

Dr Goran DAJOVIĆ*

MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI**

Oni aspekti stvari koji su za nas najvažniji prikriveni su jednostavnošću i svakodnevnosti. To ne možemo da primetimo — zato što nam je uvek pred očima.

(Vitgenštajn, par. 129)

Rasprava se sastoji iz dva dela. U njima se, respektivno, zastupaju dve osnovne teze. Prva je da sudske presude u razvijenim pravnim sistemima mogu da budu „izvori“ opštih pravila koja na obavezujući način regulišu odlučivanje sudova, a onda, sledstveno, i drugih pravnih subjekata, čak i ako nisu formalno priznate kao izvori prava. Druga je da one to treba da budu iz više razloga, od kojih su najvažniji predvidljivost i jednakost. U prvom delu rasprave se razmatraju koncepti podele vlasti, vrsta državnih funkcija i sudske vlasti. Zatim se izlažu razlozi zbog kojih sudska vlast može da vrši regulativnu funkciju i u pravnom sistemu u kojem joj ona nije formalno priznata. Najzad, kao ilustracija kako funkcioniše sistem u kojem sudovi vrše regulativnu funkciju, opisuje se primena

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, gorand@ius.bg.ac.rs.

** Osnovne ideje iz ove rasprave izložio sam na konferenciji „Sudstvo kao vlast“, koja je održana u Beogradu, 29. i 30. novembra 2019. godine, na Fakultetu političkih nauka, u organizaciji Centra za pravosudna istraživanja (CEPRIS), Centra za studije konstitucionalizma Fakulteta političkih nauka i Srpskog udruženja za pravnu i socijalnu filozofiju (IVRS). Zahvaljujem se Miodragu Jovanoviću, Danilu Vukoviću, Sofiji Mandić i drugim učesnicima i učesnicama konferencije na korisnim komentarima koje su tom prilikom izneli.

doktrine stare decisis u Sjedinjenim Američkim Državama, a u dodatku se analizira nekoliko odluka Ustavnog suda Srbije koje ukazuju na postojanja slične prakse u našem pravnom sistemu.

Ključne reči: *Podela vlasti. – Sudska vlast. – Regulativna i adjudikativna funkcija. – Precedent.*

1. UVODNE NAPOMENE

Jedan od povoda za nastanak ovog članka je ideja koja je bila u opticaju u diskusijama o promenama Ustava Srbije u oblasti pravosuđa, 2018. godine. Reč je o predlogu iz prvog radnog teksta amandmana prema kojem se „zakonom uređuje ujednačavanje sudske prakse“. To je bio pokušaj anonimnih pisaca nacрта amandmana da se u Ustav uvede sudska praksa kao formalni izvor prava, ali na pogrešan način, budući da se u javnosti s pravom podozrevalo da bi zakonom, koji se u Ustavu pominje, bilo formirano *nesudsko* telo koje bi se bavilo tim ujednačavanjem.¹ Domaća i inostrana stručna javnost je negativno ocenila taj predlog² i on se u potonjim verzijama nacрта amandmana više nije pojavljivao. Međutim, sama činjenica da se takav predlog pojavio, stvara potrebu da akademski pravnici ukažu na razloge zbog kojih je on naopak, a naročito da se što je moguće jasnije obrazloži koji bi predlog u pogledu statusa sudske prakse i, uopšte, sudskih presuda, kao izvora prava, bio moguć i poželjan.

Prema tome, tema sudske prakse i sudskih presuda³ kao izvora prava je, nesumnjivo, relevantna za domaću praksu. S druge strane, i u našoj pravnoj teoriji postoje zapažene analize uloge sudova u stvaranju prava.⁴ Međutim, cilj ove rasprave nije parohijalan, to jest vezan za domaću praksu i teoriju. Naprotiv, cilj je da se raščiste nedoumice i nesporazumi kada je u pitanju mogućnost, ali i poželjnost stvaranja prava od strane sudske vlasti, *generalno*

¹ Akcionim planom za sprovođenje Nacionalne strategije za reformu pravosuđa (tačka 2.7) predviđeno je formiranje takozvane sertifikacione komisije koja bi vršila tu nadležnost. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcionni%20plan%20za%20sprowodjenje%20Nacionalne%20strategije%20reformne%20pravosudja%201.pdf>, poslednji pristup 22. novembra 2021.

