putem poređenja. Taj argument se sastoji u poređenju dve stvari, pojave, slučaja, a onda se na osnovu određenih sličnih svojstava, aspekata dva slučaja, zaključuje da postoji sličnost koja je do tada bila nepoznata.¹⁵ Kakvu formu ima takav zaključak? Jer, kao i ostali argumenti (u smislu oblika zaključivanja), i argument analogije se može predstaviti u argumentativnoj¹⁶ formi, u kojoj se premise povezuju i „rađaju“ zaključak. Imajući ovo na umu, ta forma bi mogla da se prikaže na sledeći način:

(I)

1. premisa: A ima osobine O1, O2 i O3. (polazni slučaj)
2. premisa: B ima osobine O1, O2 i O3. (aktuelni slučaj)
3. premisa: A takođe ima osobinu O4. (polazni slučaj)
4. zaključak: B ima osobinu O4. (Walton 2014, 29)

13 O razlici između običnog poređenja sličnosti i analogija vid. Gentner, D., Markman, A. B., 1997, str. 48. Ta razlika nije od značaja za dalje izlaganje, naročito jer je i njihov stav da je reč o razlici koja nije odsečna.

14 Shecaira, F. P., 2013, *Analogical Arguments in Ethics and Law: A Defence of a Deductivist Analysis*, *Informal logic*, Vol. 33, No 3, pp. 421–22.

15 Brewer, S., 1996, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 5, p. 950.

16 Makanjo i Volton iscrpno analiziraju argumentativne sheme analogije u pravu, koje su u teoriji formulirane. Ipak, detaljnije razmatranje tih pitanja u ovom radu nije nužno, prvo, jer su često u pitanju tehnički detalji i minimalne razlike koje su više akademskog nego praktičnog značaja i, drugo, jer sve ponuđene sheme imaju isti zajednički ishod u smislu da smatraju argument analogije samo verovatnim a ne i izvesnim, i da detektuju tačku zbog koje je priroda tog argumenta specifična, odnosno gde su tačke njegove slabosti na kojima se on drži ili pada (Macagno, F., Walton, D., 2009, *Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories*, *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, pp. 156–161).

Ipak, izložena shema nije potpuna i ne predstavlja paradigmatičan oblik analogijskog zaključka. Zašto? Odgovor ću pokušati da dam kroz jedan primer. Stolica na kojoj sedim i laptop na kojem kucam ovaj tekst su slični po tome što su teški manje od tri kilograma, što su crne boje i što pripadaju istom vlasniku. Dakle, i stolica i laptop imaju osobine O1, O2 i O3. Ipak, ukoliko bih na osnovu tih sličnosti izveo zaključak da pošto stolica služi za sedenje (osobina O4), onda mogu da sedim i na laptopu, takav zaključak bi bio očigledno pogrešan (a, uzgred, i verovatno štetan za moj laptop). Zaključak je pogrešan iz jednostavnog razloga što se njegova sadržina (pogodnost laptopa za sedenje) ne može izvesti iz sličnih karakteristika stolice i laptopa, koje su nabrojane. Za to da li je neki predmet pogodan za sedenje, poput stolice, irelevantni su njegova boja ili težina ili svojinski status.

Stoga je jasno da valjana analogija mora da uključi referisanje na relevantne sličnosti. Dakle, ključno pitanje je da li slučajevi (u konkretnom primeru, objekti) koje poredimo liče jedan na drugi u onim osobinama koje su od značaja za zaključak koji želimo da izvedemo.¹⁷

Ako sada formulu zaključivanja prilagodimo uvidu da pouzdanost analognog zaključka zavisi od toga šta su relevantne sličnosti između dva slučaja, shema (I) može se dopuniti na sledeći način:

(II)

- (1) premisa: A ima osobine O1, O2 i O3. (A je polazni slučaj.)
- (2) premisa: B ima osobine O1, O2 i O3. (B je aktuelni slučaj.)
- (3) premisa: A ima osobinu O4.
- (4) premisa: Sve pojave koje imaju osobine O1, O2, O3... imaju i osobinu O4. (O1, O2, i O3 su relevantne za posedovanje osobine O4.)
- (5) zaključak: B ima osobinu O4.¹⁸

Postoje različiti načini na koje osobine O1, O2 itd. mogu biti relevantne za postojanje osobine O4. To mogu biti kauzalne veze, ali mogu biti i neke druge (Golding 2018, p. 124). U pravu, recimo, relevantne su veze koje su praktičkog, normativnog karaktera, a koje se svode na povezanost osobina određenog slučaja s njenim normativnim posledicama, a u krajnjoj liniji s opštim praktičkim principima koji stoje u osnovi baš takvih normativnih posledica, kao njihova svrha, njihov *ratio*.¹⁹

17 Shecaira, F. P., 2013, p. 421.

18 Waller, B., 2001, *Classifying and Analyzing Analogies*, *Informal Logic*, Vol. 21, No. 3, p. 202.

19 Za sada se, kao polazna teza (koja će se kasnije razraditi i nijansirati) postulirati da se relevantnost sličnih osobina generalno posmatra u svetlu zaključka koji nastojimo da izvedemo. Primera radi, ukoliko bi me prijatelj pitao za mišljenje o tome da li će

Međutim, ni shema (II) ne odražava potpuno precizno suštinu analogijskog rasuđivanja. Zbog čega? Ako se pažljivo osmotri, uočiće se da ključna osobina polaznog slučaja (O4), koju treba „transferisati“ do aktuelnog slučaja, može direktno da bude primenjena na aktuelni slučaj, bez potrebe da se u premisama uopšte spominje polazni slučaj. Na prvi pogled, dakle, u shemi su premise (1) i (3) suvišne. Jasno je, barem na taj prvi pogled, da se zaključak (5) „B ima osobinu O4“ može izvesti i samo iz premisa (2) i (4). Ali tada postoji čist deduktivan zaključak, bez ikakvog upućivanja na polazni slučaj i na njegovu sličnost s aktuelnim slučajem.²⁰ Drugim rečima, nema argumenta analogije.

Ipak, da li onda iz činjenice da se iz premisa (2) i (4) može izvesti zaključak (5) znači da su premise (1) i (3) suvišne? Svakako da je odgovor odrečan i on je takav upravo zbog toga što analogijski zaključak, u stvari, ne teče linearno od premise (1) do zaključka (5), već ima jedan svoj deo koji je induktivan (ili abduktivan) i jedan koji je deduktivan. I upravo ta složenost analogije od nje čini osobeni način rasuđivanja i zaključivanja. Ako bi se to predočilo u vidu adaptirane sheme (II), izgledalo bi ovako:

(III)

(1) premisa: A ima osobine O1, O2 i O3.

(3) premisa: A takođe ima osobinu O4.

Iz premisa (1) i (3) indukcijom (ako ima više slučajeva od jednog) ili abdukcijom (ako je, kao u ovom primeru, u pitanju samo jedan slučaj, slučaj A) sledi:

(4) premisa: Sve pojave koje imaju osobine O1, O2, O3... imaju i osobinu O4.

(2) premisa: B ima osobine O1, O2 i O3.

Iz premisa (4) i (2) dedukcijom sledi:

(5) B ima osobinu O4.²¹

Dakle, razmatranje polaznog slučaja (ili slučajeva) dovodi do opravdanja premise o relevantnosti (4) i zbog toga, premise (1) i (3) nisu suviš-

njegov nemački ovčar biti dobar pas-čuvar, poredio bih one osobine njegovog psa i komšijskog psa (koji mi je dobro poznat), koje su relevantne za ono što jednog psa čini dobrim čuvarom. S druge strane, ako bi prijatelj pitao kinološkog sudiju da mu iznese mišljenje o rasnoj čistoti njegovog ljubimca, ovaj bi poredio osobine tog psa s tipičnim osobinama predstavnika rase nemačkih ovčara.

20 Duarte d'Almeida, L., Michelon, C., 2017, *The Structure of Arguments by Analogy in Law, Argumentation*, Vol. 31, p. 366.

21 Duarte d'Almeida, L., Michelon, C., 2017, pp. 368–369; Brewer, S., 1996, pp. 954, 961, 966.

ne, već, naprotiv, igraju važnu ulogu u procesu analogije koji dovodi do konačnog zaključka. Istina, one taj „međuzaključak“ u premisi (4) ne podržavaju deduktivno, nego abduktivno ili induktivno.²² Otuda u analogijskom obliku zaključivanja treba razlikovati dva subargumenta: prvi, nededuktivni, koji ide od polaznog slučaja (1) do premise (4) o relevantnosti, i drugi koji je deduktivan, koji ide od premise o relevantnosti ka aktuelnom slučaju (2) prema konačnom zaključku.²³ Konačno, ova dvostranost ili dvostrukost analogijskog zaključka otkriva nam još jednu važnu istinu: analogno zaključivanje nas, zbog svog induktivnog ili abduktivnog dela, ne dovodi nužno do ispravnog zaključka. Rečju, istinitost analognog zaključka je samo manje ili više verovatna.

Predočeni prikaz sheme analogijskog zaključka nije samo puka, i pomalo dosadna, pouka iz neformalne logike. Njegova funkcija je višestruka. Najpre, on nam jasno otkriva da analogijski zaključak nije nužno istinit. Drugo, argument analogije koji se ne uklapa u izloženu shemu nije valjan argument analogije ili barem nije toliko valjan koliko bi bio argument u kojem su relevantne sličnosti eksplicitno izložene, odnosno ukoliko se tvorac argumenta drži prikazane sheme. Jasno je da je u pitanju normativna tvrdnja, ali ona ima svoje uporište u empirijskoj praksi praktičke argumentacije u etici i pravu.²⁴ Treće, on nam otkriva gde se nalaze ključne tačke koje se mogu kritikovati i na kojima se zaključak uverljivo može osporavati. Najzad, i možda i najvažnije, shema analogijskog zaključka pokazuje kako se on izvodi, to jest koje kognitivne aktivnosti mora da preduzme onaj koji ga izvodi, kako bi dospelo do što uverljivije konkluzije. I upravo će kratak opis tih aktivnosti biti predmet narednog odeljka.

2.3. OTKRIVANJE I MAPIRANJE (UPOREĐIVANJE)

Kao što je na samom početku pomenuto, analogija je sveprisutan oblik zaključivanja. Osim toga, ona služi različitim svrhama i na različite načine: da objasni, nauči, ubedi, pouči, saopšti, motiviše itd. Ipak, barem kada je reč o analogiji kao obliku rasuđivanja, moguće je formulisati njenu univerzalnu formu u obliku sheme analogijskog zaključka o kojoj je upravo bilo reči.

I dok je donekle razumljivo da su različite primene analogijskog rasuđivanja svodljive na jednu istu formu, da li se isto može reći i za njen

22 Kao i svaka shema i ova je suviše kruta da preslika „živopisnost“ stvarnog procesa rasuđivanja. U kognitivno-psihikom procesu rasuđivanja, do premise (4) se dolazi i poređenjem aktuelnog i polaznog slučaja, što znači da se i premisa (2) u tom procesu ponekad koristi da bi se dospelo do premise o relevantnosti. To se često događa i u pravu, kod kazuističke analogije.

23 Duarte d'Almeida, L., Michelon, C., 2017, p. 365.

24 Shecaira, F. P., 2013, pp. 408, 421.

sadržaj? Jer, da bi zaključak koji se izvodi analogijom bio što uverljiviji, nije dovoljno samo da forma tog zaključka bude valjana. Možda i važniji, a svakako teži zadatak je da „korisnik“ analogije osvetli korespondentnost, to jest relevantne sličnosti (a i uporedive relevantne razlike) između polaznog i aktuelnog slučaja. Upoređivanje i razvrstavanje tih sličnosti su „gorivo“ koje pokreće mašineriju analogijskog zaključivanja i na kraju tog procesa proizvodi novi zaključak u pogledu aktuelnog slučaja.²⁵ Taj postupak upoređivanja polaznog i aktuelnog slučaja se u kognitivnoj psihologiji naziva mapiranjem.

Međutim, mapiranju nužno prethodi postupak „otkrivanja“ polaznog slučaja (premise (1) i (3)). Aktuelni slučaj ima sličnosti s potencijalno bezbroj polaznih slučajeva, tako da otkrivanje onog koji će biti pogodan za valjan analogijski zaključak nije lak zadatak. Iako se taj postupak u savremenoj kognitivnoj psihologiji nije proučavao koliko mapiranje, o njemu su ipak stečena neka vredna saznanja, koja mogu biti instruktivna i za pravnike. Tako, kada pokušavamo da polazni slučaj „dozovemo“ iz dugoročnog pamćenja, izvesnije je da će on biti iz istog ili vrlo sličnog domena kao i aktuelni slučaj, a ne iz nekih oblasti koje su od njega udaljene.²⁶ Dodatno, postoje empirijske potvrde da relacije unutar slučajeva igraju važnu ulogu u otkrivanju, jer slične relacije favorizuju jedan polazni slučaj u odnosu na drugi, u kojem tih sličnosti nema. Uticaj ovih sličnosti je još veći kada postoji neki stepen direktne sličnosti objekata.²⁷ Primera radi, ako nastojimo da razumemo i objasnimo osobine autokratskog političkog režima u Srbiji 2020. godine i njegove posledice, verovatno je da će nam prva asocijacija, koja će dalje poslužiti kao analog aktuelnom slučaju, biti autoritarni režim u Srbiji krajem dvadesetog veka, pošto se radi i o objektivnim i o relacionim sličnostima iz istog domena.

Na ovaj način već smo zašli na teren mapiranja, koje „sledi“ nakon otkrivanja.²⁸ Mapiranje se može odrediti kao pronalaženje koresponden-

25 Gick, M. L., Holyoak, K. J., 1983, Schema induction and analogical transfer, *Cognitive Psychology*, Vol. 15, pp. 1–38.

26 Ekperimente koji empirijski potvrđuju ovu tvrdnju (a i druge, koje se tiču procesa mapiranja) obavili su još osamdesetih godina prošlog veka Gik i Houliouk. U mnogim potonjim eksperimentima, kako na odraslima tako i na deci, tvrdnja je potvrđena. O tome up. Holyoak, K. J., Analogy, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2005, *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 122–124 i Holyoak, K. J., Analogy and Relational Reasoning, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2012, *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, p. 244 i d.

