

Др Драгун С. Аврамовић, доцент  
Универзитета у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
D.Avratovic@pf.uns.ac.rs

## РИЧАРД ПОЗНЕР ПОДВЛАЧИ ЦРТУ – ПРАВНИ РЕАЛИЗАМ КАО ОДГОВОР НА ИЗАЗОВЕ ДАНАШЊИЦЕ\*

**Сажетак:** Ричард Познер, професор права на чикашком правном факултету и амерички федерални судија, један од утицајних економске анализе права, налази се међу највећим живим представницима савремене америчке јуриспруденције. Овај рад зајочиће анализом утицаја Познерове живојној пута на његову каснију теоријску оријентацију. Након тога, аутор освештава Познеров прагматични, антиформалистички приступ и његову тенденцију да судијско понашање подведе под економску анализу, коришћењем резултата до којих је дошао амерички правни реализам. Ипак, Познер прави оклон у односу на класични амерички правни реализам, настојећи да створи компромис између формализма и реализма, те заузима центристички став, позицију „балансираног“ реализма. Међутим, иако се труди да иде средњим путем, Познер у светлости савремених изазова, првенствено технолошких, ипак будућности види у реалистичком приступу. Аутор стоји на становишту да је Познеров прагматични дух који је створен у породици, а који је надограђен образовањем и професијом, који је заправо његово искуство, имао преовлађујући утицај на то да се он у својим позним годинама остворено преломи на страну правног реализма. И заиста, пошто је живој, нарочито данас, доста бржи од права, судије право често морају прилагодити живој. Изгледа да је стварно, чак и у државама које припадају евроконтиненталном правном систему, „пун напред, пун реализма“.

**Кључне речи:** Ричард Познер; Економска анализа права; Правни реализам; Правни формализам; Прагматизам.

\* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду. Руководилац пројекта је проф. др Драган Милков.

## Познеров живот – утирање пута ка правном реализму

Ричард Познер, судија федералног апелационог суда САД, професор на чикашком правном факултету, је један од најистакнутијих живих америчких правника. Мада је његов научни допринос највећи на пољу права и економије, те се сматра једним од утемељивача Школе економске анализе права,<sup>1</sup> Познер је у великој мери допринео настављању и осавремењивању идеја америчког правног реализма. Како би се боље разумео Познеров правац размишљања нужно је истаћи и поједине детаље из његовог живота.

Ричард Познер је рођен у Њујорку 1939. године у јеврејској породици. Уписао је Јејл већ са шеснаест година, прескочивши последњу годину средње школе. У то време једино су Харвард и Јејл уписивали студенте након завршене само три године средње школе. Мада је конкурисао истовремено на оба факултета, на Харварду је био одбијен, а Јејл га је прихватио. На Јејлу је дипломирао 1959. године енглески језик и књижевност. Познерова љубав према књижевности настаје још у најранијем детињству. Наиме, Познерова мајка је била професор енглеског језика у средњој школи, те му је још као трогодишњем детету читала Хомера и Шекспира.<sup>2</sup> Током студија на Јејлу је велики утицај на Познера извршио његов ментор Клинт Брукс, представник књижевног покрета Нова критика. Наиме, овај покрет карактерише супротстављање оним типовима књижевне критике у којима централно место заузимају студије биографија аутора и анализа мисаоног садржаја дела. Овај покрет литерарно дело посматра као аутономни естетски објекат, независан од историјских околности или биографије аутора. Покрет Нова критика је утицао и на касније Познерово судовање, јер је допринео ослобађању Познера од везаности за историју као главног водича за тумачење правних текстова.<sup>3</sup>

Одмах након Јејла Познер је уписао студије права на Харварду, у време када је правничко образовање тамо било антитеоријско, окренуто првенствено решавању практичних проблема. Иако није био претерано заинтересован за студије права, Познер је био прагматичан и свестан да ће имати бољу перспективу уколико заврши и права. С друге стране, Познеров отац је био правник и бизнисмен, те се и од њега очекивала таква каријера. Утицај очевог занимања на Познерову теоријску оријентацију из-

---

<sup>1</sup> Једно од првих, али и капиталних дела Ричарда Познера је књига Економска анализа права коју је објавио 1973. године.

<sup>2</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 2013, p. 19.

<sup>3</sup> *Ibid.* Познерово добро познавање књижевности је утицало и на то да он постане један од главних критичара покрета Право и књижевност (*Law and Literature*). Видети: R. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 1988.