² Up. Dajović (ur.) 2019, 27, 45, 85.

³ U nastavku rasprave, naglasak će biti na sudskim presudama, kao precedentima jer je sudska praksa, kao što će se argumentovati, „jaka verzija“ doktrine precedentna.

⁴ Još je znameniti Živojin Perić na samom izmaku 19. veka pisao o granicama sudske vlasti, a od radova iz druge polovine 20. veka up. Košutić 1973. U novije vreme Spaić 2018 i Zec 2020.

uzev.⁵ U tom smislu, teze u prilog kojih će se argumentovati su opšteg karaktera: (1) sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu *može* da vrši regulativnu funkciju vlasti⁶, i to na specifičan način, (2) da li će sudska vlast tu mogućnost da iskoristi zavisi od nje same i (3) sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu *treba* da vrši regulativnu funkciju vlasti.

Dakle, glavna teza je da sudska vlast nije (ili, preciznije, ne treba da bude) vezana samo za funkciju presuđivanja ili, kako to u nastavku rasprave nazivam, za adjudikativnu funkciju. Preciznije rečeno, teza je da (neke) njene presude ne (treba da) dejstvuju isključivo *inter partes*. Ipak, tako šturo formulisana, ona je suviše neodređena. Jer ako sudska vlast vrši još neku funkciju osim funkcije rešavanja sporova, kakva je to tačno funkcija? I u kom smislu, na koji način i s kojim domašajem sudska vlast tu funkciju (treba da) obavlja? Da bi se na ta pitanja odgovorilo, u ovom *prvom delu* rasprave najpre će se učiniti izvesna konceptualna razjašnjenja. Naime, potrebno je utvrditi sadržaj pojmova koji su „u igri“, a to su pojmovi podele vlasti, funkcije državne vlasti i sudske vlasti. To je razlog zbog kojeg se o podeli i vrstama (funkcijama) državne vlasti uopšte govori u prvom, a o sudskoj vlasti u drugom odeljku.

Sudska vlast donosi odluke na osnovu zakona i drugih opštih pravnih akata i one su obavezujuće za strane u sporu. Ta teza zvuči trivijalno, ali postaje netrivialna čim se funkcija sudske vlasti veže isključivo i samo za nju. Naime, sudovi odista ne bi nigde i nikad vršili regulativnu funkciju ukoliko se prihvata ideja da oni samo primenjuju pravo, silogistički podvođeci činjenice slučaja pod opšta pravila iz tekstova važećih opštih pravnih akata. Ipak, kao što je dobro poznato, teorijski je odavno napuštena Monteskejeova ideja o ništavnosti ili „nevidljivosti“ sudske vlasti, ili Blekstonova ideja da sudije nikad ne stvaraju već uvek primenjuju pravo (Hart 1958, 610). Zbog toga je konceptualno moguće da sudovi koji rešavaju sporove primenom prava, u (nekim) svojim presudama navode tvrdnje koje ne predstavljaju puko ponavljanje normi iz nekog opšteg pravnog akta, a koje (mogu da) imaju normativno dejstvo i na buduće slične slučajeve i mogu se podvesti pod

⁵ Iako je povod za pisanje ovog teksta bio, da tako kažem, lokalnog karaktera, argumenti i zaključci koji će se izložiti to nisu. Tvrdnja je da se oni odnose na razvijeni pravni sistem ili barem na razvijeni kontinentalni pravni sistem. Kako se ti zaključci mogu uklopiti u osobeni institucionalni i pravni okvir konkretnog pravnog sistema, pa i pravnog sistema Srbije, mora da bude predmet posebnog priloga.