27 Holyoak, K. J., 2012, p. 244.

28 Otkrivanje i mapiranje moguće je samo analitički odvojiti. Oni se u stvarnom procesu analogijskog rasuđivanja prožimaju, budući da bez, makar intuitivnog, mapiranja ne može biti ni otkrivanja.

tnosti između polaznog i aktuelnog slučaja. Ono je od pomoći prilikom otkrivanja polaznog slučaja, ali pre svega služi da odgovori na pitanje o sadržaju premise o relevantnosti (4), kao i može li se premisa (2) podvesti pod premisu (4). To pronalaženje se odvija kroz proces upoređivanja nekoliko ključnih elemenata u oba slučaja. Prilikom analogija, mapiranjem, dolazi se do (1) što veće sličnosti između odgovarajućih objekata (i njihovih atributa) i relacija, (2) kroz strukturiranje paralele između dva slučaja, a (3) značaj objekata i relacija posmatra se u svetlu svrhe ili cilja zbog kojeg se analogijski rasuđuje. To su, u isto vreme, tri ključna ograničenja (*constraints*) koja „sputavaju“ i usmeravaju analogijsko rasuđivanje.²⁹

Prvo i najpre, mapiranje pri analogijskom rasuđivanju vodi se utvrđivanjem i upoređivanjem sličnosti.³⁰ Sličnosti mogu biti semantičke (između koncepata), sličnosti koje se tiču atributa samih objekata (fenomena, subjekata itd.) i, najzad, sličnosti između relacija. U ovom poslednjem slučaju upoređuju se dva para odnosa između objekata i njihove uloge u tim odnosima, a ne objekti sami (recimo, tok elektrona kroz provodnik je analogan kretanju ljudi kroz zakrčen tunel u metrou, ali samo po relaciji, jer elektroni i ljudi nisu ni najmanje slični prema objektnim atributima).³¹

Drugo ograničenje koje se nameće procesu upoređivanja, mapiranja, iziskuje da poređenje bude strukturirano, da se ustanove paralele između objekata, ali i uloga, relacija iz polaznog i aktuelnog slučaja. U teoriji se to naziva izomorfizmom. Svaki element (objekat, atributi objekata, relacija) u polaznom slučaju odgovara, jedan-na-jedan elementu iz aktuelnog slučaja, i obrnuto.³²

Najzad, treće ograničenje tiče se svrhe, cilja koji pokreće onoga ko analogijski rasuđuje. Analogija je određena i ograničena svrhom koja se njome želi postići baš kao što je to objašnjeno u primeru sa stolicom i laptopom.

Konačno, analogije u sebi sadrže potencijal da razotkriju opšte obrasce i formiraju nove kategorije, apstrahujući konkretne i korespondentne sličnosti u apstraktne sheme i principe.³³ Ovo je moguće zbog toga što valjano mapiranje predstavlja skup relevantnih korespondentnosti koje su

29 Holyoak, K. J., Thagard, P., 1996, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, Cambridge Mass, MIT Press.

30 *Ibid.*, pp. 23 i d.

31 Relacione sličnosti, kao presudno važnu karakteristiku analogije, naročito ističu Gentner, D., Markman, A. B., 1997, pp. 46–48.

32 *Ibid.*, p. 29.

33 Gick, M. L., Holyoak, K. J., 1983.

u osnovi svrstavanja elemenata polaznog i aktuelnog slučaja u jednu višu ravan ili vrstu.³⁴

Ilustrovaću ovo što je izneto o mapiranju i kroz jedan primer. Jovan je petogodišnji dečak. Kada se jače ogrebe ili udari, zaplače se. Njegova majka tada ima običaj da mu priđe i poljubi povređeno mesto, uz reči: „Mama ljubi, proći će.“ Majčine reči i poljubac Jovana umiruju i bol prolazi. Jednog jutra dok ga majka oblači, Jovan primećuje crvenilo od opekotine na njenoj nadlanici i pita je: „Šta je to?“ Majka mu odgovara: „Uh, da, boli me ruka.“ Na to Jovan kaže: „Daj da poljubim.“ Majka mu pruža ruku i on joj poljubi ruku.

U ovoj situaciji Jovan, premda toga nije svestan, intuitivno rezonuje po analogiji. I u njegovom rezonu primećujemo sva ograničenja kojima je mapiranje polaznog i aktuelnog slučaja limitirano. Najpre, iako nije u potpunosti mapirao majku u odnosu na sebe (što bi bila potpuna objektna sličnost), Jovan je shvatio ključne sličnosti između objekata mapiranja: i u polaznom slučaju koji mu je dobro poznat (njegov slučaj povrede) i u aktuelnom slučaju (majčina povreda) voljena osoba je ozleđena i ozleda je boli. Drugo, Jovan ispravno strukturira svoje poređenje dva slučaja. On uspeva da mapira u odnosu jedan-na-jedan, zahvaljujući uočenoj relaciji sličnosti, dve povrede, i to tako što svoju povredu mapira s majčinom, a sebe mapira s „ulogom“ majke iz polaznog slučaja, a ne s njom objektno. Samo primenjujući sličnost s početka, došao bi do zaključka da majka treba da poljubi sebe, ali strukturirajući ispravno relacione sličnosti, Jovan zaključuje da je on taj koji će poljupcem olakšati majci bol. Treće i konačno, zašto se Jovan, kada je primetio majčinu povredu, uopšte prisećio konkretnog rituala s majčinim poljupcem? U toj situaciji, jednostavno, njegovo analogijsko rezonovanje pokrenuto je ciljem: kako olakšati majci bol zbog povrede. I taj cilj usmerava ga ne samo prema polaznom slučaju nego i prema onom aspektu tog slučaja koji je relevantan u aktuelnoj situaciji s obzirom na taj cilj, a to je majčina povreda. Stoga Jovan ne mapira majčin poljubac kojim ga pozdravlja pred spavanje ili ritual jutarnjeg oblačenja s majkom pred polazak u vrtić, nego upravo situaciju koja je u funkciji ostvarenja svrhe analogije.

Konačno, upravo zbog toga, moguće je da je Jovan u stanju da generalizuje ovu situaciju, da stekne uvid u opštu pravilnost koju generišu polazni i aktuelni slučaj, na način da, na osnovu sličnog obrasca odno-

34 “On the basis of the mapping, it is possible to derive new inferences about the target[...] In the aftermath of analogical reasoning about a pair of cases, it is possible that some form of relational generalization may take place, yielding a more abstract schema for a class of situations, of which the source and target are both instances.” (Holyoak, K. J., 2005, p. 118).

sa između elemenata, dođe do sledećeg opšteg zaključka koji bi, primera radi, mogao da glasi: „kada je neko povređen, onaj koji ga voli može mu poljupcem ublažiti bol“.

3. ANALOGIJA U PRAVU

3.1. SPECIFIČNOST ANALOGIJE U PRAVU

Pouka koja se iz dosadašnjeg izlaganja može izvući jeste da je svako analogno rasuđivanje, bez obzira na domen u kojem se odigrava i cilj zbog kojeg se preduzima, nužno analizirati i proučavati u vezi s opštim principima koji su upravo opisani. To važi i za primenu analogijskog rasuđivanja u pravu. I njega treba analizirati unutar tog okvira, naravno, ističući njegove posebnosti. U ovom pododeljku će ukratko biti reči o tim posebnostima.

O analogiji u pravu ima smisla razmišljati kao o posebnoj vrsti analogije i tako je izučavati, jer u pravu analogno zaključivanje ima karakteristike koje nema u drugim domenima. A to je proizvod okolnosti da se ono odvija u okvirima pravnog poretka i preduzima radi donošenja autoritativnih pravnih odluka. Valja podsetiti da su, primera radi, sudije i pravnici prilikom pravnog rasuđivanja i odlučivanja „potčinjeni“ institucionalnom i normativnom pravnom okviru i da to, generalno, razlikuje pravno rasuđivanje od drugih vrsta praktičkog rasuđivanja. Ta okolnost ima presudan uticaj na posebnosti analogijskog rasuđivanja unutar pravnog konteksta.³⁵

Prvo, analogijsko rasuđivanje u pravu predstavlja *praktičku* analogiju. U tom smislu (zajedno s analogijom u etici, koja joj je bliska) ona je usmerena ka donošenju praktičkih odluka. Dakle, analogija u pravu nije deskriptivna već normativna. Njena je svrha praktički zaključak o tome kakve treba da budu pravne posledice aktuelnog slučaja.

Drugo, to znači da pravni poredak – a njega čine, grubo rečeno, važeći opšti pravni akti (i drugi izvori prava) i sudske presude i druge pravne odluke, koje su na osnovu tih akata i izvora prava donose – predstavlja „rezervoar“ polaznih slučajeva za pravničko analogijsko rasuđivanje. Odluke koje se unutar tog poretka donose (primera radi, sudske odluke) treba da budu zasnovane na autoritativnim pravilima koja se nalaze u važećim izvorima prava, odnosno na autoritativnim pravnim odlukama (recimo, sudskim precedentima).

35 Alexander, L., Sherwin, E., 2008, *Demystifying Legal Reasoning*, New York, Cambridge University Press, p. 75.

Treća specifičnost proizilazi iz prethodne dve i tiče se mapiranja polaznog i aktuelnog slučaja, odnosno načina na koji se odvija transfer od sličnosti dva slučaja do zaključka. U aktuelnom slučaju postoji opis činjeničnog stanja, kao premisa, ali pravne konsekvence tog stanja tek treba utvrditi. I upravo su pravne posledice polaznog slučaja ono što, kroz proces analognog zaključivanja, pravnik (sudija, recimo) teži da pripiše i aktuelnom slučaju. Da bi takvo pripisivanje, posredstvom analogije, bilo uverljivo, gotovo da je neizbežno da se aktuelni slučaj mapira prema polaznom slučaju pragmatički, to jest prema cilju, svrsi, a ne samo prema sličnostima objekata ili relacija.

Najzad, četvrto, činjenica da se analogijsko rasuđivanje u pravu odvija u institucionalnom okviru ne ukazuje samo na njegovu posebnost u odnosu na analogiju uopšte već i na to da njega kompetentno može da primenjuje samo posebna kategorija profesionalaca. Naime, od onoga ko u pravu rasuđuje po analogiji, zahteva se da ima specifična znanja i iskustva kako bi njegove odluke i zaključci bili valjani. Samo predano izučavanje prava i sticanje različitih iskustava u praksi omogućava naročitoj kategoriji lica – profesionalnim pravnicima – da iz obilja konkretnih slučajeva ili opštih normi otkriju one koji mogu biti adekvatna polazna tačka za primenu analogije u aktuelnom slučaju, da utvrde šta je u polaznom slučaju princip koji opredeljuje pravne posledice polaznog slučaja, i da na adekvatan način uporede polazni i aktuelni slučaj kako bi odlučili da li u ovom drugom slučaju valja primeniti utvrđeni princip, a što znači pripisati mu iste pravne posledice kao i polaznom slučaju.³⁶

Konačno, postoji jedan način upotrebe analogije za koji pravnicima nije potrebna pravnička ekspertiza i koji se ne razlikuje od analogijskog rasuđivanja u drugim domenima. Naime, sudije, advokati i tužioci često koriste analogiju kao retorički argument. U tim situacijama, cilj njene upotrebe nije donošenje odluke o pravnim posledicama, kao takve, jer se tom prilikom kao polazni slučaj ne uzima neka prethodna sudska presuda ili kanonizovano opšte pravilo (bilo iz precedenta, bilo iz zakona). Tom prilikom, oni proizvoljno biraju polazni slučaj kojim žele da potkrepe neko svoje (najčešće interpretativno) stanovište. Tada pravnici postupaju na isti način na koji postupaju ljudi koji rezonuju analogijski u svakodnevnoj komunikaciji. Međutim, budući da polazni slučaj kod takve upotrebe analogije nema autoritativnu pravnu snagu, zaključak ne može biti konačna odluka o pravnim konsekvencama, već samo tvrdnja u prilog ili protiv određene (najčešće interpretativne) odluke. Ipak, pošto u tom načinu upotrebe analogije u pravu nema ničeg specifičnog u odnosu na njenu

36 Schauer, F., Spellman, B., 2017, p. 264.

upotrebu kao retoričkog sredstva u svakodnevnoj komunikaciji, u daljem tekstu neće joj se posvetiti pažnja. Stoga će izlaganje o analogijskom rasuđivanju u pravu biti zasnovano na njenoj najvažnijoj i paradigmatičnoj upotrebi, kao argumenta koji ide u prilog konačnoj odluci o pravnim posledicama u konkretnom slučaju.

3.2. VRSTE ANALOGIJE U PRAVU

Uobičajeno je u kontinentalnoj pravnoj literaturi da se argument analogije sagledava u kontekstu popunjavanja pravnih praznina i da se, u tom smislu, razlikuju dve osnovne vrste analogije. Prva, ili *analogia legis*, znači da se za popunjavanje praznine analogno primenjuje jedna zakonska norma. Druga, ili *analogia iuris*, koristi, pri popunjavanju praznine, više normi ili princip koji stoji u njihovoj osnovi.³⁷ Glavna razlika je, dakle, u tome da li popunjavamo pravnu prazninu pravilom ili principom. Ali, u suštini, preciznije bi bilo reći da se u prvom slučaju praznina popunjava na osnovu nekog partikularnog principa (ili *ratio legis-a*), a u drugom da se to čini pomoću generalnog, veoma opšteg principa.³⁸

Kod nas je već Tasić izražavao sumnju u opravdanost ovakve podele³⁹, a u ovom tekstu se ona ne potencira, najpre iz razloga što ta podela zanemaruje kazuističku analogiju, potom što se analogija koristi i pri tumačenju prava, a ne samo radi popunjavanja pravnih praznina, i na kraju zato što zakonska analogija, u svojoj primeni (kao uostalom i kazuistička analogija), podrazumeva „učitavanje“ određenih principa koji stoje u osnovi i polaznog i aktuelnog slučaja i opravdavaju njihov jednak tretman.

Analogni način zaključivanja u svom središtu ima upoređivanje sličnosti. Pitanje sličnosti u pravu, kako je već opisano, postavlja se između polaznog i aktuelnog slučaja. Otkrivanje polaznog slučaja i njegova priroda su presudno važni za prirodu i uspešnu primenu analogije, pa će se stoga u ovom tekstu kao osnovni kriterijum za razvrstavanje analogije u pravu postulirati priroda polaznog (ili „izvornog“) slučaja. Šta može da bude polazni slučaj u pravnoj analogiji? Na ovo pitanje odgovor nam daje sama priroda pravnog rasuđivanja, kao podvrste praktičkog rasuđivanja. Pošto je pravno rasuđivanje zasnovano na autoritativnim razlozima koji se

37 Alexy, R., Dreier, R., Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany, u: McCormick, N., Summers R. (eds.), 1991, *Interpreting statutes: A comparative study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, p. 249.

38 Damele, G., Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective, u: Ribeiro, E. J. (ed.), 2014, *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, p. 246.