гледа као пресудан. Наиме, с обзиром на то да му је отац био правник и бизнисмен, Познер показује нарочито интересовање за право и економију, као и за везу између ове две области. Међутим, и током студија права на Харварду Познер није могао ни да слути шта ће му бити будући позив, јер како истиче: „Нисам био заинтересован да предајем право и нисам размишљао о томе да postanем судија, иако се магловито сећам да сам мислио да би било забавно бити федерални судија“.<sup>4</sup>

Након Харварда, Познер је почео да ради као судијски помоћник у Врховном суду САД, којим није био импресиониран. Наиме, тада је схватио колико је велика улога судијских помоћника и да највећи број бриљантних мишљења заправо не пишу судије, већ судијски помоћници. Потом, Познер постаје помоћник Филипа Елмана, заштитника права потрошача, од кога је много научио и кога сматра за изванредног правника. Тада је упознао и Виларда Милера, главног економисту, који га је заинтересовао за економију.<sup>5</sup> Након две године Познер се запошљава у јавном тужилаштву, у коме остаје такође две године, када добија понуду и почиње да гради своју академску каријеру, прво као предавач на правном факултету на Универзитету Стенфорд. Тамо Познер упознаје двојицу изузетних економиста са чикашког универзитета. Убрзо му је уследио позив са правног факултета из Чикага. Позив радо прихвата јер је чикашки правни факултет био јединствен по великом броју економиста коју су заинтересовани за право. Од тада Познер као наставник почиње да се бави економском анализом права, а бави се и консалтингом из области заштите потрошача.

Касније, 1981. године, Познер добија позив од Вилијема Бекстера, свог бившег колеге са Стенфорда и судије федералног апелационог суда да буде предложан за судију федералног апелационог суда за седми цирк. Мада је у почетку био против, након краћег размишљања (и консултовања са супругом) Познер је ипак прихватио понуду, упркос томе што је то подразумевало битно смањење прихода (више није могао да се бави консалтингом, а и на Факултету више није могао да ради са пуним радним временом). И у периоду након што је изабран за судију, Познер је наставио да пише о примени економске анализе на право, али и да користи економску анализу у својим судијским мишљењима. С обзиром на то да је правни реализам много ближи економији него правни формализам, Познерово интересовање за економију је само повећало резерве које је имао од раније у односу на правни формализам и окренуло га према правном реализму.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 20.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>6</sup> Међутим, Познер на једном месту истиче да економска анализа права представља формалистичку грађевину израслу на реалистичком темељу, те да је због тога

## Реалистички поглед на понашање судија

Мада се Познерово посебно интересовање за правни реализам везује за 1993. годину и за један од најзначајнијих чланка који је објавио управо на ту тему, његова наклоност према овом теоријском правцу је видљива и доста раније.

Проучавајући у једном свом коауторском раду понашање судија, Познер примећује да су, нарочито у *common law* правном систему, а нешто мање у евроконтиненталном, судије главни покретачи правних промена, те да је нужно посветити нарочиту пажњу њиховом понашању.<sup>7</sup> Већ 1983. године Познер износи жестоку критику формализма и стаје у одбрану свог духовног вође, правног реалисте, Оливера Вендела Холмса. Формализам полази од тога да судија нема вољу и не прави вредносне изборе, већ представља машину за рачунање, врши просту логичку дедукцију из постојећих премиса. Познер увиђа још тада да постоји један простор у коме судија не може одлучивати позивањем на вољу других (уставотворца, законодавца итд.) или простим преношењем воље других, већ искључиво ослањањем на сопствено вредновање. При томе, судија то мора чинити на принципијелан начин, што значи да му одлука мора бити конзистентна, али и да може да буде у сваком тренутку јавно одобрена.<sup>8</sup> То значи да чак и у том отвореном простору судија мора остати објективан до те мере да своје изборе „политике“ ограничи на вредности које су широко, мада обично не и универзално прихваћене.<sup>9</sup>

У једном од наредних чланака, а у складу са својим главним теоријским курсом, економском анализом права, Познер настоји да и судијско поступање стави у функцију максималног увећања богатства (*wealth maximization*). То значи да је главни, али не и једини (како се Познер ограђује), критеријум избора „политике“ (балансирања између више различитих вредности) коју ће судија заступати постаје анализа трошкова и добити (*cost-benefit analysis*). Како наглашава Познер: „Кроз наше право, на сваком нивоу, од судија се константно очекује да доносе једноставне, обичне одлуке засноване на анализи трошкова и добити, они су ангажовани у увећавању друштвеног богатства, мада не желе да користе тај термин (не бих ни ја када говорим као судија)“.<sup>10</sup>

---

антиформалисти критикују као формалистичку теорију, а антиреалисти као реалистичку, R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 1993, p. 24.

<sup>7</sup> W. Landes, R. Posner, „Legal Change, Judicial Behavior, and the Diversity Jurisdiction“, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 2/1980, pp. 367–386.

<sup>8</sup> R. Posner, „The Meaning of Judicial Self-Restraint“, *Indiana Law Journal*, Vol. 59, 1/1983, p. 10.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>10</sup> R. Posner, „Wealth Maximization and Judicial Decision-Making“, *International Review of Law and Economics*, 4/1984, p. 134.