⁶ U nastavku teksta insistiraću na takvom nazivu za funkciju *stvaranja* prava jer koncept stvaranja prava, zajedno s korelativnim konceptom primene prava, u teoriji proizvodi beskrajne kontroverze. Inače, termin „regulativna funkcija“ kod nas je, primera radi, koristio Slobodan Jovanović (up. Jovanović 1990, 188). On nije neuobičajen ni u stranoj literaturi, naročito u kulturama u kojima su sudske presude precedenti (up. Duxbury 2013, 4).

pojam opštih pravila ili standarda. Argument u prilog takve konceptualne mogućnosti, koji se tiče prirode tumačenja i primene prava, biće iznet u trećem odeljku.

Međutim, da li su ti opšti preskriptivni iskazi koji se mogu naći u obrazloženjima sudskih odluka važeće pravo? To, naravno, nije nužno. Ipak, nije konceptualno nemoguće reći da sudovi, rešavajući sporove, primenjuju ali u isto vreme, izričući takve iskaze, dopunjuju i razvijaju važeće pravo, *čak i u sistemima u kojima takva funkcija sudova nije formalno priznata*. Kada kažem da „nije formalno priznata“, to znači da sudska presuda nije izvor prava⁷ prema izričitom slovu nekog važećeg propisa, recimo ustava. Da li će neki pravni akt (međunarodni ugovor, zakon, podzakonski akt, sudska presuda itd.) biti izvor prava, to zavisi od njegovog važenja. A u skladu s Hartovom idejom o prirodi prava, važenje pravnih akata se utvrđuje na osnovu kriterijuma koji su sadržani u pravilu priznanja. Primera radi, u našem pravu bi pravilo priznanja (barem kada je reč o sudovima) moglo biti opisano odredbom Ustava koja propisuje, da se „sudske odluke... zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“ (čl. 145 st. 1 i 2 Ustava), odnosno ustavnim odredbama kojima se propisuje hijerarhiju pravnih akta u Republici Srbiji (čl. 194 i 195 Ustava). I u tom slučaju može se govoriti o formalno ili izričito priznatim izvorima prava. Međutim, pošto je, po svojoj prirodi, pravilo priznanja socijalno pravilo, koje postoji ukoliko je efikasno, ukoliko se vrši, jasno je da odredbe pisanog ustava koje su deo pravila priznanja ne moraju nužno da čine važećim *sve* norme pravnog sistema niti *sve važeće norme* nužno moraju biti važeće u skladu s tim ustavnim odredbama (Dajović 2010, 260). Drugim rečima, moguće je, kao što je to odista slučaj u nekim pravnim sistemima, da postoje i drugi kriterijumi važenja koji su deo pravila priznanja, a koji nisu izričito „opisani“ u formalno važećim pisanim pravnim aktima. Najpoznatiji takvi primeri su ustavne konvencije u Velikoj Britaniji ili opštepriznato ovlašćenje Vrhovnog suda da kontroliše ustavnost zakona u SAD i da tako utiče na važeće pravo.

Iz svega toga proizilazi da odgovor na pitanje da li će regulativna vlast sudova biti uspostavljena zavisi od njih samih, to jest od njihove prakse, a ne nužno od toga da li je ona formalnopravno priznata. U prilog te teze, u trećem odeljku će se izneti još jedan konceptualni argument – onaj koji se tiče prirode samog prava.

⁷ Izvori prava su, prema uvreženom shvatanju, pravni akti u kojima pravni subjekti „pronalaze“ opšte norme koje su velike premise u pravnom rasuđivanju i odlučivanju. Ili, u kontekstu ove rasprave, izvori prava su „skladišta“ opštih normi koje su sudije pravno obavezane da koriste kao osnove za svoje pojedinačne odluke.