39 Tasić, Đ., 1984, Analogija, *Izbor rasprava i članaka iz teorije prava*, priredio Radomir Lukić, Beograd, SANU, str. 381.

nalaze u određenim pravnim aktima i odlukama važećeg pravnog poretka, postoje dva osnovna „izvora“ polaznih slučajeva u analogijskom rasuđivanju u pravu.

Prvi „izvor“ su pojedinačne odluke (najčešće presude) koje su u prethodnim sličnim slučajevima donosile sudije. Prilikom korišćenja pojedinačnih pravnih odluka (najčešće presuda), pravnik upoređuje sličnosti između dva različita konkretna slučaja i na osnovu tih sličnosti izvlači zaključak o pravnim posledicama aktuelnog slučaja. Takva analogija se u pravnoj teoriji još naziva i kazuističkom (*case-analogy*) i naročito je zastupljena u *common law* sistemima.

U drugoj situaciji, pravnik (ili sudija) kao polazni slučaj uzima tip slučaja koji je regulisan nekom normom. Stoga se ova vrsta analogije naziva i norma-analogijom (*norm-analogy*).⁴⁰ Kod ove vrste analogije, aktuelni slučaj može biti pojedinačni slučaj koji nije izričito „pokriven“ nijednom opštom normom, pa će u toj situaciji, kako se to obično kaže, sudija popuniti pravnu prazninu analognom primenom na taj slučaj jedne specijalne norme koja se izvodi iz opšte norme koja uređuje polazni slučaj. S druge strane, kada je aktuelni slučaj sporan zbog neodređenosti jezika opšte norme koja se na njega primenjuje, od pomoći prilikom njenog tumačenja biće poređenje sličnosti tipa slučaja (kao polaznog slučaja) koji dotična norma reguliše i aktuelnog slučaja.

Shodno tome, u odnosu na ustaljenu upotrebu termina („zakonska analogija“ i „pravna analogija“) u ovom tekstu predložiće se izvesno odstupanje kada je u pitanju norma-analogija, koju ću nadalje imenovati kao „zakonska analogija“. Sve situacije u kojima (može da se) koristi ova analogija podeliće se na dve osnovne grupe. Prva je analogija *extra legem*, kojom se popunjavaju pravne praznine ili, preciznije, kojom se pravne posledice pripisuju činjenicama koje nisu izričito opisane u važećim pravnim propisima. Zakonska analogija u ovom obliku naziva se analogijom *extra legem* iz jednostavnog razloga: onaj koji koristi zakonski propis kao polazni slučaj primenjuje ga analogijom na aktuelni slučaj koji taj propis ne pokriva – dakle, analogijom izlazi izvan okvira zakona.⁴¹ Druga je analogija *intra legem*, u kojoj se argument analogije koristi radi tumačenja zakonskih normi. Prilikom njene primene, pravnik „ne ide izvan važećeg prava, već samo pokušava da utvrdi značenje pravnih pravila“.⁴²

40 Aarnio, A., 1986, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, p. 103.

41 Koszowski, M., 2017, Analogical Reasoning in Statutory Law, *Journal of Forensic Research*, Vol. 8, No. 2, p. 2.

42 Wroblewski, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Bankowski, Z., MacCormick, N. (eds.), Dordrecht, Springer, Science+Business Media, B.V., p. 103.

4. ZAKONSKA ANALOGIJA

4.1. NEKOLIKO POČETNIH NAPOMENA

Analogijom u pravu najviše i najprodubljenije su se bavili i bave se autori koji pripadaju anglosaksonskoj pravnoj kulturi. U skladu s tim, kao najvažniji tip analognog zaključivanja u pravu oni razmatraju kazuističku analogiju. Takođe, precedentno pravo smatra se prirodnim „staništem“ za primenu i razvoj analogijskog rasuđivanja. Razlog za to je jednostavan: u tim sistemima sudske presude najviših sudova su formalno obavezujući izvor prava, a analogija se, karakteristično, posmatra kao oblik zaključivanja od jednog konkretnog slučaja ka drugom konkretnom slučaju – dakle od posebnog ka posebnom. S druge strane, ni u tim sistemima, akademski pravnici ne zanemaruju činjenicu da se u *common law* porecima primenjuje i analogija u kojoj je polazni slučaj pisani propis (najčešće iz zakona), kako bi se protumačilo njegovo značenje. Kako Mekormik izričito kaže „argument analogije nikako nije nevažan i neuobičajen pri primeni i tumačenju zakona“.43 A moglo bi se dodati, i ustava.⁴⁴

U kontinentalnim pravnim sistemima, balans preteže na suprotnu stranu. Premda je kazuistička analogija značajna i za *civil law* sisteme, jer i u sudskoj praksi tih sistema sudovi pribegavaju toj vrsti analogije, ipak je u njima češća i važnija primena zakonske analogije. A shodno tome, mnogo više pažnje u analizi primene analognog zaključivanja u pravu posvećuje se zakonskoj analogiji. Budući da i naš pravni sistem pripada krugu kontinentalnih sistema, u ovom odeljku izložiće se vrste argumenta analogije koji se mogu podvesti pod zakonsku analogiju. Ili, preciznije rečeno, biće opisane uobičajene situacije u kojima (treba da) se pribegava argumentu analogije, na način da se kao polazni slučaj uzima tipski opisan slučaj u važećoj opštoj pravnoj normi.

Kao što je već naznačeno, sve situacije u kojima (može da se) koristi zakonska analogija podeliću na dve velike grupe: prvu, analogiju *extra legem*, kojom se popunjavaju pravne praznine, i drugu, analogiju *intra legem*, u kojima se argument analogije koristi radi tumačenja zakonskih normi. Obe vrste analogije biće u nastavku podrobnije opisane. Nakon toga, par primera iz sudske prakse pokazaće kako se neke od tih vrsta

43 MacCormick, N., 1994, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, p. 195.

44 „U Sjedinjenim Državama, većina ustavnih sporova i slučajeva ne rešava se referisanjem na tekst ili istoriju ustava, nego kroz analogije, to jest kroz kazuističko rasuđivanje. Analogije su često ključne u donošenju odluka o značenju samih (ustavnih) pravila.“ (Sunstein, C., 1996, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, p. 63).

analogije primenjuju, a zatim i koliko je ponekad tanka razlika između dve osnovne vrste zakonske analogije. Cilj je da se pokaže kako su bazična forma i način primene argumenta analogije veoma slični u svim njegovim inkarnacijama (ili bi bar takvi trebalo da budu) i da, ono što se smatra formom i sadržinom tipičnog (paradigmatičnog) argumenta analogije u pravu, mogu i treba da se koriste pri upotrebi zakonske analogije u bilo kojoj od situacija koje će biti opisane. No, pre svega toga, objasniće se, u najkraćim crtama, upravo forma i sadržina (otkrivanje i mapiranje) u zakonskoj analogiji.

4.2. FORMA I SADRŽINA (OTKRIVANJE I MAPIRANJE) U ZAKONSKOJ ANALOGIJI

Kako izgleda shema analogijskog zaključka u pravu? Martin Golding, autor koji se ekstenzivno bavio problemom analogije u pravu, formuliše je na tragu onoga što je rečeno o shemi analogijskog zaključka uopšte (imajući na umu da jedna od premisa treba da bude normativna) i to na sledeći način:

- (1) A ima osobine F, G, ...(činjenična premisa)
- (2) B ima osobine F, G, ...(činjenična premisa)
- (3) A takođe ima i osobinu N, ...(normativna premisa)
- (4) F, G, ..., su relevantni za postojanje N (normativna premisa)
- (5) Iz toga sledi da B treba da ima osobinu N.⁴⁵

Kao i kod svakog argumenta analogije, tako i kod njegove primene u pravnom kontekstu, prosta sličnost dva slučaja nije dovoljna da bi se ustanovila relevantna sličnost u vezi s osobinom N. Između različitih slučajeva uvek postoje određene sličnosti, ali uvek će se, kroz poređenje tih slučajeva, utvrditi i razlike. Rečju, bilo koja dva slučaja liče jedan na drugi u nekom pogledu, ali se prilikom analogijskog rasuđivanja u obzir uzimaju samo relevantne sličnosti, koje obuhvata premisa (4).⁴⁶

Dakle, relevantnost premisa (1), (2) i (3) se ustanovljava i potvrđuje kroz relevantnost premise (4). Prema tome, ključna je samo ispravnost te

45 „Premise (1) i (2) biće deskriptivni iskazi i njihova istinitost se potvrđuje pozivanjem na činjenice. Međutim, premisa (3) će biti normativni iskaz i njegova tačnost se generalno ustanovljava prizivom na prethodnu sudsku odluku“ (ili, u slučaju zakonske analogije, na pravne posledice opšte norme u tipičnom slučaju koji uređuje – nap. aut.). (Golding, M., *Argument by Analogy in the Law*, u: Kaptein H., Velden, B. van der (eds.), 2018, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam, Amsterdam University Press, p. 131).

46 *Ibid.*, p. 132.

premise, ili kao što Golding veli „može se reći da premisa (4) ‘obavlja ceo posao’“.47 Ali odakle „dolazi“ ta premisa? To se u ovoj shemi ne može videti, jer se ne vidi zašto su određene činjenice relevantne u smislu primene neke norme. One to, naravno, mogu biti, jer je ta norma autoritativni razlog za delanje sudije (primera radi) koji je onda, opet sa svoje strane, autoritativno primenjuje (vezujući pravne posledice48 iz norme za činjenično stanje iz polaznog slučaja). Međutim, analogiji pravnik pribegava upravo kako bi rešio aktuelni slučaj koji autoritativni opšti propis direktno „ne pokriva“.49

Odgovor na pitanje odakle dolazi premisa (4), koji je u pravnoj filozofiji opšteprihvaćen,50 jeste da relevantnost činjenica i pravila koje za te činjenice propisuje određene pravne posledice počiva na činjenici da „analogijsko rasuđivanje u pravu nije prosto problem utvrđivanja sličnosti već je problem utvrđivanja [...] pravno značajnih sličnosti [...] Procena značaja i relevantnosti iziskuje pozivanje na pravila i principe, na svrhu i smisao važećih pravnih pravila.“51 Ono što se u pravu smatra relevantnim određeno je, drugim rečima, *ratio legis*-om, to jest svrhom koja je inherentna normi.52

Kako se ovi uvidi onda odražavaju na maločas izloženu shemu analogijskog argumenta u pravu? Prema Voleru (Waller), analogijski argument u pravu i etici se može prikazati na sledeći način:53

1. Slažemo se sa slučajem A (mešovita činjenična (1) i normativna premisa (3) iz prethodne sheme).

47 *Ibid.*

48 Jer pravne posledice u stvari i predstavljaju karakteristiku koju želimo da vezemo i za aktuelni slučaj.

49 Weinreb, L., 2005, p. 12. To nas vraća na problem koji (treba da) rešava shema (III) iz odeljka 1.2. Jer ako B ima istovetne osobine kao slučaj A, onda nema potrebe za analogijom, pošto se slučaj B direktno može supsumirati pod premisu (3), to jest pod normu koja se odnosi i na slučaj A. Međutim, analogija je upravo i potrebna i korisna u slučajevima kad nema potpune istovetnosti. Iako to iz Goldingove sheme nije vidljivo na prvi pogled, tri tačkice koje on ostavlja na kraju prve i druge premise mogu da sugerišu da nema istovetnosti.

50 Golding, M., 2018, p. 134; Sunstein, C., 1997, pp. 66–69; Shecaira, F. P., 2013, p. 428.

51 White, J., *Analogical Reasoning*, u: Patterson, D. (ed.), 2010, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, sec. edition, Oxford, Blackwell Publishing Ltd, p. 574.

52 Zaccaria, G., *Analogy as Legal Reasoning – The Hermeneutic Foundation of the Analogical Procedure*, u: Nerhot, P. (ed.), 1991, *Legal Knowledge and Analogy – Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 53–54.

53 Ovo je, zapravo, adaptiran Volerov argument, u koji je uneta premisa 3 radi naglašavanja značaja principa od kojeg zavisi uverljivost celog argumenta (Shecaira, F. P., 2013, p. 429).

2. Najuverljiviji razlog za slučaj A je princip (*ratio*) P (premissa o relevantnosti (4)).
3. Zbog toga je P istinit.
4. P implicira slučaj B (B potpada pod P – na osnovu premise (2)).
5. Stoga logička konzistentnost zahteva da se prihvati slučaj B.⁵⁴

Prema izloženoj shemi vidi se da postoji zaključak u premisi 3, izveden iz premisa 1 i 2. Reč je o principu koji opravdava našu saglasnost oko toga kako je slučaj iz premise 1 pravno ili etički tretiran.⁵⁵

Iako se, prema mišljenju pojedinih autora, principi ne smatraju eksplicitnim delom mnogih analogijskih argumenata⁵⁶, pa ni analogijskog argumenta u pravu⁵⁷, iako se takve analogije u praksi, pa i u sudskoj praksi, često pojavljuju, to ne znači da principi nisu implicitno sadržani čak i u takvim nepotpunim, intuitivnim, prostim, analogijama. Primera radi, argument prema kojem je seksualni odnos s mentalno zaostalim osobama sličan seksualnom odnosu s decom, i stoga je moralno neprihvatljiv, ne sadrži u sebi nikakav opravdavajući princip.⁵⁸ Međutim, čak i ova tvrdnja u sebi, da bi uverljivo dejstvovala na auditorijum, implicitno pretpostavlja princip da određene grupe ljudi, među kojima su i deca, a poređenjem se isto može zaključiti i za mentalno zaostale osobe, nisu u stanju da razumeju fizičke i društvene posledice seksualnih odnosa.⁵⁹ Stoga su premise 2 i 3 sastavni delovi valjanog i paradigmatičnog oblika analogijskog zaključka. I stoga i pravnik koji valjano analogijski rasuđuje najpre treba da detektuje princip koji opravdava pravne posledice u polaznom slučaju, a zatim na osnovu sličnosti i razlika koje smatra relevantnim (s aspekta tog principa), uz pretpostavljeno poštovanje i drugih ograničenja u procesu mapiranja koji su objašnjeni u prethodnom odeljku, da odluči da li taj princip može da služi kao opravdanje za njegovu vlastitu odluku da na aktuelni slučaj „protegne“ pravne posledice iz polaznog slučaja.⁶⁰

54 Waller, B., 2001, Classifying and Analyzing Analogies, *Informal Logic*, Vol. 21, No. 3, p. 201.

55 Shecaira, F. P., 2013, p. 409.

56 Govier, T., 2002, Should a Priori Analogies Be Regarded as Deductive Arguments?, *Informal Logic*, Vol. 22, No. 2, pp. 155–157.

57 Weinreb, L., 2005, p. 71.

58 Bermejo-Luque, L., The Uses of Analogies, u: Ribeiro, E. J. (ed.), 2014, *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, p. 18.