Познеров реалистички приступ који је окренут разумевању судијског понашања је потпуно утемељен у чланку из 1993. године, а потом, у каснијим радовима разрађиван. Познер полази од тога да су судије рационалне и да приликом одлучивања праве рационалне изборе, тако да њихово понашање може бити предмет економске анализе. Судије су обични људи, а не генијални сведи који су имуни на лични интерес. То доказује утицај политике, идеологије, личних пријатељстава већ приликом њиховог избора.<sup>11</sup> Свако ко се бави проучавањем професионалног понашања зна да лични интерес, личне карактеристике и политика на многим пољима, укључујући и право, играју значајну улогу у понашању. Реалистички поглед на понашање судија који заступа Познер, се заснива на идеји да су судије заинтересоване за исте ствари као и други грађани, као што су плата, бенефиције, поштовање од стране колега, итд.<sup>12</sup>

Тако Познер демистификујући судије, прави и паралелу између гледаоца позоришне представе и судије. Уколико је представа сложена, попут Хамлета, где писац не даје „исправно“ решење, сваки гледалац на основу сопственог искуства, културолошког обрасца и размене утисака са пријатељима који имају слични сензибилитет, прави избор о значењу представе. Исто тако и судија обавља своју функцију гледаоца и доноси одлуку у складу са својим личним, политичким избором, али и правничким знањем, искуством, као и уз консултације са колегама које на сличан начин размишљају. Познер је свестан да није сваки случај пун вишезначности (попут Хамлета), већ да многи случајеви могу да се посматрају као слагалице које је могуће решити на технички начин, правном анализом. У том случају, улога судије се своди на читаоца детективске приче који слаже слагалицу.<sup>13</sup>

Познер на веома једноставан начин дефинише реалистички приступ као став да судије у многим, обично и оним најважнијим случајевима има-

<sup>11</sup> R. Posner, „What Do Judges and Justices Maximise? (The Same Thing Everybody Else Does)“, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3, 1993, p. 3–4.

<sup>12</sup> R. Posner, „Some Realism About Judges: A Reply to Edwards and Livermore“, *Duke Law Journal*, Vol. 59, 2010, p. 1185. У недавно објављеној коауторској књизи Познер разрађује концепт судије као обичног грађанина, учесника на тржишту рада кога води иста мотивација, ограничења и лични интерес као сваког другог радника. Судија као и обичан радник рационално поступа вршећи стално анализу трошкова и добити. Те тврдње су поткрепљене емпиријским истраживањима и статистичким подацима из федералних судова сва три степена. Видети: L. Epstein, W. Landes, R. Posner, *The Behavior of Federal Judges – A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 2013. Видети и поглавље „Судија као учесник на тржишту рада“ у: R. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 2008.

<sup>13</sup> R. Posner, „What Do Judges and Justices Maximise? (The Same Thing Everybody Else Does)“, p. 24–25.

ју улогу законодавца, стваралаца права и то не само у односу на *common law* и *judge-made law*, већ и приликом тумачења закона и устава. Супротан став, који Познер назива и легалистичким приступом, подразумева да су судије прости примењивачи права које се налази у класичним правним изворима, те да представљају само преносиоце права, као што је пророчиште у Делфима пасивни преносилац Аполонових пророчанстава.<sup>14</sup> Тако за легалисте судија представља безличну машину за рачунање, док за реалисте представља људско биће са својим посебностима. Главно неразумеваше америчког правног система у коме је право испуњено политиком потиче од легалиста који свој приступ проглашавају за „право“, реалистички за „политику“.<sup>15</sup>

### Познеров антиформализам (антилегализам)

У књизи *Reflections on Judging* која је објављена 2013. године, Познер преноси своје тридесетједногодишње искуство судије федералног апелационог суда, али и потпуно заокружује своје теоријске ставове које је износио и у својим ранијим радовима, а који сада скоро потпуно нагињу правном реализму. Ово дело, које је плод свекупног теоријског и практичног рада једног искусног правника, служи и као водич и савет за младе правнике како да се носе са бројним, превасходно технолошким изазовима данашњице.

---

<sup>14</sup> R. Posner, „Some Realism About Judges: A Reply to Edwards and Livermore“, p. 1177–1178; Познер је и у својим ранијим радовима покушао да неодређеним терминима „формализам“ и „реализам“ утврди прецизније, неполемичко значење. Познер „формализам“ једноставно дефинише као примену логике у правном резонувању. С друге стране, „реализам“ своди на коришћење „политичке“ анализе (*policy analysis*) у правном резонувању. Формалиста може доћи до решења случаја које проглашава тачним или нетачним, као да је у питању решавање математичког проблема, док реалиста долази до решења случаја које је најбоље за добробит друштва и које може бити само звучно или незвучно. Међутим, како је Познер тврдио, ово се све односи само на *common law* које има логичку структуру и чије су премисе одређене јавном политиком. У том случају формализам и реализам нису у супротности. До премиса судија долази помоћу метода реализма, па се потом врши дедукција, што је метод формализма. Међутим, уколико се пажња скрене на *statute law* или на Устав, настаје проблем, јер полазна тачка анализе постаје текст, а не концепт. Без обзира на то колико текст изгледа јасан, он се мора тумачити, а ту нису од велике помоћи ни „политичка“ анализа нити логичке операције. R. Posner, „Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution“, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 37, 2/1986–1987; R. Posner, „Jurisprudential Responses to Legal Realism“, *Cornell Law Review*, Vol. 73, 1987–1988.