Najzad, na kraju rasprave sledi kratak opis jednog pravnog sistema u kojima delovi sudskih presuda određenih sudova odista predstavljaju obavezujuće opšte norme koje su potonji sudovi dužni da primene u budućim sličnim slučajevima. Reč je o pravnom sistemu SAD. Taj opis je koristan jer može da ukaže na pravce u kojima bi konceptualna mogućnost regulativne funkcije sudske vlasti mogla da se pretvori u stvarnost i u pravnim sistemima u kojima ona to (još) nije. *Prvi deo* rasprave završava se ekskursom o ustavnom sudstvu, koje ne spada u sudsku vlast, kako se ona shvata u raspravi. Ipak, biće opisano nekoliko odluka Ustavnog suda Srbije, iz kojih se može steći uvid u značaj i domašaje vršenja regulativne funkcije od (para)sudskih organa u našem pravnom poretku.

2. KONCEPTUALNA POJAŠNJENJA

2.1. Tri funkcije vlasti

Svaka politička zajednica mora da obavi izvesne zadatke kako bi opstala i napredovala. Primera radi, ona mora da očuva unutrašnju i spoljašnju bezbednost, da organizuje proizvodnju ili trgovinu dobara, da hrani i leči svoje članove itd. Da bi obavila te zadatke, ona mora, u okviru sebe, da uspostavi *vlast*, kao vrstu moći, to jest sposobnosti da se ljudi (ako treba i prinudom) privole na ponašanja na koja možda dobrovoljno ne bi pristali, koja je priznata ili legitimna (Hejvud 2005, 15).

U političkoj zajednici u nastajanju, vlast nužno izdaje pojedinačne naredbe članovima zajednice i rešava njihove sporove. Ona, drugim rečima, mora da obavlja, nazovimo to provizorno, upravnu⁸ i adjudikativnu funkciju. U literaturi je konstatovano da za postojanje jedne zajednice nije konceptualno nužno da vlast u njoj obavlja i regulativnu funkciju, to jest da unapred uspostavlja opšta pravila na osnovu kojih upravlja ili rešava sporove (Jovanović 1990, 37).

Takav „protorežim“ Džozef Raz naziva poretkom „apsolutne diskrecije“. Sistem apsolutne diskrecije sastojao bi se od jednog ili više donosilaca odluka, kojima se članovi „zajednice“ obraćaju za rešavanje sporova. Onaj ko donosi odluku poseduje autoritet da na konkluzivan način odluči o ishodu spora. Pri tome, ne postoje pravne ili običajne norme koje donosioci odluka moraju da primenjuje niti su obavezni da slede vlastite precedente. Oni zasnivaju svoje odluke na određenim razlozima za koje misle da su značajni, ali koji su to

⁸ U smislu upravljačke, a ne u smislu savremene upravne funkcije.

razlozi i u kojem pravcu će oni usmeriti konačnu odluku, to je stvar njihove apsolutne diskrecije (Raz 1979, 111–114, 173–175; Raz 1999, 137–141).⁹ U sistemu apsolutne diskrecije ne može se govoriti o postojanju pravnog sistema jer ne postoje opšte pravne norme kojima se reguliše ponašanje ni onih koji odlučuju ni onih koji im se pokoravaju. Rečju, u njemu nijedan „organ“ ne vrši regulativnu funkciju, koja se sastoji u donošenju, menjanju ili dopunjavanju opštih pravila ponašanja u zajednici.

Ipak, treba naglasiti da takvi režimi u čistom obliku nigde ne postoje, premda su neke empirijske inkarnacije političkih zajednica (i nekad i sad) bile manje ili više blizu takvom režimu. Jer, istorijski posmatrano, ne postoje političke zajednice u kojima ponašanje nije regulisano opštim pravilima (makar ona bila i religiozna ili običajna) ili, konceptualno gledano, u kojem ne postoji barem jedno običajno pravilo (prihvaćeno makar od dela zajednice) da su neko lice ili grupa „ovlašćeni“ da svojim naredbama ili „presudama“ upravljaju zajednicom, odnosno rešavaju sporove u njoj. U tom smislu, zajednica (makar i kao celina, u slučaju običaja) obavlja i regulativnu funkciju. Prema tome, svaka politička zajednica, obavlja svoje „poslove“, tehnički gledano, na tri načina ili putem tri funkcije koje se moraju vršiti, kako bi zajednica opstala: regulativne, upravne i adjudikativne.