59 Shecaira, F. P., 2013, p. 417.

60 Sherwin, E., 1999, pp. 1179–1180; Brewer, S., 1996, pp. 925, 962–963.

Kad je reč o utvrđivanju principa, ne bira se jednostavno bilo koja opšta tvrdnja pod koju se može podvesti tipična situacija u polaznom slučaju. Traga se, zapravo, za *ratio*-m koji služi kao najverovatniji razlog za propisane pravne posledice u tipičnom slučaju. I, naravno, tvrdnja da su te posledice najbolje opravdane ovim ili onim principom može se smatrati manje ili više verovatnom. Snaga analogijskog argumenta varira u zavisnosti od verodostojnosti te tvrdnje.⁶¹

Kako se do takvog principa stiže? Pravnici koji traga za *ratio legis*-om treba da artikuliše objektivni cilj pravne odredbe koja uređuje polazni slučaj. Radi se o cilju koji se nekad može rekonstruisati iz samog teksta pravne odredbe, zatim iz razmatranja vrednosti i interesa koje štiti zakon u kojem se odredba nalazi ili iz osnovnih principa navedenih u samom zakonu, iz principa dotične grane prava ili čak i celokupnog pravnog sistema o tome šta bi odredba imala kao svoj idealno racionalni cilj (ili ciljeve) u trenutku tumačenja i primene.⁶²

Princip ili *ratio* koji se izvodi iz polaznog slučaja predstavljao opravdanu osnovu za rešenje aktuelnog slučaja ukoliko je jasno formulisan, ukoliko nije formulisan preterano uopšteno, ukoliko može da „proizvede“ poželjne pravne posledice i u drugim, budućim slučajevima koji u trenutku rešavanja aktuelnog slučaja mogu da se zamisle, ali čak i za one koji ne mogu jasno da se predvide, ukoliko može, s određenom verovatnoćom, da se pretpostavi da će njegova generalna primena da polučiti pozitivne posledice itd. I obrnuto, jak analogijski argument je onaj koji nije podlozan primedbama da je princip nejasan ili suviše uopšten ili da proizvodi neadekvatne posledice u drugim slučajevima ili da će njegova generalna i sistematska primena dovesti do loših posledica.⁶³

A kako se tako ustanovljen princip primenjuje na aktuelni slučaj? Odgovor je u već pominjanom mapiranju. Naime, upoređivanje dva slučaja upućuje nas na njihove relevantne sličnosti (a s obzirom na svrhu) da bi nas te sličnosti dovele do opštih zajedničkih karakteristika na osnovu kojih je utvrđen i sam princip koji opravdava normativni tretman aktuelnog slučaja kao što je tretman i polaznog slučaja.⁶⁴

61 Shecaira, F. P., 2013, p. 428.

62 Aarnio, A., 1986, p. 125. Pitanje utvrđivanja *ratio legis*-a norme iz polaznog slučaja je složeno pitanje. Ono se, u zakonskoj analogiji (za razliku od kazuističke, u kojoj se zajednički opšti princip najčešće utvrđuje mapiranjem dva konkretna slučaja), može utvrđivati različitim interpretativnim argumentima (sistemskim argumentima ili argumentom namere tvorca) ili čisto praktičkim konsideracijama. Ipak, i samo mapiranje polaznog tipskog i aktuelnog, konkretnog slučaja, može biti od pomoći da učvrsti ili poljulja prvobitne zaključke o tome.

63 Shecaira, F. P., 2013, p. 428.

64 *Ibid.*

4.3. ANALOGIJA EXTRA LEGEM

Kada se opšta odredba iz zakona ili drugog propisa primenjuje na slučaj koji, s jezičke tačke gledišta, tom odredbom nije „pokriven“, i to ni jezgrom ni „periferijom“ njenog značenja, ali koji ima sličnosti u relevantnom smislu sa slučajevima koji jesu pokriveni lingvističkim značenjem, onda govorimo o analogiji *extra legem*.⁶⁵ Ili, prostije, kada se pravne posledice pripišu činjenicama slučaja koji nije obuhvaćen jezikom propisa, upotrebljavamo analogijsko rasuđivanje da bismo popunili određenu pravnu prazninu.⁶⁶ Ističe se, dakle, da se zakon, putem analogije *extra legem*, ne primenjuje samo na slučajeve koji su „pokriveni“ njegovim lingvističkim značenjem već i na slučajeve koji su, u relevantnom smislu, njima slični.⁶⁷

Momenat relevantne sličnosti (koju on čak naziva jednom vrstom istovetnosti) naglašava i naš Đorđe Tasić, kada govori o tome da se analogija uobičajeno određuje kao „zaključivanje od posebnog ka posebnom“, ali da se podvođenje jednog posebnog pod pravilo koje uređuje drugo posebno ne može izvesti samo prostim utvrđivanjem sličnosti dva posebna slučaja. To bi, prema njegovom mišljenju, značilo da se menja smisao pravila, jer se ono primenjuje na situaciju u kojoj njegova primena nije sasvim adekvatna. A ona nije adekvatna jer su dva posebna slučaja samo slična ali ne i istovetna. Ta promena smisla pravila postoji „jer se primena pravila proširuje i na jedan slučaj za koji bi se moglo naći i podesnije pravilo“, a to bi analogiju prikazalo u rđavom svetlu.⁶⁸ Ipak, Tasić veli da se kroz primenu analogije zapravo traži i utvrđuje istovetnost dva posebna slučaja, ovog novog i ranijeg, već utvrđenog. Ta istovetnost se u analogiji *extra legem* ne pronalazi u samom pravnom tekstu, već u situaciji koja „predstavlja isti interesni položaj i ima isti značaj i vrednost po lica u pitanju“.⁶⁹ Rečju, identičnost se ne nalazi u smislu *teksta pravila*, nego u unutrašnjem, dubljem smislu, koji se otkriva u cilju koji norma teži da ostvaruje.

65 Peczenik, A., 2008, *On Law and Reason*, Springer Science & Business Media, p. 320.

66 Peczenik, A., Bergholz, G., Statutory Interpretation in Sweden, u: MacCormick, N., Summers, R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, p. 318.

67 Tako Samers, govoreći o ovoj vrsti analogije, ističe da „when a case is not provided for or is only at best dimly provided for in statute, the case is to be treated in the same fashion that closely analogues case are treated in the statute“ (Summers, R. S., Taruffo, M., *Interpretation and Comparative Analysis*, u: MacCormick, N., Summers, R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, p. 467), dok Vroblevski to formuliše nešto drugačije, ali u osnovi isto, kada kaže da „if the existence of gaps is admitted, the task of court is to fill them by using statutory provisions which regulate essentially similar problems or cases“ (Wróblewski, J., 1991, p. 268).

68 Tasić, Đ., 1984, str. 382.

69 *Ibid.*

Tako se jasno potvrđuje dosadašnje insistiranje na u osnovi istovetnoj formi i sadržini svake analogije u pravu. Zajednička odlika paradigmatične upotrebe analogijskog rasuđivanja u pravu, koja je kod analogije *extra legem* još jasnije istaknuta (jer se u njoj raskida veza aktuelnog slučaja i teksta odredbe koji služi za njegovo rešavanje), jeste istovetni opšti princip, *ratio*, svrha, koji je u osnovi norme kojom se uređuje polazni slučaj, ali i, na osnovu nje, dopunjene ili novostvorene norme koja se primenjuje na aktuelni slučaj.

Naime, pomenuta „istovetnost“ ne znači da se, strogo govoreći, može reći da se na aktuelni slučaj doslovno primenjuje norma koja se primenjuje na polazni slučaj. Jer bi onda u pitanju bila ili dedukcija ili neki od oblika analogije *intra legem*. Ono što se u ovom slučaju primene analogije događa jeste da se s jedne strane uzima odnos između opšteg propisa i normalnog, uobičajenog slučaja koji taj propis uređuje, a s druge strane odnos sličnosti između normalnog i aktuelnog slučaja koji je atipičan i nije obuhvaćen tekstem opšteg propisa. I onda se na osnovu procesa analogijskog rasuđivanja izvodi zaključak da postoji odnos između atipičnog, specijalnog slučaja i jedne nove norme, na neki način, izvedene iz one prve, koja se na njega odnosi. Ta nova, „specijalna“ norma onda poizvodi iste pravne posledice u aktuelnom slučaju kao što ona prvobitna, opšta norma proizvodi u tipičnom, normalnom slučaju. Stoga se analogija *extra legem* i posmatra kao postupak eksplicitne inovacije, stvaranja prava.⁷⁰

4.4. ANALOGIJA *INTRA LEGEM*

4.4.1. O analogiji *intra legem* uopšte

Pod analogijom *intra legem* podrazumeva se takav „argument prema kojem je određeni slučaj do te mere sličan slučajevima koje zakon tipično pokriva da se mora smatrati da je i taj slučaj pokriven jezičkim značenjem (zakona)“.⁷¹ Proširivanje značenja zakona, prema njemu, primenjuje se samo na one slučajeve koje je moguće obuhvatiti jezičkim značenjem merodavnih odredaba, a što znači da se u toj situaciji određeno opšte zakonsko pravilo, pomoću analogije, tumači na način da pokriva i takve slučajeve. Ili, još preciznije rečeno, situacija ili okolnost iz aktuelnog slučaja

70 Ladeur, K-H., The Analogy Between Logic and Dialogic of Law, u: Nerhot, P. (ed.), 1991, *Legal Knowledge and Analogy – Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 13, 18.

71 Peczenik, A., 2008, p. 142.

pravno se kvalifikuje i podvodi pod termine iz zakonskog pravila koje služi kao polazni slučaj.⁷²

Da bi se analogija *intra legem* razumela, od pomoći će biti razmatranja koja je u svojoj najvažnijoj knjizi *Pojam prava* izneo Herbert Hart. Iako Hart izrčito ne imenuje postupak koji opisuje kao zakonsku analogiju, terminologija u ovoj stvari odstupa pred suštinom. Stoga mi se, na ovom mestu, čini korisnim da se ekstenzivno navede šta on kaže u vezi s ovim pitanjem:

„[K]ada se koriste verbalno formulisana opšta pravila, neodređenost u pogledu oblika zahtevanog ponašanja može da se ispolji u pojedinim konkretnim slučajevima. Određene faktičke situacije nas ne čekaju, već odvojene jedne od drugih i označene kao slučajevi opšteg pravila čija je primena u pitanju; niti pravilo može samo da nam pokaže slučajeve na koje se odnosi[...]

Prosti slučajevi, gde izgleda da opšti pojmovi ne zahtevaju tumačenje, i gde prepoznavanje slučajeva izgleda neproblematično ili „automatsko“, jesu samo poznati slučajevi, koji se stalno ponavljaju u sličnim kontekstima, gde postoji opšta saglasnost mišljenja u pogledu primenjivosti klasifikacionih pojmova...[i]zgleda da jezik pravila izdvaja samo autoritativan primer, naime, onaj koji sačinjava jednostavan slučaj.

Suočen s pitanjem da li pravilo koje zabranjuje korišćenje vozila u parku može biti primenjeno na neku kombinaciju okolnosti u kojima može da izgleda neodređeno, sve što može učiniti onaj koji je pozvan da da odgovor jeste da uzme u obzir to [...] da li je dat slučaj u 'dovoljnoj meri', u 'relevantnom' smislu, nalik jednostavnom slučaju[...] On se opredeljuje da nizu slučajeva doda nov slučaj zbog sličnosti koje se razumno mogu braniti i kao pravno relevantne i kao dovoljno bliske. Kada su u pitanju pravna pravila, merila relevantnosti i bliskost u pogledu sličnosti zavise od mnogih složenih faktora koji se javljaju kroz pravni sistem, i od ciljeva ili svrha koje se mogu pripisati pravilu.“⁷³

Iz citiranog teksta, jasno je da Hart smatra kako tumač u opisanim situacijama (treba da) koristi analogni način rasuđivanja. U nastavku, držeći se primera pravila koje glasi „zabranjeno je vozilima ulaziti u park“, Hart svoj stav analizira kroz primer zabrane/dozvole ulaska u park dečjeg automobila-igračke na električni pogon. Opšte pravilo, odnosno izraz „vozilo“, u svest priziva primere tipičnih vozila (automobil, motocikl, autobus). Tumač koji rešava sporno pitanje pravne kvalifikacije dečjih elektromobila, nezavisno od semantičke sličnosti, polazi od toga šta ova zabrana u odnosu na tipične slučajeve znači i relativno jednostavno do-

72 Sunstein, C., 1997, p. 89.

73 Hart, H., 2013, *Pojam prava*, preveli D. Vranjanac i G. Dajović, Beograd, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 185–86.

lazi do zaključka da je ona uvedena zbog bezbednosti prolaznika u parku ili zbog njihovog mira i tišine ili zbog čistog vazduha, ili zbog svega toga zajedno. Nadalje, sledi analogno povezivanje osobina (ili mapiranje) aktuelnog slučaja (dečji elektromobil) s tipičnim slučajem, i to onih koje su relevantne s obzirom na utvrđene svrhe pravila. Svakako, spekuliraju Hart, ako se jednom cilju da prioritet – na primer, miru i tišini – ostaje da tumač odvađa da li žrtvovati malo mira zarad zadovoljstva dece, ili obrnuto. Ako se u obzir uzmu i ostali ciljevi, uočava se da mapiranjem tumač dospeva do više razlika nego sličnosti između tipičnog vozila i dečjeg elektromobila, pa mu to dalje pomaže da odluka/zaključak analognog rasuđivanja prevagne u korist tumačenja da dečji automobil-igračka nije vozilo u smislu navedenog pravila.

Ipak, legitimno je pitanje šta je tačno tipičan ili jednostavan slučaj koji tumač uzima kao polazni, jer u otkrivanju tog slučaja, kao polaznog slučaja, u zakonskoj analogiji možemo se poslužiti različitim heurističkim sredstvima. Prvi, gotovo samoočigledan odgovor jeste da je to slučaj koji se takvim smatra prema uobičajenom i opšteprihvaćenom razumevanju značenja reči iz propisa od strane članova zajednice, zatim, to može biti i slučaj koji je već rešen autoritativnom i relevantnom odlukom (recimo, sudskom).⁷⁴ Najzad, to mogu biti i slučajevi koji se prema jasno izraženoj nameri zakonodavca smatraju kao takvi.

Da sumiram. Analogno zaključivanje se koristi prilikom tumačenja važećih propisa, to jest prilikom pravne kvalifikacije termina i izraza iz zakona. Kada se opšta pravila iz zakona ili presuda tumače putem analogije, onda se zapravo tipični slučaj, na koji se pravilo nesumnjivo odnosi, uzima kao polazni slučaj, a za aktuelni slučaj, koji je zbog neodređenosti jezika tog pravila u odnosu na njega sporan, može se, posredstvom analogije s polaznim (tipičnim) slučajem, zaključiti da se i na njega primeni dotično pravilo.