<sup>15</sup> R. Posner, „Some Realism About Judges: A Reply to Edwards and Livermore“, p. 1182–1183. Видети и: R. Posner, „Realism About Judges“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, 2/2011, p. 583.

На самом почетку овог крунског дела у Познеровој каријери, он се декларише као што је и чинио до тада као жесток противник приступа који се базирају на уверењу да сваки правни спор може бити решен логиком, без учешћа личности судије, његових вредности, идеолошких убеђења, порекла и културе. Заправо, он се у великој мери приклања и диви ставовима америчких правних реалиста попут Џона Маршала, Оливера Вендела Холмса, Бенцамина Кардоза и других,<sup>16</sup> али их донекле унапређује и прилагођава савременом свету. Познер указује на то да стари конфликт на линији формализам – реализам данас, у технолошкој ери добија нову димензију и поново добија на значају.

Из угла правног формалисте, право се своди на збирку ауторитативних текстова, попут Библије, при чему је задатак судије проста примена правне логике односно дедукције. Судија формалиста је тумач који је потпуно индиферентан у односу на последице које његово тумачење производи у стварном свету. Судија није одговоран за неповољне последице које његова одлука донесе, већ је одговорност на политичким гранама власти (законодавној и извршној) које то могу исправити променом прописа. Судије које узимају у обзир последице које њихове одлуке могу да произведу искорачују из подручја права и залазе у подручје политике или можда, како Познер истиче, економије.<sup>17</sup> Чак и у случају када судија – формалиста схвати да је законски текст који треба да примени у конкретном случају нејасан, да је намера законодавца под знаком питања, да се прецеденти разликују или су у супротности, да су чињенице неизвесне, он ће се позивати на правила вишег нивоа, не признајући ни у једном тренутку да ствара право (налази разумно решење), већ ће се заклањати иза ауторитативних текстова (устава, закона, прецедената, итд) које су други државни органи створили.<sup>18</sup> Међутим, Познер истиче да у дубини срца чак и судија – формалиста може знати да његови методи одлучивања не функционишу увек, јер постоје случајеви када ни класична правна правила нити правна правила вишег нивоа која служе за попуњавање правних празнина не могу довести до „исправне“ одлуке.<sup>19</sup> Али судија и тада мора да одлучи, јер је то његова дужност. У таквим ситуацијама животно искуство, личне ка-

---

<sup>16</sup> За зачецима реалистичког приступа Познер трага још у Платоновом дијалогу „Горгија“, потом га види као артикулисани приступ већ код Бенгама, па код правних реалиста (Холмса, Френка, Луелина), а потом и у политичким наукама, економији и Критичким правним студијама. Видети: R. Posner, „Realism About Judges“, 577–578. О америчком правном реализму видети и: Д. Аврамовић, „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2012.

<sup>17</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>19</sup> Правни формалисти полазе од идеје да правна питања увек имају тачан, исправан одговор, до кога се може доћи преношењем из ауторитативних извора или евентуално анализом.

рактеристике судије као што су раса, пол, темперамент, идеологија, религија, морална уверења, притисци колега, јавно мњење, породично порекло, симпатије и антипатије, па чак и индиферентност утичу на одлуку. У сваком случају, Познер закључује да данас већина судија, па и формалисти, у случајевима када се не може избећи прављење избора и доносити одлука простом логиком, прихватају да се њихове одлуке ослањају на социјалну политику и економску ефикасност. Како истиче Познер: „Чак и судијама – формалистима је потребан и чак и они признају тајбрејк када затаје формалистички алгоритми“.<sup>20</sup> Као и реалисти, Познер чврсто верује да сваки судија, па и формалиста, робује предрасудама односно предубеђењима, мада их он означавава неутралнијим термином као „претходности“ (*priors*). „Претходности“ подразумевају очекивања формирана преклом, искуством и темпераментом. То се примећује у различитом прихватању или боље рећи доживљавању истих аргумената, истих доказа, од стране различитих судија. Због тога судија мора бити свестан својих „претходности“ и не дозволити да оне врше „претеран“ (*unduly*) утицај на његову одлуку.<sup>21</sup> Наравно, Познер постојање „претходности“, првенствено симпатија и антипатија не доводи у питање, већ само сматра да оне не смеју бити претеране.