Već je spomenuto da vlast u svakoj političkoj zajednici mora, na neki način, da bude priznata, da bi bila vlast.¹⁰ To znači da su odluke koje ona donosi autoritativne – obavezujuće na način da se ne mogu dovoditi u pitanje, da se ne mogu pobijati kontrarazlozima i da obično za njihovo kršenje sledi primena nekog oblika sankcije. Vlast može biti priznata iz različitih razloga. Međutim, kada se to priznanje uspostavlja na osnovu onoga što Hart naziva pravilom priznanja, može se reći da vlast postaje pravna vlast i da se u zajednici pojavljuje začetak onoga što nazivamo pravnim sistemom. Stoga, ostavljajući po strani istorijska i empirijska razmatranja, svrha rasprave nalaže da se pažnja posveti upravo zajednicama u kojima je uspostavljen zreo pravni sistem (u Hartovom smislu reči), to jest savremenim državama.

U savremenom pravnom poretku obavljanje tri funkcije vlasti poprima nove forme. Prvo, pojavom zrelog pravnog sistema, u političkoj zajednici se menja priroda regulativne funkcije. Radi se o funkciji donošenja opštih

⁹ Sebok pominje da je sličan sistem imao na umu Lon Fuller, kada je govorio o režimu nekontrolisane upravljačke diskrecije, kao opozitu njegovoj internoj moralnosti prava. Fuller je, tokom godina, imenovao kontrast između pravnog sistema i sistema apsolutne diskrecije različitim terminima, kao kontrast između razuma i volje, adjudikature i arbitrarnosti, prava i „menadžerskog upravljanja“ (Sebok 1998, 162).

¹⁰ Barem od jednog dela članova te zajednice koji je politički dominantan.

pravila na osnovu kojih se izdaju pojedinačne „naredbe“ i na osnovu kojih se rešavaju sporovi. Tu funkciju preuzima određena institucija u političkoj zajednici, a pravila koje ona donosi počinju jasno da se razlikuju i odvajaju od običajnih, moralnih ili verskih pravila. Naravno, u zajednici i dalje postoje upravna i adjudikativna funkcija, s tom razlikom što se one (ovo naročito važi za adjudikativnu funkciju) sada vrše u skladu s unapred donetim pravilima. Rečju, bez regulativne funkcije zajednica nije pravna, u savremenom smislu te reči,¹¹ kao što ni bez upravne i adjudikativne zajednica uopšte nije zajednica.

Najzad, u savremenim državama, tri opisane funkcije postaju državno-pravne funkcije i obično se nazivaju zakonodavna, izvršna i sudska, kako se zovu i organi koji dominantno obavljaju svaku od njih. Štaviše, kada govorimo o funkcijama ili granama državne vlasti, često se isti termin („vlast“) koristi da označi, kako jedinu državno-pravnu funkciju, tako i organ koji je obavlja. Na primer, isti termin – sudska vlast, koristi se da označi adjudikativnu funkciju i da označi sudove, kao organe vlasti koji tu funkciju obavljaju (Troper 2013, par. 5). Drugim rečima, *razlikuje se organsko od funkcionalnog značenja termina „vlast“*. Kako se savremeni model organizacije i vršenja osnovnih funkcija državne vlasti pojavio i kako on u praksi funkcioniše, tema je sledećeg pododeljka, posvećenog podeli vlasti.

2.2. Podela vlasti

Podela vlasti je jedna vrsta konstitucionalizovanog modela organizacije vlasti. Teorijsko uobličenje tog modela najčešće se pripisuje Monteskejue. Naime, posmatrajući ustrojstvo vlasti u Velikoj Britaniji njegovog vremena i diveći se slobodi koju su uživali njeni građani, za razliku od ostalih ondašnjih Evropljana, Monteskje se zapitao na koji način se u državi ta sloboda može postići i garantovati. Imajući u vidu, pre svega, slobodu u granicama zakona i prava koju Englezi imaju, Monteskje je shvatio, tako barem glasi konvencionalno shvatanje, da zakone treba da donosi jedna, a da ih izvršava druga vlast, koje su međusobno specijalizovane i nezavisne (Troper 2013, par. 8). Na taj način bi jedna drugu uravnotežavale, a izbeglo bi se da se u rukama jednih istih ljudi stekne i moć donošenja i moć izvršavanja zakona, što je za Monteskjea bila sama definicija tiranije.