Najčešća primena argumenta analogije kod pravne kvalifikacije za rezultat ima ono što se u pravnoj praksi i teoriji označava kao široko tumačenje. Druga situacija u kojoj tumač pribegava ovoj vrsti analogijskog rasuđivanja jeste upotreba sistemskog interpretativnog argumenta analogije. Treći slučaj, koji se u literaturi obično navodi kao primer primene analogije *intra legem*, jeste pri upotrebi kanona jezičkog tumačenja *eiusdem generis*. Najzad, sličan pristup se koristi i prilikom korišćenja nomotehničkog regulisanja pomoću formulacije „shodna primena prava“. U nastavku će, zbog oskudnosti prostora i ilustrativnosti tih prime-

74 Bankowski, Z., MacCormick, N., Statutory Interpretation in the United Kingdom, u: MacCormick, N., Summers, R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, p. 369.

ra, biti detaljnije prikazano samo kako se analogija *intra legem* koristi u prve dve „situacije“.

4.4.2. Široko tumačenje

Široko tumačenje predstavlja mogućnost da u konkretnim spornim slučajevima tumač odstupi od standardnog⁷⁵ značenja termina ili izraza u merodavnoj odredbi i njeno dejstvo proširi i na dati slučaj, proširujući standardno ili doslovno značenje tog termina ili izraza, ali ne na način da to prošireno značenje izlazi iz okvira mogućeg jezičkog značenja tog termina ili izraza. Široko tumačenje nije tumačenje u smislu *processa* interpretacije, već je tumačenje u smislu ishoda interpretacije. Široko tumačenje je, u stvari, rezultat *processa* tumačenja, u kojem je tumač, primenjujući analogiju, određenom izrazu iz pravnog teksta pripisao značenje koje je šire od njegovog standardnog ili doslovnog značenja.

Pošto je analogija *intra legem* pri širokom tumačenju usko povezana s jezičkom neodređenošću, a naročito s nejasnošću izraza, da bi se razumela, neophodno je dodatno pojasniti kada se, generalno, jedan pojam ili izraz smatra nejasnim, to jest kako je moguće da nastane spor oko pravne kvalifikacije konkretnog činjeničnog stanja i oko značenja odgovarajućeg pojma iz zakona u konkretnom slučaju.

Pol Grajs definiše jedan izraz kao nejasan „ako postoje slučajevi (stvarni ili mogući) u kojima se jasno ne zna da li se taj izraz može na njih odnositi ili ne, a to neznanje nije proisteklo iz nepoznavanja činjenica“.⁷⁶ Ili kako to još može da se formuliše, jedan izraz je nejasan kada „postoje neke pojave (subjects) koje nesumnjivo obuhvata (pozitivni kandidati), neke pojave koje nesumnjivo NE obuhvata (negativni kandidati) i treća klasa pojava za koje se sa sigurnošću ne može reći da pripadaju prvoj ili drugoj grupi pojava (neutralni kandidati)“.⁷⁷ Stoga takvi izrazi ne dele sve pojave koje denotiraju na dva dela – na one koje su obuhvaćene njegovim značenjem i na one koje nisu, već oni imaju „jezgro“ jasnog značenja i „predvorje“ (ili „polusenku“). „Jezgro pojma“ prostire se na sve objekte koje faktički svako ko je iole jezički i stručno osposobljen tretira, odnosno zamišlja kao slučajeve na koje se primenjuje pojam. 'Predvorju' pojma pripadaju objekti na koje se u jezičkoj zajednici nekada odnosi, a nekada i ne odnosi određeni pojam.“⁷⁸

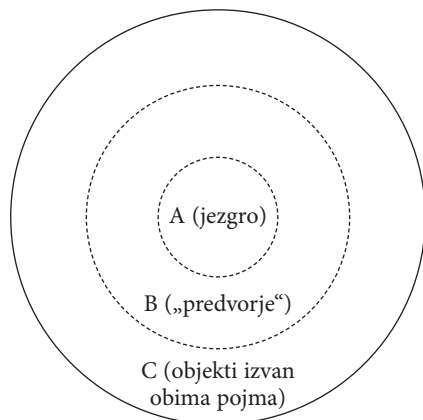
75 Izraz „standardno značenje“ upućuje na značenje koje on u najvećem broju situacija ima prema pravilima upotrebe tog izraza u datom jeziku.

76 Grice, P., 1991, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, p. 177.

77 Alexy, R., Dreier, R., 1991, pp. 74–75.

78 Bidlinski, F., 2011, *Pravna metodologija*, Podgorica, CID, str. 27.

Nejasni pojmovi i izrazi se, grafički, mogu prikazati na sledeći način:⁷⁹



Za tumača (sudiju, na primer) ključno pravno pitanje je da odredi da li pojava P prema standardnom značenju izraza iz pravne odredbe pripada njegovom polju A, B ili C. Ako se P može locirati u polje A, onda je reč o jednostavnom ili tipičnom slučaju. Ukoliko se, putem analogije, utvrdi da P pripada polju B, onda je moguće aktuelni slučaj širokim tumačenjem podvesti pod izraz iz pravne odredbe. Međutim, ako se P locira u polje C, široko tumačenje jezički nije moguće i onda se slučaj definitivno ne može tumačenjem podvesti pod pravnu odredbu.⁸⁰

Budući da je široko tumačenje ishod tumačenja, a ne tumačenje sâmo (shvaćeno kao proces), to se ono nužno zasniva na supstantivnim interpretativnim argumentima (jezičkom, sistemskom, ciljnom). Ipak, uvek treba imati na umu da se ti argumenti moraju uklopiti u analogijsku shemu zaključivanja. I to se obično odigrava na nivou premise (4) kada, mapiranjem polaznog i aktuelnog slučaja, nastojimo da utvrdimo da li se aktuelni slučaj, zbog relevantnih sličnosti s polaznim slučajem,

79 Up. Canale, D., Tuzet, G., Analogical Reasoning and Extensive Interpretation, u: Kaptein, H., Velden, B. van der (eds.), 2018, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam, Amsterdam University Press, p. 77.

80 Problem s nejasnošću pojma nije samo u tome što postoje *granični* slučajevi već i u tome što sama *granica* jednog pojma nije oštra – ona izgleda kao da je u „polusenci“. I kada se neka pojava nađe u toj „polusenci“, nije odmah vidljivo da li ona „ulazi“ u granice pojma ili ne, to jest da li spada pod taj pojam. Razlika je nekad samo stvar nijanse, stepena, a ne oštre demarkacije. A slično je i sa samom polusenkom u odnosu na pojave koje su izvan obima pojma. Otuda su dva unutrašnja kruga ocrтана isprekidanom linijom (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., 2016, *Uvod u pravo*, 3. izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 331).

može podvesti pod opšti princip koji je utvrđen u premisi (2). U primerima iz prakse koji se opisuju u narednom odeljku, pokazaće se kako to izgleda na delu.⁸¹

4.4.3. Argument analogije kao sistemski argument

Analogijsko rasuđivanje se u ovom, karakterističnom i često primenjivanom, načinu tumačenja spornih odredaba primenjuje tako što se porede dve ili više zakonskih odredaba, pa se onda jednoj odredbi pripisuje značenje do kojeg se, analogijom s drugom odredbom, poređenjem s njom, dospelo, to jest značenje koje, nesporno, ima druga odredba.⁸² Jednostavno rečeno, značenje termina u jednoj zakonskoj odredbi može biti osnov za pripisivanje značenja istih tih termina u drugoj odredbi. Odatle dolazi i sistemski karakter ovakvog načina rasuđivanja,⁸³ budući da ni polazni ni aktuelni slučaj nisu pojedinačni, već tipski slučajevi, koji su uređeni s dve ili više opštih pravnih odredaba. Tada sličnost između tipova slučajeva koje one regulišu, i analogno rasuđivanje na osnovu tih sličnosti, služi da podrže određeno tumačenje takvih odredaba.⁸⁴

Ideja koja stoji u pozadini tog načina primene analogijskog rasuđivanja je jednostavna. Ukoliko je jedna zakonska odredba u značajnoj meri slična drugoj zakonskoj odredbi (iz istog ili nekog drugog zakona), onda je prikladno protumačiti je tako da se očuva sličnost značenja te dve

81 Načelno posmatrano, primena analogije *extra legem* ide za tim da se zaključak o pravnim posledicama izvodi na osnovu relevantnih sličnosti (pre svega, pragmatičkih) objekata, ali da same objekte nije moguće obuhvatiti jednim jezičkim terminom. Za razliku od toga, kod širokog tumačenja, prilikom mapiranja, vodi se računa o relacionim i pragmatičnim sličnostima, ali se posebno obraća pažnja na semantičku (jezička) sličnost objekta polaznog i aktuelnog slučaja, to jest, semantičku vezu standardnog značenja pod koje potpada objekat polaznog, tipičnog slučaja i proširenog značenja pod koje se može podvesti objekat aktuelnog slučaja. Kod analogije *extra legem* toga nikad nema. Stoga, kod širokog tumačenja konkretan slučaj potpada pod jezičko značenje propisa, a kod analogije, on je isključen iz svakog mogućeg jezičkog značenja (Canale, D., Tuzet, G., 2018, p. 81). Međutim, imajući na umu ono što je predočeno u prethodnoj fusnoti o „propustljivosti“ demarkacije između polusenke (polje B) i pojava koje značenje pojma ne obuhvata (polje C), nije neobično da je u nekim slučajevima granica između analogije *extra legem* i širokog tumačenja teško određiva. A to će, verujem, moći da se uoči i na primerima koji slede.

82 Summers, R., Taruffo, M., 1991, p. 467; MacCormick, N., 2005, p. 129.

83 Na sistemski karakter ove vrste analogijskog rasuđivanja skreću pažnju mnogi autori (Zakaria, Mekormik, Kosovski, Aleksi itd). Drugi pak jedino i samo ovakvu upotrebu analogijskog rasuđivanja nazivaju analogijom *intra legem*, što samo ukazuje na njen značaj i raširenu primenu (Koszowski, M., 2017, p. 2).

84 Aarnio, A., 1986, p. 103.

odredbe.⁸⁵ Taj pristup će biti koristan, poželjan i u duhu analogijskog rasuđivanja ukoliko je jedna od tih odredaba (polazni slučaj) jasnija ili određenija ili razumljivija od druge (aktuelni slučaj). Tada se značenje izraza ili fraze u aktuelnom slučaju utvrđuje na osnovu značenja identičnih ili sličnih izraza i fraza u polaznom slučaju.

Najzad, analogija kao sistemski argument se u ovom kontekstu može povezati i s takozvanim interpretativnim argumentom precedenta. U tom slučaju se jedna odredba zakona i njeni izrazi tumače prema tumačenju drugih, sličnih odredaba i njenih izraza istog ili drugog zakona, ali tako da je značenje izraza tih drugih odredaba prethodno već utvrdio neki sud svojom presudom. Mekormik, štaviše, ističe da „(sistemski) argument analogije izgleda jači [...] kada u sebe inkorporira jednu verziju argumenta precedenta“.⁸⁶

Primer kako ovaj argument može da pruži dobar razlog za prihvatanje određenog značenja pravne norme je paragraf 578. AGZ-a koji glasi: „Ko hoće da izjavi svoju poslednju volju van suda pismeno i bez svedoka, taj mora testament svojeručno napisati i svojeručno svojim imenom potpisati.“ Kako sistemski argument analogije doprinosi rešenju konkretnog spora da li se potpisivanje nadimkom ili umetničkim imenom (pseudonimom) može podvesti pod potpis „imenom“, to jest da li se i tako potpisan testament može prihvatiti kao zakonit? Izolovano tumačenje §578 AGZ-a ne može dati odgovor na to pitanje – štaviše, taj paragraf, sam za sebe iz jezičkih razloga (višeznačnost termina „ime“) u ovom slučaju i dovodi do mogućeg spora. Međutim, ako taj paragraf analogno „povežemo“ s drugim paragrafom iz istog zakonika, dobijamo argument u prilog mogućem rešenju. Naime, u §43 AGZ-a stoji da se zaštita prava na ime tiče i „kroz faktičko korišćenje stečenog, takozvanog lažnog imena“. Pošto AGZ očigledno priznaje da je od pravnog značaja, to jest pravno zaštićen i uobičajeni naziv za neko lice (nadimak, umetničko ime, pseudonim), baš kao i ime, to bi onda, putem analogije – jer je nesporno da oba uživaju jednaku pravnu zaštitu – značilo da i u slučaju testamenta koji se potpisuje imenom, treba, prema sličnosti, tumačiti da se kao „imenom“ potpisan testament može smatrati i testament potpisan lažnim imenom, to jest pseudonimom. Prema tome, primenjujući analogijski sistemski argument, povezujući dve norme iz istog zakona, dobijamo argu-

85 MacCormick, N., Summers, R., Interpretation and Justification, u: MacCormick, N., Summers, R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, p. 513.

86 Aleksi, R., Makormik, N. 2018, *Pravo, argumentacija, interpretacija*, priredio M. Marković, Beograd, Akademska knjiga, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, str. 93–94.

ment u prilog normativnom značenju teksta §578 AGZ-a, u konkretnom spornom slučaju.⁸⁷

5. PRIMERI IZ SUDSKE PRAKSE

5.1. SLUČAJ FALSIFIKOVANJA NOVCA

Prvostepenom presudom okrivljeni je oglašen krivim da je izvršio krivično delo falsifikovanje novca. Prema zakonskoj odredbi to krivično delo čini onaj „ko napravi lažan novac u nameri da ga stavi u opticaj kao pravi“. Svojevrсна razjašnjavajuća „dopuna“ ove odredbe je definicija novca iz drugog člana krivičnog zakona, prema kojoj je „novac metalni i papirni novac ili novac izrađen od nekog drugog materijala koji je na osnovu zakona u opticaju u Srbiji ili u stranoj državi“.

U predmetnom slučaju, okrivljeni je falsifikovao italijanske lire koje više nisu bile zvanično sredstvo plaćanja u momentu kada ih je u banci zamenio za evre, a što je mogućnost koja je postojala i postoji za nekadašnje valute evropskih zemalja koje su postale deo monetarne zone evra. Pozivajući se na to, odbrana optuženog je u žalbi apelacionom sudu istakla da u periodu zamene italijanske lire više nisu bile u opticaju, te da one više nisu korišćene kao novac, bar ne u smislu definicije novca u krivičnim zakonu.