С друге стране, правни реализам је супротан правном формализму и скептичан у односу на закључке до којих се долази формализмом јер разуме ограничења формалистичке анализе. Формализам се своди, из угла правног реализма, али и Познера, на реторику, чији је главни циљ прикривање стварног извора одлуке.<sup>22</sup> Приметно је да судије често нису искрене поводом одговора на питање о томе на који начин доносе одлуке. Ретко који судија ће признати да ствара право, већ ће рећи да га само примењује, не мешајући се у рад друге две гране власти. Већина судија желе да мисле да је судијско одлучивање објективан процес и да су одлуке резултат анализе, па су им мишљења писана легалистичким стилем. Због тога се они позивају на претходне одлуке, као да су оне стварно обавезујуће, на аналогiju, стављају тежину на законски, па чак и уставни језик, копају по историји трагајући за изворним значењем. Како Познер наглашава: „То је оно што би се могло очекивати уколико већина судија себе сматра легалистима; или ако су већину судијских мишљења писали судијски помоћници (као што и јесу), који су окорели легалисти јер им недостаје искуство, самопоуздање или `смелост` да напишу законодавно мишљење на начин на који су то радили Холмс, Кардозо, Хенд, Џексон, Трејнор, Френдли; или у случају да судије мисле да је поза легалисте политички корисна, као изра-

---

<sup>20</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 115.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>22</sup> Видети: R. Posner, „The Meaning of Judicial Self-Restrains“, p. 20.



жавање прикладне скромности и избегавање конфликта са ривалским гра-  
нама власти“.<sup>23</sup>

Судија реалиста води рачуна о последицама своје одлуке, он је праг-  
матичан, нарочито у светлости савремених технолошких изазова. Његове  
одлуке морају имати смисла и бити објашњиве било ком грађанину. Он во-  
ди рачуна о легислативном циљу текста који је пред њим, а не само о је-  
зичком значењу. У критици формалиста и строгог језичког тумачења, По-  
знер даје један веома интересантан пример. Полазећи од тога да је људско  
биће животиња, вероватно имајући у виду Аристотелово одређење човека  
као политичке животиње (*zoon politicon*), он поставља питање тумачења  
правила у коме се наводи да је забрањено увођење животиња у ресторан.  
Уколико би се ово правило тумачило искључиво језичким правилима и  
узимало дословно значење речи, како то чине формалисти, дошло би се до  
апсурдне интерпретације правила које би забрањивало и људима улазак у  
ресторан. Због тога Познер инсистира на циљном тумачењу које би у овом  
случају (када је нејасна намера законодавца) једино имало смисла, а коме  
би се приклонили реалисти.<sup>24</sup> У случају када је легислативни циљ потпуно  
јасан, и судија – реалиста је прост тумач или чак помагач. Међутим, По-  
знер подвлачи да често легислативни циљ није приметан, нити потпуно јас-  
сан, те да тада судија постаје законодавац *pro tempore* који мора засновати  
одлуку на свом виђењу и осећају за опште добро у оквиру граница које је  
законодавац поставио и у том случају, као и законодавац, водити рачуна о  
последицама своје одлуке.<sup>25</sup> Како истиче Познер, „Он (судија – реалиста –  
прим. аутора) не подвлачи оштру линију између права и политике, између  
судовања и доношења закона, и између правног резонувања и здравог ра-  
зума“.<sup>26</sup> Због тога се често Познер позива на чувену Холмсову реченицу да  
право није логика, већ искуство.<sup>27</sup> Искуство представља домен чињеница,  
због чега су реалисти заинтересованији за чињенице него за правне тексто-  
ве. Тако Познер наглашава: „Срж одбрањивог правног реализма је идеја да  
ће у многим случајевима, чак и оним веома важним, судија морати да ода-  
бере прихватљиво, разумно, решење пре него што ће бити у могућности да  
дође до решења које је очигледно, непобитно, `логички` тачно“.<sup>28</sup> Наравно,

<sup>23</sup> R. Posner, „Some Realism About Judges: A Reply to Edwards and Livermore“, p. 1182;  
Видети и: R. Posner, „Realism About Judges“, p. 583.

<sup>24</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 121.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 121, pp. 234–235.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>27</sup> Овом реченицом О. В. Холмс започиње своје капитално дело *The Common Law* из  
1881. године.

<sup>28</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 6. Видети и: R. Posner, *The Problems of Jurispru-  
dence*, p. 455.

оно што је прихватљиво и разумно ће често зависити од моралних схватања, здравог разума, симпатија и различитих осећања судије.<sup>29</sup>

### **„Балансирани“ реализам и „ограничени“ прагматизам као одговори на савремене изазове**

У светлости савремених изазова и комплексности која карактерише савремену технолошку еру, Познер решење не види у већој специјализацији судија. Он истиче да право мора бити једноставно, упркос комплексним случајевима са којима се носи, да судијска мишљења буду једноставна и да судијски фокус не буде на решавању техничких проблема (што је посао техничке струке), већ да се окрену управљању комплексностима, а не да је увећавају.<sup>30</sup> Због тога, Познер позива на обнову реализма (али сада заснованог на модерним аналитичким и емпиријским методама) који једини може одговорити изазову комплексности.<sup>31</sup> Међутим, Познер не одлази у екстремни реализам, већ истиче да реализам укључује формализам као специјални случај, те да је формализам реалистички приступ у многим случајевима.<sup>32</sup> Како истиче на једном месту: „Квалитет самодисциплине је кључни за адекватно место личних политичких убеђења у судском одлучивању. Самодисциплиновани судија настоји да донесе одлуку без утицаја тих својих убеђења... Када се циљ законодавца може назрети, он одлучује у складу с тим циљем. Он је часни заступник других све до тренутка када се више не може назрети воља налогодавца, тада он сам постаје налогодавац“.<sup>33</sup> Мада екстремна становишта сматра занимљивим, Познер је свестан

---

<sup>29</sup> Међутим, Познер значење разумног решења везује превасходно, али не и једино за оно решење којим се увећава друштвено богатство. Видети: R. Posner, „Wealth Maximization and Judicial Decision-Making“, p. 134.

<sup>30</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 95. Томе у великој мери мора да доприноси правничко образовање, образовање будућих судија, које према Познеровом мишљењу не могу данас бити само фах идиоти. Наиме, он држи да одлазак на студије права више не би требало да подразумева првенствено избегавање природних наука, јер данас није могуће избећи технологију. Правне школе би, према Познеровом мишљењу, студентима требало да обезбеде курсеве рачуноводства и статистике на самом правном факултету, али и најмање један курс на неком другом факултету у оквиру универзитета који је чисто научног или техничког карактера (нпр. примењена математика, статистика, економија, физика, физиологија, биохемија, органска хемија, рачунарство, итд), *ibid.*, p. 347.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>32</sup> „Ниједан реалиста није порекао да је *vehuna* судских одлука легалистичка. Легализам је *каџеџорџа* реалистичког судског доношења одлука“, R. Posner, „Some Realism About Judges: A Reply to Edwards and Livermore“, p. 1179. Видети и: R. Posner, „Realism About Judges“, p. 580; B. Tamanaha, „Balanced Realism on Judging“, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 44, 4/2010, p. 1263–1269.

<sup>33</sup> R. Posner, „The Meaning of Judicial Self-Restraint“, p. 24.

да је истина негде на златној средини између екстрема – формализма и реализма. Познеров став је у основи центристички, критикован од стране левице као ауторитативан, а од стране деснице као циничан и аморалан.

Познерово становиште је највише обојено прагматизмом (који види као једино решење у Америци у 21. веку), али он ипак себе сврстава најпре на страну скептика.<sup>34</sup> Познеров прагматизам помера тежиште са логике у правном резонувању (легализма) на приступ заснован на политици приликом решавања тешких случајева. Међутим, Познер је противник чистог („кратковидог“) прагматизма, јер сматра да су судије „повремени законодавци“ који понекад морају да одступе од просте примене правних правила.<sup>35</sup> С обзиром на то да правни систем захтева стабилност и предвидивост, судије морају бити легалисти до оне мере до које прагматизам то захтева од њих.<sup>36</sup> Описујући реално понашање америчких судија („шта судије чине, а не шта би требало да чине“) Познер заступа став „ограниченог прагматизма“ (далековидог),<sup>37</sup> јер постоје како унутрашња ограничења (првенствено брига да у својим, али и очима других правника буде поштован као добар судија, а то је судија који не одступа много од норме, као и унутрашња сатисфакција суђењем),<sup>38</sup> тако и спољашња ограничења (унапређење, репутација, политичка одмазда, сама идеја судијске независности) судијске дискреције. Суд у САД који је у највећој мери прагматични суд је Врховни суд САД, док нижи судови решавају углавном рутинске

<sup>34</sup> R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, p. 32. Познерово залагање за прагматизам је видљиво и у његовом делу *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (USA), 2002, у коме заступа морални релативизам, покушава да ослободи право од морала, а филозофију морала сматра непотребном за судије и адвокате.

<sup>35</sup> Када затаје класични правни извори, од америчких судија се очекује да одлуче јер „судије силом прилика повремено, у ствари врло често, прибегавају другим изворима одлучивања, укључујући своје лично политичко мишљење или политику одлучивања, чак и своје особености“, R. Posner, *How Judges Think*, p. 9.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 230, 253.