Imajući na umu navode odbrane, apelacioni sud u presudi ističe sledeće: „tačno je da su italijanske lire prestale da važe kao redovno sredstvo plaćanja u vremenskom periodu izvršenja ovog krivičnog dela, ali, s obzirom na to da su se italijanske lire mogle redovno menjati za druge valute (na primer: evro, dolar, dinar), ista je u smislu ovog krivičnog dela bila u opticaju, jer novac je roba kao i svaka druga, ako, s obzirom na valutu zemlje u kojoj se nalazi, vremenski period na koji se odnosi, ponudu i potražnju na tržištu, ima određenu vrednost, tj. cenu koja se formira od takvih i sličnih činilaca. Dakle, kao što je to već utvrđeno u ovom postupku, italijanska lira se mogla u datom vremenskom periodu redovno menjati u ovlašćenim menjačnicama za druge valute, te je predmetna količina falsifikovanog novca faktički stavljena u opticaj, a sve u skladu sa članom 112. stav 23.“⁸⁸

Kako s aspekta analogijskog rasuđivanja može da se analizira ključni fragment iz obrazloženja presude? Najpre, jasno je da pravno pitanje kojim se sud pozabavio jeste kakvo značenje treba pripisati izrazu „novac u opticaju“. Spor oko pravnog pitanja tog tipa mogao bi se označiti kao spor oko

87 Bidlinski, F., 2011, str. 30.

88 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 1 br. 4145/13 od 30. 1. 2014.

toga da li termin „opticaj“, koji uobičajeno znači „kruženje ili upotreba novca“, može da se proširi i na netipičan slučaj novca koji to zvanično nije, ali koji ima određenu vrednost. I umesto da to pitanje direktno razmotri analogijskim rasuđivanjem, poredeći tipičan slučaj, kao polazni, s ovim netipičnim, aktuelnim slučajem, sud je, da bi odbranio svoj stav da i novac koji više nije sredstvo plaćanje jeste „novac u opticaju“ ukoliko može da se zameni za novac koji je stvarno u opticaju, pribegao analogiji takvog novca s robom. Dakle, umesto da upotrebi analogiju *intra legem* u smislu (ne) prihvatanja širokog tumačenja sintagme „novac u opticaju“, sud je upotrebio analogijsko rasuđivanje, kao retoričko sredstvo. I ta analogija deluje neuverljivo, jer činjenica da roba ima vrednost, kao i italijanska lira u konkretnom slučaju, nije od značaja za ovaj slučaj, pošto se roba ne može falsifikovati, bar ne na isti način kao novac, i pošto se obično za robu ne kaže da je „u opticaju“, jer se taj izraz poglavito vezuje za protok novca koji je važeće sredstvo plaćanja. Prema tome, nema dovoljno relevantnih objektnih atributa i relacija koji opravdavaju sličnost robe i italijanskih lira iz aktuelnog slučaja, čak ni u retoričkom smislu. Ipak, glavni problem s obrazloženjem nadležnog suda nije što je pogrešno koristio analogiju, kao retoričko sredstvo, već što nije analogijski rasuđivao, ne bi li ustanovio da li je opravdano pripisati šire značenje fraze „novac u opticaju“ u ovom, netipičnom slučaju ili nije.

Činjenica je da falsifikovane italijanske lire nisu bile u opticaju, već su, upravo suprotno, uslovno rečeno, „povučene“ iz opticaja.⁸⁹ Dakle, posmatrajući doslovno značenje termina, u ovom slučaju taj novac nije u opticaju, niti vrši funkcije regularnog novca (ne može se njime kupiti roba, nije merilo vrednosti itd.). Stoga nije način da sud valjano obrazloži osuđujuću presudu, da konstatuje da su falsifikovane lire faktički bile u opticaju (jer to nisu), nego da uporedi taj slučaj sa slučajem falsifikovanog novca koji je zaista u opticaju. I tu bi se, posmatrajući s jedne strane *ratio* krivičnog dela falsifikovanja novca, odnosno njegov zaštitni objekt, a s druge strane sličnost štete koju po ekonomski i privredni sistem može da izazove falsifikovani „novac“ i u jednom i u drugom slučaju, mogao potražiti osnov za primenu analogije *intra legem*, to jest za široko tumačenje izraza „novac u opticaju“, odnosno za njegovu primenu i na aktuelan slučaj s lirama.⁹⁰ Jer nema sumnje da su falsifikovane lire, ipak posredno, ušle u opticaj, na

89 Kao što bi to, uostalom, bio slučaj i s pravim italijanskim lirama koje bi neko u trenutku kada one više nisu važeće sredstvo plaćanja zamenio u banci za evre.

90 Premda bi, jezički posmatrano, bilo plauzibilno tvrditi da takvo široko tumačenje izlazi iz polja bilo kakvog mogućeg značenja fraze „novac u opticaju“, što bi nas onda vodilo zaključku, ukoliko se složimo da je osuđujuća presuda u ovom slučaju ispravna, da je osuda moguća jedino putem analogije *extra legem*. I ta dilema je dokaz da je granica između različitih vrsta analogije u praksi ponekad teško određiva.

način da je njihovom zamenom u banci pribavljen novac koji jeste u optičaju i koji u stvari predstavlja „emisiju“ novca koja je protivna zakonu, ali i stabilnosti i održivosti finansijskog i privrednog sistema. A to jeste zaštitni objekt krivičnog dela falsifikovanja novca. Međutim, ničeg od ove vrste rasuđivanja nema u obrazloženju presude.

5.2. SLUČAJ NEOVLAŠĆENOG DRŽANJA OPOJNIH DROGA

Zakonom o izmenama i dopunama KZ-a (*Sl. glasnik RS*, br. 72/09), neovlašćeno držanje opojnih droga je predviđeno kao posebno krivično delo koje, prema zakonskom opisu, čini onaj ko neovlašćeno drži u manjoj količini za sopstvenu upotrebu supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge. To znači da je prema ovom zakonu krivično delo samo držanje droge za sopstvene potrebe i u manjoj količini, a ne kao ranije, svako neovlašćeno držanje droge. To je i izričit stav VKS-a, koji u jednoj presudi kaže da je „zakonodavac izmenama i dopunama Krivičnog zakonika dekriminalizovao [...] neovlašćeno držanje opojnih droga izvršeno iz svih ostalih razloga, osim iz razloga korišćenja za sopstveno uživanje“.⁹¹ Ono što je za primer(e) koji ću izložiti zanimljivo jeste da VKS, hotimično ili ne, ne pominje drugi, kumulativni uslov inkriminacije, to jest da se ne radi o bilo kojoj količini, već da je reč o manjoj količini.

I upravo se to pitanje, bez sumnje, može postaviti u slučajevima kada je kod okrivljenih pronađeno 54⁹², odnosno skoro 94⁹³ grama marihuane. Sudovi su se u oba slučaja bavili time da li je droga korišćena za sopstvenu upotrebu, jer je osnovno pitanje bilo da li se tako velika količina opijata koristila i za prodaju, što je obično slučaj. Na osnovu nalaza veštaka u oba slučaja, sudovi su zaključili da su okrivljeni dugogodišnji konzumenti marihuane, da su na dnevnoj osnovi koristili popriličnu količinu opijata, te da su količine koje su pronađene sasvim izvesno bile namenjene sopstvenoj upotrebi a ne prodaji. Ipak, uz to su pribegli i očiglednoj fikciji da 54, odnosno 94 grama „ne predstavlja veliku količinu“ droge, to jest da je u pitanju „manja količina“ droge, jer je njeni pasionirani konzumenti mogu potrošiti za relativno kratko vreme.⁹⁴

91 Up. presudu Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 133/10 od 9. 6. 2010, a slično stoji i u Kzz. 153/10 od 15. 9. 2010 i Kzz. 191/10 od 22. 12. 2010.

92 Presuda Višeg suda u Čačku K 12/18 od 23. 3. 2018.

93 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž 192/18 od 14. 3. 2018.

94 Smatram da ova „argumentacija“ nije valjana, jer količinu droge isključivo određuje u odnosu na subjektivne sklonosti konzumenta. Naravno, može se reći da je za čoveka izuzetnog, nesvakidašnjeg apetita sto čevapa koje pojede za ručak mala količina hrane, ali taj izraz u standardnom značenju i svakodnevnoj komunikaciji nikad neće podrazumevati toliku količinu hrane. A značenje takvih izraza (manje, više i sl.) u

Umesto teško odbranjive fikcije iz obrazloženja, čini se gotovo izvesnim da je sud u stvarnom rasuđivanju rezonovao prema *argumentu a fortiori*⁹⁵ koji se, iz razumljivih razloga, u presudi ne spominje, jer bi to značilo da je sud primenio analogiju *extra legem*, koja je u krivičnom pravu, zbog načela zakonitosti, nedopuštena. To je zaključak koji se nameće, naročito stoga što se u sudskoj praksi naših sudova, „manjom količinom“ smatralo i „držanje jedne PVC kesice u kojoj se nalazila opojna droga marihuana neto mase od 0,14 grama“ ili „držanje jedne plastične kutijice od filma u kojoj se nalazilo 0,39 grama opojne droge marihuane“.⁹⁶ U svetlu takve prakse, besmisleno je količine od pedeset ili sto grama kvalifikovati kao „manje količine“. Međutim, kako ispravno konstatuje J. Banović „to ne znači da držaoci veće količine za sopstvene potrebe ne ostvaruju elemente bilo kog krivičnog dela [...] takvo ponašanje je društveno opasnije od držanja manje količine“.⁹⁷ A takvo njeno rasuđivanje nije ništa drugo nego ispravna upotreba jednog od oblika analogije *a fortiori*, „od manjeg ka većem“. Jer, ukoliko je za postojanje krivičnog dela neovlašćenog držanja opojne droge dovoljno držanje manje količine, utoliko pre će zaštitini objekt tog dela biti ugrožen ako se drži veća količina. Ipak, bez obzira na to, ostaje činjenica da je sud u ovim slučajevima primenio jedan vid analogije *extra legem*.

5.3. SLUČAJ „GNJILANSKA GRUPA“

U slučaju takozvane „Gnjilanske grupe“ reč je o licima koja su na području Kosova i Metohije počinili ubistva i druge zločine nad civilnim licima u periodu nakon potpisivanja Vojno-tehničkog sporazuma u Kumanovu (tzv. Kumanovski sporazum) od 9. 6. 1999. godine, koji je regulisao prestanak neprijateljstava i dalja ponašanja strana u sukobu na teritoriji

krivičnom pravu ne može se do te mere subjektivizovati, jer onda od komunikacione moći jezika ne ostaje puno, a ona je od ključnog značaja u granama prava kao što je krivično. Uz to, ovde se javlja i soritski paradoks prilikom utvrđivanja granice preko koje više nije u pitanju – „mala količina“ (100 g? 200 g? 201 g?) odnosno šta je „relativno kratko vreme“ (dva meseca? tri meseca?).

95 Argument *a fortiori* funkcioniše tako da se na jednoj zamišljenoj skali pojavljuje repna tačka, koja je vezana za aktuelni slučaj, koja je nesporna i koja proizvodi jasne pravne posledice. Ako se aktuelni slučaj nalazi na tački koja je iznad reperne tačke, onda se taj oblik ovog argumenta zove „od manjeg ka većem“, a ako je ispod, tada imamo argument „od većeg ka manjem“. U oba slučaja se na aktuelni slučaj protežu (primenjuju) pravne posledice iz polaznog slučaja. Argument *a fortiori* je jedan od načina primene analogije *extra legem*.

96 Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu K. br. 22971/10 od 11. 11. 2010.

97 Banović, J., 2016. Teorijski i praktični aspekti krivičnog pravnog regulisanja opojnih droga, *Crimen* VII, 2, str. 170.

KiM, a najveći broj njih je počinjen nakon povlačenja vojnih i policijskih snaga Srbije 20. 6. 1999. Krivični zakon SRJ, koji je bio važeće pravo u trenutku kada su zločini počinjeni, propisivao je da će se kazniti svako „ko kršeći pravila međunarodnog prava za vreme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi da se izvrši napad na civilno stanovništvo, naselje, pojedina civilna lica ili lica onesposobljena za borbu, koji je imao za posledicu smrt, tešku telesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja ljudi[...]“ (Ratni zločin protiv civilnog stanovništva, član 142. stav 1. KZSRJ). Tužilaštvo je pravno kvalifikovalo ove radnje kao ratni zločin, tako da se okrivljenima sudilo pred većem Odeljenja za ratne zločine Višeg i Apelacionog suda u Beogradu. U analizi slučaja, koji je bio veoma kompleksan, fokusiraću se samo na jedno, ali krucijalno, pravno pitanje u tom postupku: da li su navedena dela izvršena za vreme postojanja oružanog sukoba (budući da vreme izvršenja predstavlja bitno obeležje tog krivičnog dela)?

U drugostepnoj presudi⁹⁸, Apelacioni sud ocenjuje (čini se prebrzo i olako⁹⁹) da je to čisto faktičko pitanje, koje se, shodno tome, svodi na pitanje dokazivanja određenih činjenica u konkretnoj situaciji. U skladu s tim, a nakon razmotrenog činjeničnog stanja koje je utvrđeno u postupku, Apelacioni sud zaključuje da je „*evidentno da su neprijateljstva okončana* odmah po potpisivanju Kumanovskog sporazuma dana 9. 6. 1999. godine. U tom smislu, svaka tvrdnja da su se i nakon navedenog datuma odvijala neprijateljstva koja bi imala karakter [...] oružanog sukoba u smislu relevantnih odredaba međunarodnog ratnog i humanitarnog prava, morala bi biti dokazima potkrepljena, što u konkretnoj situaciji [...] nije bio slučaj.“ S obzirom na navedeno, a kako je oružani sukob faktičko stanje, nesumnjivo je utvrđeno tokom krivičnog postupka da u vremenu koje se u optužnici navodi kao vreme u kojem su optuženi preduzimali radnje na

98 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 1. Po. 2. 2/13 od 13. 11. 2013.