<sup>38</sup> Познер објашњава да велики број судија напорно ради при чему им главну мотивацију представља идеја да буду добри радници. Због тога Познер прави паралелу између утилитаристичке функције судије и озбиљног уметника, такође необичне категорије учесника на тржишту рада. Озбиљни уметници, као и судије желе добре приходе и нешто слободног времена, али нису њихови „максимизатори“. Унутрашња сатисфакција од њиховог рада је кључна, али и жеља да сами себе виде и да их други виде као добре уметнике односно судије. Да би неко био посматран као добар судија потребно је не одступати много од норме приликом суђења. Међутим, Познер истиче да су норме које воде различите уметничке жанрове, исто као и норме које воде судијско одлучивање веома спорне. Како каже: „Мане није могао да слика тако добро у конвенционалном смислу као његов учитељ Кутур; али по суду времена Мане је постао цењен као много већи сликар“, *ibid.*, p. 61–63.

случајеве. Познер иде и даље и истиче да је Врховни суд САД „политички“ суд јер решава случајеве који су везани за политику и који стварају велике друштвене поделе, при чему највећи значај добијају личне карактеристике судије, као што су искуство, темперамент, итд.<sup>39</sup>

Читава Познерова опчињеност правним реализмом почива на чињеници да правни реализам право приближава, чини разумљивим, практично корисним и ставља у функцију оних којима и треба да служи (читавог становништва). Међутим, тај прагматични приступ у светлости технолошког напретка подразумева да судија разуме шта се стварно догађа у случају који пресуђује (а не само да суди на основу правних текстова или онога што му је помоћник написао).<sup>40</sup> Због тога Познер апелује на судије да буду свесније да су њихове одлуке ретко производ простог аналитичког процеса које могу бити оцењене као „истините“ и „лажне“, „тачне“ и „нетачне“. Како наглашава, признање улоге личног, емотивног, интуитивног у судским одлукама не смањује утицај ових фактора, али може да изазове оклевање да се наметне одлука нацији у име устава.<sup>41</sup> Брајан Таманаха, који је у основи легалиста, у једном свом раду напада Познера истичући да он греша када каже да судије нису свесне шта је у основи судског одлучивања. Таманаха истиче да судије знају и да су одавно признале да стварају право, праве изборе, доносе политичке одлуке и да понекад неке од њихових личних вредности имају утицаја на одлуку, тако да Познер у основи понавља оно што је већ од раније признато. Тако Таманаха закључује: „Судије су признале отвореност права и своју људску слабост, али упорно остају на становишту да их ова чињеница не спречава да спроводе своју дужност да доносе одлуке у складу с правом најбоље што умеју.“<sup>42</sup> Међутим, овде Таманаха не објашњава шта значи реч право у светлости отворености права. Познер се исправно пита шта остаје од легализма уколико је право отворено према идеологији. Таманаха зна да судије само примењују право када су у питању „чисти“ случајеви, али шта се дешава када су у питању други, сложени случајеви, да ли ће тада судије рећи да немају норму на основу које могу одлучити те да поступају незаконито.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 151, 159–160. Видети и: R. Posner, „Foreword: A Political Court“, *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005.

<sup>40</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 354.

<sup>41</sup> „Појединац може нешто веома снажно да осећа а да истовремено не верује да је то осећање одговарајућа основа за ограничавање понашања других људи“, R. Posner, „The Role of the Judge in the Twenty-First Century“, *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2006, 1067–1068.

<sup>42</sup> B. Tamanaha, „The Realism of Judges Past and Present“, *Cleveland State Law Review*, Vol. 57, 2009, p. 91.

<sup>43</sup> R. Posner, „Realism About Judges“, p. 583.

Познер је заправо једини проговорио о ономе о чему се не сме говорити: о утицају политике и идеологије на понашање судија, као и о суштинској неизвесности правног исхода. Таманаха, потпуно резигниран осуђује Познерову изјаву коју је дао за једне новине у којој каже да када решава случај као судија прво се запита шта би био разуман исход, као што би и лаик то урадио, па онда види да ли у уставу, законима, прецедентима постоји нека јасна норма која би могла ограничити његову дискрецију. Таманаха тврди да то није одлучивање према правилима, већ одлучивање према осећају судије за то шта је добро, осим уколико није изричито забрањено правом (што ствара неизвесност у праву). За разлику од Познера (који не долази до најјачег правног исхода), свесни, правилима везани судија ће се осетити обавезним да тражи и примени најјачу правну одлуку.<sup>44</sup> Таманаха истиче да је *sine qua non* владавине права тежња да се доносе одлуке у складу с правом. Највећа претња владавини права је веровање судија да случај не може бити решен на основу правних правила, њихово убеђење да је то наивно, да и остале судије пресуђују на основу својих личних убеђења, као и признање да су њихови идеолошки погледи кључни за осигуравање њиховог именованја и веровање да сви очекују да ти погледи утичу на пресуђивање. Таманаха тврди да ће судија бити везан правом само уколико верује да је то могуће и да је то његова обавеза.<sup>45</sup> Многи аутори из страха праве одступницу у односу на амерички правни реализам. Тако на пример Д'Амато указује на чињеницу да је примамљивост и једноставност правног реализма победила, стварајући пут судијама да промене своју улогу, да од слуга, примењивача права, постану господари, ствараоци права, што има негативног утицаја на слободу.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> B. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 243.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>46</sup> „Судија који сматра да је интересантније да створи ново правило пре него да потврди старо, кришом поткопава поверење јавности у владавину права и сужава границе личне слободе. Поступа као законодавац, а не као судија – законодавац најгоре врсте, који доноси ново правило и користи га против недужних људи који су одговорно поступали по старом правилу. Ако уз то судија сматра да је он отелотворење права, он заправо каже да уколико јавност жели да разуме право треба да проучава самог судију. На крају крајева он нема теорију права. Он није у стању да објасни шта је право, може само да каже да је право оно како он поступа – али не каже да је његов недостатак то што не може да објасни шта је право... Право, за судију реалисту, је суштински необјашњиво. Тако, правни реализам не објашњава ништа“, A. D'Amato, „Legal Realism Explains Nothing“, *Jurisprudence Review*, Vol. 1, 1/2009, p. 19. О критици Познеровог реалистичког приступа са становишта угрожавања правне сигурности и владавине права видети и: B. Tamanaha, „How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law“, *DePaul Law Review*, Vol. 56, 2/2007; W. Scheuerman, „Free Market Anti-Formalism: The Case of Richard Posner“, *Ratio Juris*, Vol. 12, 1/1999.

Мада велики број легалиста мисли да потребу за емпиријским разумевањем све сложенијег света могу да замене прихватањем неког типа формалистичке анализе, с Познером то није случај, јер како каже „пут напред је пут реализма“.<sup>47</sup> Његов прагматични дух, створен још у породици, потом надограђен образовањем и бављењем живим правом (као судија) је био одлучујући за његову визију будућности права и основа судијског одлучивања.

На савремене изазове, нарочито убрзани технолошки развој, заиста је могуће одговорити само прилагођавањем права животу, који је бржи од права. Због тога, судија постаје тај који мора решити и потпуно нове случајеве који дођу пред њега, а немају упориште у класичним правним изворима. Мора се признати, није могуће игнорисати чињеницу да судијска дискреција тада постаје кључна при одлучивању. Наравно, то освешћивање никако не би смело да води претераној употреби или боље речено злоупотреби судијске дискреције. Због тога је Познерово „подвлачење црте“ и промовисање „балансираног“ правног реализма у овом тренутку сасвим прихватљиво теоријско исходиште, посве прилагођено 21. веку. И не само то. Јаз који је постојао између два велика правна система данас се све више смањује. Судска пракса коју формира највиши суд, али која додуше није формални извор права, као што је то судски прецедент у англоамеричком правном систему, све више добија на значају јер фактички врши утицај на поступање нижих судова. Тако и реалистички приступ који се до скоро углавном везивао за државе које припадају *common law* правној традицији, у светлости приближавања два велика правна система и њихових извора права, постаје скоро потпуно адекватан и за државе евроконтиненталне правне традиције. Због тога се чини да су и домети Познеровог модела „балансираног“ правног реализма далеко већи него што то на први поглед изгледа. У овом тренутку вапај формалиста (легалиста) с било ког континента за потпуном правном сигурношћу делује узалудно, јер је живот једно, а математичке формуле нешто сасвим друго.

---

<sup>47</sup> R. Posner, *Reflections on Judging*, p. 366.

*Dragutin S. Avramović, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Avramovic@pf.uns.ac.rs*

## **Richard Posner Summarizes – Legal Realism as the Response to the Challenges of Today**

***Abstract:** Richard Posner, law professor at the University of Chicago and an American federal judge, one of the founders of economic analysis of law is among the greatest living representatives of contemporary American jurisprudence. This paper begins with the analysis of the influences of Posner's life on his theoretical orientation. Further on, the author shines a light on Posner's pragmatic, anti-formalistic approach and tendency to use economic analysis to explain judicial behavior. For that purpose, Posner uses ideas developed by American legal realism. Nevertheless, Posner distances himself from classical American legal realism, striving to create compromise between formalism and realism. Therefore, Posner takes centrist position, the position of 'balanced' realism. Though Posner tries to follow the middle way between extremes, in the light of contemporary challenges, most of all technological, he perceives the future in the realistic approach. The author claims that the Posner's pragmatic spirit, formed in his family and developed by his education and profession (his experience), had prevailing influence on his choice of legal realism in his late years. Particularly today, when life is much 'faster' than law, the judges are those who have to adapt the law to life (not only in common law countries). Therefore it seems that really 'the path forward is the path of realism'.*

***Key words:** Richard Posner; Economic Analyses of Law; Legal Realism; Formalism; Pragmatism.*

Датум пријема рада: 28.10.2015.