99 Olako je pitanje postojanja oružanog sukoba razmatrati kao čisto faktičko pitanje, jer značenje izraza „oružani sukob“ ni izbliza nije tako jasno i nesporno. Naime, zamislive su situacije u kojima se ne može sa sigurnošću reći da li bismo ih kvalifikovali kao „postojanje oružanog sukoba“ ili ne. Takav je, recimo, slučaj s primirjem (faktičkim ili formalnim, kraćim ili dužim) koje se uspostavi na nekoj teritoriji između naoružanih formacija u sukobu. Dakle, osim jasnog jezgra, pojam „oružani sukob“ ima i svoju „polusenku“ ili predvorje, pa, samim tim, pitanje njegovog tumačenja, kao pravno pitanje, ne može biti olako preskočeno, odnosno ne može se postojanje oružanog sukoba tretirati kao isključivo faktičko pitanje. A naročito to nije moguće u konkretnoj situaciji, koja je nastala na KiM neposredno nakon potpisivanja Kumanovskog sporazuma. Uistinu, Apelacioni sud se u obrazloženju presude bavi i pravnim pitanjem, to jest značenjem izraza „oružani sukob“ i daje svoje tumačenje tog izraza, što svakako nije faktičko pitanje. O tim navodima Suda i njihovom značaju za poentu ovog primera u smislu primene analogije *intra legem*, govori se na kraju.

području KiM nije bilo oružanih borbi između oružanih formacija.¹⁰⁰ U tom smislu, nakon definitivnog prestanka oružanog sukoba, radnje usmerene protiv civilnog stanovništva ne mogu se kvalifikovati kao ratni zločin protiv civilnog stanovništva, već kao neko drugo krivično delo.

Dodatno, Apelacioni sud navodi da je „Članom 2. stavom 1. Kumanovskog sporazuma, koji nosi naziv 'Prestanak neprijateljstva' predviđeno da će se snage SRJ, odmah nakon stupanja na snagu ovog Sporazuma, uzdržati od bilo kakvih neprijateljstva ili provokativnih akata bilo koje vrste, uperenih protiv bilo kog lica na Kosovu, i narediće oružanim snagama da prekinu sve takve aktivnosti.“ I onda, sud naročito ističe faktičku okolnost koja se podudara s utvrđenim činjeničnim stanjem „da su se posle potpisivanja Kumanovskog sporazuma, do 20. 6. 1999. godine, sa područja AP KiM povukle sve srpske oružane snage, odnosno da na području AP KiM nakon 20. 6. 1999. godine nisu ostale bilo kakve srpske, vojne i policijske snage koje bi u odnosu na OVK predstavljale drugu stranu u sukobu. U tom smislu, Apelacioni sud u Beogradu je imao u vidu i činjenicu da se veći deo događaja navedenih u optužnici, vremenski odigrao, ne samo nakon prestanka oružanog sukoba, već i nakon potpunog povlačenja svih pripadnika srpske vojske i policije sa KiM, kada je prestala bilo kakva mogućnost obnavljanja ranije prestalih oružanih sukoba.“ Čini mi se da nema sumnje, kao što ću u nastavku argumentovati, da je rezonovanje suda ispravno, u odnosu na 20. 6. 1999, to jest na datum kada na teritoriji KiM nema više vojnih i policijskih snaga SRJ, odnosno Srbije. Međutim, argumentacija suda da se prestanak oružanih sukoba može automatski vezati za potpisivanje sporazuma, te da je predviđeno stupanje na snagu napred navedenog Sporazuma po potpisivanju, ne može biti valjan argument da, samim tim, oružani sukob više ne postoji. Moglo bi se ustvrditi (intuitivnom analogijom) da je potpisivanjem ovakve vrste sporazuma (koji nema karakter mirovnog sporazuma) samo došlo do primirja između sukobljenih strana. Ali pošto, čak i semantički posmatrano, ni formalno ni neformalno primirje ne znače mir, pošto postoji mnogo slučajeva u kojima su dve sukobljene naoružane formacije i dalje u punoj borbenoj gotovosti, u kojima se primirje iznova krši i ponovo uspostavlja, ne može se reći da je svaki oružani sukob svakim primirjem okončan. Stoga se čini, nezavisno od činjeničnog stanja i odsustva ili prisustva oružanih čarki ili sukoba, da ni ovo „primirje“ od 9. 6. 1999, samo po sebi, nije konkluzivni razlog da je oružani sukob okončan.

100 Iz jedne prethodne presude VKS-a, međutim, ne bi se to moglo nesporno zaključiti. Tom prilikom je, naime, VKS utvrdio „činjenice postojanja sukoba na pojedinim područjima Kosova i Metohije i vreme poslednjeg većeg sukoba (15. 6. 1999. godine na području sela Sajkovac – Podujevo)“ (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Veće za ratne zločine, Kž I PZ 3/06 od 26. 2. 2007).

Osvrnuću se sad na odluku koju je, po zahtevu za zaštitu zakonitosti u pogledu predmetne presude Apelacionog suda, doneo Vrhovni kassacioni sud (VKS)¹⁰¹. Argumentacija na osnovu koje je VKS utvrdio da je tim presudama povređen zakon ide u dva povezana pravca. Prvo, VKS se bavi pitanjem koje jeste vezano za pojam oružanog sukoba, ali u vezi s pitanjem pravnog statusa žrtava konkretnih zločina. Naime, VKS se, kvalifikujući zločine koje su okrivljeni počinili kao ratne zločine, poziva na odredbu člana 2. stav 2. II Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba kojom je propisano „da na kraju oružanog sukoba, sva lica koja su bila lišena slobode ili čija je sloboda bila ograničena iz razloga u vezi s takvim sukobom, kao i lica koja su lišena slobode ili čija je sloboda ograničena posle sukoba iz istih razloga uživaju zaštitu shodno čl. 5. i 6. do kraja takvog lišavanja ili ograničenja slobode“. Zasnivajući kvalifikaciju na toj odredbi, VKS zapravo proširuje značenje izraza „sva lica koja su bila lišena slobode“ (a koji se očigledno odnosi na ono što bismo kolokvijalno nazvali ratnim zarobljenicima) i na civile, koji su potpali pod domašaj delovanja određene oružane formacije nakon završetka oružanog sukoba.

Na ovom mestu ta, vrlo dubiozna, tvrdnja suda neće se analizirati sama za sebe, ali će se ukazati na njen značaj za ključno pravno pitanje – značenje izraza „postojanje oružanog sukoba“.¹⁰² Tako dolazimo do drugog pravca argumentacije, kada VKS pravi svojevrсни argumentativni luping, tako što odjednom „zanemaruje“ da odredba Dopunskog protokola govori o licima lišenim slobode i njihovom statusu nakon kraja oružanog sukoba. Luping je u tome što VKS status tih lica (da zanemarimo opravdanost analogije civila s ratnim zarobljenicima) koristi, u stvari, kao argument u prilog tvrdnji da oružani sukob traje sve dok su ta lica, koja uživaju zaštitu po međunarodnom pravu, u vlasti jedne od strana u sukobu, nezavisno od prisustva druge strane u sukobu. Stoga, rezonuje VKS, „krivično delo ratni zločin (mogu da) čine i delatnosti vremenski (kao i prostorno) udaljene od neposrednih neprijateljstava sukobljenih strana [...] pod uslovom da postoji dovoljna, uska povezanost inkriminisanog delovanja sa oružanim sukobom“ i da je ono „u funkciji ostvarenja ciljeva koji se žele postići oružanim sukobom.“

101 Presuda VKS Kzz RZ 1/2014 od 5. 12. 2014.

102 Zanimljivo je da, kada pristupa pitanju „postojanja i dužine trajanja oružanog sukoba“, VKS prihvata karakterizaciju Apelacionog suda da je reč o faktičkom pitanju, jer u obrazloženju kaže sledeće: „Osnovano Republički javni tužilac u zahtevu za zaštitu zakonitosti ukazuje da prvostepena i drugostepena presuda ne sadrže potrebne razloge o činjenici koja je predmet dokazivanja u pogledu trajanja oružanog sukoba na teritoriji AP Kosovo i Metohija, značajnoj za pravilnu primenu materijalnog prava u smislu pravne ocene inkriminiranih radnji okrivljenih, a da su razlozi o navedenoj odlučnoj činjenici koji su dati u prvostepenoj i drugostepenoj presudi nejasni.“

Shodno tome, ne iznenađuje da VKS smatra da je nemeđunarodni (unutrašnji) sukob oružanih snaga SRJ i naoružane vojne formacije kosovskih Albanaca, takozvane Oslobodilačke vojske Kosova (OVK), nastavljen i posle 20. 6. 1999. godine i da je trajao do kraja decembra 1999, pošto su u periodu od početka juna do kraja decembra 1999, na teritoriji Gnjilana i okoline, pripadnici OVK „[...] naređivali i vršili prema civilnom stanovništvu srpske i nealbanske nacionalnosti i pojedinim pripadnicima albanske nacionalnosti, protivzakonita zatvaranja, nečovečna postupanja, mučenja, silovanja, ubistva, telesna povređivanja, nanošenja velikih patnji i pljačkanja imovine [...] a radi ostvarivanja zajedničkog cilja – uspostavljanja potpune civilne i vojne kontrole nad teritorijom KiM i istovremeno proterivanja srpskog i nealbanskog živilja sa te teritorije.“ Prema tome, stav VKS-a je da oružani sukob postoji sve dok postoji mogućnost da se izvrši ratni zločin (u konkretnom slučaju, zločin nad civilima koje VKS izjednačava s ratnim zarobljenicima¹⁰³), u vezi s oružanim sukobom.¹⁰⁴

Ako mogu da sumiram i ekspliciram, ono što je implicitno sadržano u rasuđivanju VKS-a, a u terminima analogije koji se koriste u ovom tekstu, rekao bih da je, prvo, VKS široko tumačio izraze odredbe Dopunskog protokola na koju se poziva kada je pod izraz „ratni zarobljenici“ podveo i civile koji su bili „pod vlašću“ i u domašaju OVK. I drugo, iz toga je, sistemskom analogijom, izveo zaključak da oružani sukob traje sve dok postoji dejstvo oružane formacije na te civile (iako odredba izričito govori o tretmanu ratnih zarobljenika nakon završetka oružanih sukoba!). Ovdje treba biti jasan: ni u jednom ni u drugom slučaju primene analogije VKS u obrazloženju ne pominje da u stvari analogijski rasuđuje. Na delu je jedna više intuitivna i implicitna analogija. Ali intuitivne, neeksplicirane i neargumentovane analogije su nepouzđane analogije. I stoga ne iznenađuje da VKS dolazi do zaključka da se trajanje unutrašnjeg (čitaj „oružanog“) sukoba određuje „prema pravilima međunarodnog humanitarnog prava koja obavezuju strane u sukobu i posle prestanka neprijateljstava sve do opšteg zaključenja mira ili postizanja mirnog rešenja na celoj teritoriji pod kontrolom strane u sukobu“, što je očigledno neispravan zaključak, jer bi, prema tom rezonu, oružani sukob na KiM trajao i dalje.

Konačno, meni izgleda da bi sud u ovom slučaju na prikladniji način upotrebio analogiju da je eksplicitno rasuđivao kroz analogiju *intra legem* u smislu širokog tumačenja, to jest da je nastojao da utvrdi da li je izrazu

103 Na jednom mestu u obrazloženju, VKS ta lica naziva i „licima protivničke strane“, što je, najblaže rečeno, sporna kvalifikacija.

104 Takvo rasuđivanje bi značilo da, primera radi, oružani sukob koji je trajao tokom Drugog svetskog rata nije okončan 9. 5. 1945, nego tek početkom pedesetih godina, kada su poslednji ratni zarobljenici bili oslobođeni iz sovjetskih zatvora (a u nekim državama, verovatno i duže).

„oružani sukob“ u aktuelnom slučaju moguće pripisati šire značenje od tipičnog. U tom smislu, analogijsko rasuđivanje bi, najpre, podrazumevalo da se utvrde karakteristike tipičnog oružanog sukoba. Primera radi, mogle bi se navesti sledeće karakteristike: postojanje dve naoružane formacije na istom ili bliskom prostoru, koje su u određenom periodu vremena, a ne samo u jednom trenutku, sukobljene; posledice koje obično prate oružane sukobe su ozbiljne i po život i po imovinu učesnika sukoba i civila; činjenica da se ne radi o sporadičnim ili prolaznim oružanim „čarkama“ ili incidentima pojedinaca ili manjih grupa (primera radi, sukob uličnih bandi ili navijačkih grupa se obično ne svrstava u takve sukobe) i najzad, svrha posebnog krivičnogpravnog režima krivičnih dela za vreme tog sukoba (postojanje ratnih zločina)¹⁰⁵. Kada bi na taj način utvrdio karakteristike polaznog slučaja, sledeći korak bi bio da se, imajući na umu svrhu posebne krivičnogpravne inkriminacije krivičnih dela izvršenih u toku takvih sukoba, mapiraju te osobine s osobinama konkretnih događaja i činjenica u aktuelnom slučaju i da se onda na osnovu mapiranih sličnosti (ali i razlika) između te dve situacije izvede zaključak o tome da li se aktuelni slučaj može pravno kvalifikovati kao „postojanje oružanog sukoba“. Pošto analiza pomenutih presuda nema za cilj da izrekne konačan sud o meritumu predmetnog sudskog postupka, neću izvoditi zaključak o ishodu do kojeg bi analogija *intra legem* mogla da dovede¹⁰⁶, prvo, jer to, po prirodi stvari, na najbolji način može da utvrdi sud pred kojim se postupak odvijao i, drugo, jer cilj ove analize i nije bio da se donese zaključak o ishodu, nego da se osvrne na moguću i korisnu, odnosno na pogrešnu i neuspešnu upotrebu analogije kao načina da sud dođe do odgovora na ključno pravno pitanje, a najposle i do presude.

105 Na ovom mestu od pomoći može da bude i navod iz obrazloženja presude samog Apelacionog suda. Naime, analizirajući stav Tužilaštva da je oružani sukob nastavljen i nakon povlačenja srpskih oružanih snaga, usled nastavljenih „napada pripadnika OVK na civilno stanovništvo i pojedine civile“, Apelacioni sud nastoji da protumači izraz „postojanje oružanog sukoba“, te na taj način zapravo otvara pravno pitanje povodom značenja tog izraza. Tako Sud ističe „da se ne može prihvatiti stav o postojanju oružanog sukoba, bez postojanja druge strane u sukobu. Reč je o elementarnom uslovu bez kojeg je nemoguće govoriti o bilo kakvoj vrsti konfrontacije, pa i oružane. Naime, oružani sukob predstavlja pribegavanje oružanoj sili između država, ili produženo oružano nasilje između vlasti i organizovanih naoružanih grupa, ili pak između takvih grupa unutar jedne države.“

106 Ipak, bez obzira na rizik procene činjenica koje onaj koji procenjuje nije neposredno utvrđivao, čini se nespornim da mapiranje polaznog i aktuelnog slučaja ne može da utvrdi dovoljno relevantne značenijske sličnosti između njih, kada je u pitanju period nakon potpunog povlačenja oružanih formacija Srbije, dakle, nakon 20. 6. 1999. To ne znači da *ratio* norme koja inkriminiše ratni zločin nad civilnim stanovništvom nije primenljiv i u ovom slučaju. Ali primena norme u takvom slučaju je čist primer analogije *extra legem*.

6. ZAKLJUČNA NAPOMENA

Dosadašnje izlaganje išlo je za tim da se opišu i pokažu značaj, upotreba, forma i sadržina analogijskog rasuđivanja u pravu, a posebno jedne njegove forme – zakonske analogije. Kod kratkog prikaza primene analogijskog zaključivanja u pravu, pokušao sam da je „prikažem u najboljem svetlu“, to jest da se pozabavim njenom tipičnom (i najboljom mogućom) formom i sadržinom, ne bih li zainteresovanoj pravničkoj publici, kako akademskoj tako i onoj iz prakse, ukazao na način kako zakonska analogija može da se upotrebi na ispravan način i da dovede do najpouzdanijih mogućih zaključaka, odnosno odluka.

To sam smatrao naročito važnim, jer, kao što su to pokazali načini upotrebe „zakonske“ analogije, kao i primeri iz prakse, može se s velikom pouzdanošću izvesti zaključak da je analogija u pravu jednako (sve)prisutna, kao i u svakodnevnom životu. Ipak, čini se da o tome kod našeg pravništva ne postoji, možda i prirodno, dovoljno samosvesti, kao što je to slučaj s pravnicima iz anglosaksonskog pravnog okružja, u kojima je kazuistička analogija neizbežan i značajan fragment pravničke svakodnevice.¹⁰⁷

Kada analogno rasuđuju, čini se da naši pravnici to ne rade jasno – analogije su „mutne“, intuitivne, uzgred spomenute i nedovoljno obrazložene. A takođe se čini da je, zahvaljujući kontinentalnoj pravničkoj usmenosti ka deduktivnom zaključivanju na osnovu opštih pravila prilikom primene prava, analogija češće psihološki prisutna u odlučivanju nego što će pravnici ili sudije na nju otvoreno i jasno da se oslone prilikom rasuđivanja i da to oslanjanje podrobno opišu u obrazloženju svoje odluke.¹⁰⁸ Zato se obrazac analogijskog zaključivanja često mora ekstrahovati iz rasutih i nepovezanih opaski i zapažanja iz obrazloženja koja, na prvi pogled, čak i ne izgledaju da su povezana s analogijskim zaključivanjem. Kao što sam to pokušao da pokažem na primerima iz prakse, forma analogijskog zaključka se (re)konstruiše iz obrazloženja, a ne pronalazi se u njemu u razvijenom obliku. Tek nakon toga se može otkriti da li je analogija ispravno upotrebljena i da li je polučila valjani zaključak.

I stoga, da se vratim na ono što je već rečeno: ovaj tekst je kao svoj glavni cilj imao upravo da ocrta konture idealtipskog obrasca analogij-

107 Tako, na primer, Vrbani smatra da se analogija više koristi u angloameričkom nego u kontinentalnom pravnom sistemu, jer je ovaj drugi prilično potpun i kodifikovan, te je u njemu potreba za primenom analogije znatno manja. Vrbani jasno, i po mom sudu pogrešno, pretpostavlja da je analogni argument primenljiv, mahom, pri popunjavanju pravnih praznina (Vrbani, D., 2003, *Država i pravo*, Zagreb, Golden marketing, str. 465, nav. prema Harasić, Ž., 2018, Analogija u pravu: značenje i upotreba, *Pravni vijesnik*, Vol. 34, br. 3–4, str. 190).

108 Koszowski, M., 2017, p. 8.

skog argumenta u pravu. Jer samo će takav obrazac pravniku i sudiji pomoći da na valjan način koristi analogiju prilikom odlučivanja i obrazlaganja svojih odluka, kao i da osnovano kritikuje druge pravnike i sudije koji analogiju ne koriste na valjan način, bilo u formalnom, bilo u sadržinskom smislu.

A kada je već reč o primeni analogijskog rasuđivanja u pravu i poziciji pravnika u odnosu na to rasuđivanje, vredi podsetiti da su pravnici, zbog svog obrazovanja i stečenog znanja i iskustva, najpozvaniji da analogiju u pravu primene ispravno. Oni nisu eksperti za analogno rasuđivanje samo po sebi, ali će im pravno znanje i iskustvo pomoći da lakše otkriju i prepoznaju polazni slučaj, da iz njega generišu opšti princip, svrhu na kojoj se zasniva normativna posledica tog slučaja, kao i da bolje od laika prepoznaju pragmatične i druge relevantne veze, a ne samo površne sličnosti između polaznog i aktuelnog slučaja, koji će tu normativnu posledicu onda „preneti“ od prvog ka drugom slučaju.¹⁰⁹ S te tačke gledišta, jasno je da ne postoji suštinska razlika u postupku izvođenja analogijskog zaključka u pravu i u drugim praktičkim diskursima, ali da postoje posebnosti primene analogije u pravnom kontekstu koje iziskuju naročito znanje i iskustvo o pravnom poretku, unutar kojeg se analogijsko rasuđivanje u pravu odvija. Stoga se nadam da će ovaj članak doprineti ojačanju samosvesti naših pravnika o toj posebnosti.

Da zaključim. Poente ovog članka bile su najpre da se ukaže na široke mogućnosti primene analogijskog rasuđivanja u pravu, čini se mnogo šire nego što se to odista u praksi događa, naročito kada je reč o takozvanoj zakonskoj analogiji. Zatim, izlaganje forme i sadržine paradigmatičnog oblika analogije u pravu zamišljeno je kao praktično uputstvo pravnicima kako da taj oblik logičkog rasuđivanja na valjan način koriste pri donošenju odluka o pravnim pitanjima i pri njihovom obrazlaganju. Te dve poente su u tekstu, opširno i eksplicitno, „branjene“. Međutim, postoji i jedna poenta koja se implicitno provlači kroz tekst, a koja, nadam se, neće promaći pažljivijem čitaocu. Reč je, naime, o tome da se analogija koristi kao sredstvo ili kao „misaoni“ alat za primenu niza interpretativnih argumentata, od kojih mi se čini da su najvažniji teleološki (ciljni) i sistemski argumenti.¹¹⁰ Štaviše, primera radi, izgleda da se takozvano ciljno tumačenje najprikladnije (iako verovatno ne i isključivo) može primeniti putem analogije. Ipak, ova poslednja poenta članka zaslužuje detaljniju i produbljeniju raspravu, koja se ostavlja za drugu priliku.

109 Schauer, F., Spellman, B., 2017, p. 261.

110 Svakako i jezički, ako argument *eiusdem generis* posmatramo, kako se inače i smatra, kao kanon jezičkog tumačenja, ali i druge argumente.

LITERATURA

1. Aarnio, A., 1986, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company.
2. Aleksi, R., Makormik, N. 2018, *Pravo, argumentacija, interpretacija*, priredio M. Marković, Beograd, Akademska knjiga i Institut za filozofiju i društvenu teoriju.
3. Alexander, L., Sherwin, E. 2008, *Demystifying Legal Reasoning*, New York, Cambridge University Press.
4. Alexy, R., Dreier, R., Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany, u: MacCormick, N., Summers R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth.
5. Bankowski, Z., MacCormick, N., Statutory Interpretation in the United Kingdom, u: MacCormick, N., Summers R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth.
6. Banović, J., 2016, Teorijski i praktični aspekti krivičnog regulisanja opojnih droga, *Crimen*, Vol. VII, br. 2.
7. Bermejo-Luque, L., 2014, The Uses of Analogies, u: Ribeiro, E. J. (ed.), 2014, *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer.
8. Bidlinski, F., 2011, *Pravna metodologija*, Podgorica, CID.
9. Brewer, S., 1996, Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 5.
10. Canale, D., Tuzet, G., Analogical Reasoning and Extensive Interpretation, u: Kaptein H., Velden, B. van der (eds.), 2018, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam, Amsterdam University Press.
11. Damele, G., Analogia Legis and Analogia Juris: An Overview from a Rhetorical Perspective, u: Ribeiro, E. J. (ed.), 2014, *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer.
12. Duarte d'Almeida, L., Michelon, C., 2017, The Structure of Arguments by Analogy in Law, *Argumentation*, Vol. 31.
13. Gentner, D., Markman, A. B., 1997, Structure Mapping in Analogy and Similarity, *American Psychologist*, Vol. 52, No. 1.
14. Gick, M. L., Holyoak, K. J., 1983, Schema Induction and Analogical Transfer, *Cognitive Psychology*, Vol. 15.
15. Golding, M., Argument by Analogy in the Law, u: Kaptein H., Velden, B. van der (eds.), 2018, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, Amsterdam, Amsterdam University Press.
16. Govier, T., 2002, Should a Priori Analogies Be Regarded as Deductive Arguments?, *Informal Logic*, Vol. 22, No. 2.
17. Grice, P., 1991, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press.
18. Harasić, Ž., 2018, Analogija u pravu: značenje i upotreba, *Pravni vijesnik*, Vol. 34, br. 3–4.

19. Hart, H., 2013, *Pojam prava*, preveli D. Vranjanac i G. Dajović, Beograd, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
20. Hofstadter, D. R., Epilogue: Analogy as the Core of Cognition, u: Gentner, D., Holyoak, K. J., Kokinov, B. K. (eds.), 2001, *The Analogical Mind, Perspectives from Cognitive Science*, Cambridge Mass., A Bradford Book.
21. Holyoak, K. J., Thagard, P., 1996, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, Cambridge Mass, MIT Press.
22. Holyoak, K. J., Analogy, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2005, *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press.
23. Holyoak, K. J., Analogy and Relational Reasoning, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2012, *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.
24. Koszowski, M., 2017, Analogical Reasoning in Statutory Law, *Journal of Forensic Research*, Vol. 8, No. 2.
25. Koszowski, M., 2017, Multiple Functions of Analogical Reasoning in Science and Everyday Life, *Polish Sociological Review*, Vol. 197, No. 1.
26. Ladeur, K-H., The Analogy Between Logic and Dialogic of Law, u: Nerhot, P. (ed.), 1991, *Legal Knowledge and Analogy – Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
27. Lukić, R., 1958, *Teorija države i prava*, II knjiga, Beograd, Narodna knjiga.
28. Macagno, F., Walton, D., 2009, Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories, *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 42, No. 2.
29. MacCormick, N., Summers, R., Interpretation and Justification, u: MacCormick, N., Summers R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth.
30. MacCormick, N., 1994, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
31. Peczenik, A., 2008, *On Law and Reason*, Springer Science & Business Media.
32. Peczenik, A., Bergholz, G., Statutory Interpretation in Sweden, u: MacCormick, N., Summers R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth.
33. Salthouse, T. A., Effects of Aging on Reasoning, u: Holyoak, K. J., Morrison, R. G. (eds.), 2005, *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press.
34. Schauer, F., Spellman, B. A., 2017, Analogy, Expertise, and Experience, *University of Chicago Law Review*, Vol. 84, No. 1.
35. Shecaira, F. P., 2013, Analogical Arguments in Ethics and Law: A Defence of a Deductivist Analysis, *Informal Logic*, Vol. 33, No 3.
36. Sherwin, E., 1999, A Defense of Analogical Reasoning in Law, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66.
37. Summers, R. S, Taruffo, M., Interpretation and Comparative Analysis, u: MacCormick, N., Summers, R. (eds.), 1991, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth.

38. Sunstein, C., 1996, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
39. Tasić, Đ., 1984, *Analogija, Izbor rasprava i članaka iz teorije prava*, priredio Radoimir Lukić, Beograd, SANU.
40. Thomson, J. J., 1971, A Defense of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1.
41. Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., 2016, *Uvod u pravo*, 3. izdanje, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
42. Vrban, D., 2003, *Država i pravo*, Zagreb, Golden marketing.
43. Waller, B., 2001, Classifying and Analyzing Analogies, *Informal Logic*, Vol. 21, No. 3.
44. Walton, D., Argumentation Schemes for Argument from Analogy, u: Ribeiro, E. J. (ed.), 2014, *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer.
45. Weinreb, L., 2005, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press.
46. White, J., Analogical Reasoning, u: Patterson, D. (ed.), 2010, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, sec. edition, Oxford, Blackwell Publishing Ltd.
47. Wroblewski, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Bankowski, Z., MacCormick, N. (eds.), Dordrecht, Springer, Science+Business Media, B.V.
48. Zaccaria, G., Analogy as Legal Reasoning – The Hermeneutic Foundation of the Analogical Procedure, u: Nerhot, P. (ed.), 1991, *Legal Knowledge and Analogy – Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

SUDSKA PRAKSA

1. *Adams v. The New Jersey Steamboat Co.* New York Court of Appeals, 45 N.E. 369 (1896).
2. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 1 br. 4145/13 od 30. 1. 2014.
3. Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž 192/18 od 14. 3. 2018.
4. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 1. Po. 2. 2/13 od 13. 11. 2013.
5. Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, K. br. 22971/10 od 11. 11. 2010.
6. Presuda Višeg suda u Čačku, K 12/18 o 23. 3. 2018.
7. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 133/10 od 9. 6. 2010.
8. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 153/10 od 15. 9. 2010.
9. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 191/10 od 22. 12. 2010.
10. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz RZ 1/2014 od 5. 12. 2014.
11. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Veće za ratne zločine, Kž I PZ 3/06 od 26. 2. 2007.

TAKING ANALOGY SERIOUSLY: STATUTORY ANALOGY IN CREATION AND INTERPRETATION OF LAW

Goran Dajović

SUMMARY

In the article, author analyzes analogy generally and analogy in law, as a way of reasoning. The traditional division of the application of analogy in law into *analogia legis* and *analogia iuris* is perceived as incomplete and insufficiently clarifying for what is really happening in the practice of law. Instead, as a starting point, it emphasizes the division of analogies in law into casuistic and statutory analogy. While in common law systems the former is more applied and studied, in continental legal systems, due to the primacy of written sources of law, it is more interesting to consider the latter. The statutory analogy is firstly analyzed from the aspect of its form and content (retrieval and mapping). After that, its basic types are described. The first is the analogy *extra legem*, which serves to fill legal gaps, or more precisely, which attributes legal consequences to facts that are not explicitly described in the applicable legal provision. The second type of statutory analogy is analogy *intra legem*, in which the argument of analogy is used to interpret legal norms. In the article are particularly depicted the two “incarnations” of analogy *intra legem*, extensive interpretation and systemic interpretative argument of analogy. Finally, through several cases from judicial practice of Serbian courts, it is illustrated how the statutory analogy is applied in this practice only intuitively, and therefore insufficiently explained, and, after all, incorrect.

Key words: statutory analogy, analogy *extra legem*, analogy *intra legem*, retrieval, mapping, interpretation of law.

Dostavljeno Uredništvu: 23. novembra 2020. godine

Prihvaćeno za objavljivanje: 7. decembra 2020. godine