¹¹ Ipak, iako možda zvuči suvišno, treba napomenuti da se ta funkcija, *kao funkcija državne vlasti*, pojavljuje tek u savremenim državama jer adjudikativnu funkciju je država mogla da vrši i na osnovu pravila koje nije sama donela.

Međutim, problem sa specijalizacijom i potpunom nezavisnošću tri grane vlasti je, najpre, u tome što ona u praksi nije izvodljiva bez ozbiljnih problema u funkcionisanju države kao celine. I drugo, što je zakonodavna vlast, koja izražava volju države (dok egzekutivna i sudska vlast tu volju samo sprovode), *po prirodi svoje funkcije* nadmoćna nad druge dve vlasti (Troper 2013, par. 21–23, 35).

Iz tih razloga, Troper smatra da Monteskje nije zagovarao model podele vlasti, prema kojoj tri osnovne funkcije vlasti treba da budu u rukama tri različita *specijalizovana* i *nezavisna* organa vlasti.¹² Posmatrajući organizaciju vlasti u ondašnjoj Velikoj Britaniji, on je uvideo da je zakonodavno telo sastavljeno od dva doma koja se međusobno sputavaju i ne mogu da funkcionišu jedan bez drugog (od kojih je jedan zasnovan na demokratskom, a drugi na aristokratskom principu). S druge strane, oba doma su ograničena učešćem izvršne vlasti u zakonodavnom procesu – pravom veta i pravom predlaganja zakona. Dakle, nisu ograničene sámom izvršnom vlašću (u funkcionalnom smislu) jer ona, kao takva, ne može da ograniči zakonodavnu, budući da samo izvršava njenu volju, već sputane njenim delanjem *u vršenju same zakonodavne funkcije* (Troper 2013, par. 25).

Na osnovu takvih empirijskih uvida, Monteskje zaključuje da je najbolja predohrana protiv arbitrarne vlasti da se različite vlasti ne nađu u jednim istim rukama (Troper 2013, par. 27). Rečju, da bi postojala podela vlasti, dovoljno je da ne postoji stapanje, jedinstvo, sjedinjenje (funkcije) vlasti u jednim rukama. I stoga je poželjno ovo „uključivanje“ aktera jedne vlasti u vršenje druge vlasti (Claus 2005, 420).

Državna vlast koja poštuje takav princip organizacije vršenja sopstvenih funkcija (princip podele) neće biti arbitrarne već potčinjena pravu i na taj način bezopasna po slobodu svojih građana. Prema tom principu, dakle, bitno je da različite funkcije državne vlasti ne obavlja jedan isti organ. Reč je o čisto negativnom principu, koji ne zahteva da različite grane vlasti obavezno i isključivo budu poverene različitim i odvojenim organima.¹³ Jer,

¹² Međutim, postoje autori koji upravo takvu grešku spočitavaju Monteskejue (Claus 2005, 419, 420). Kako u fokusu članka nisu vrline i mane Monteskjeovih ideja o podeli vlasti nego kratak opis suštine tog modela u praksi, na razlozima za i protiv tačnosti njegovih uvida neću se zadržavati.

¹³ „Separation of power, then, was less significant in what it bestowed on the designated actors than in what it denied to other actors. Seating the primary exercise of a power in one actor did not give that actor *carte blanche* in the exercise of the power, it just denied the primary exercise of that power to others“ (Claus 2005, 424–425). U nastavku teksta ću pojedine citate navoditi na engleskom, i to u onim slučajevima kada bi se u prevodu izgubile nijanse izvornog značenja, koje su bitne za poentu zbog koje se citat koristi.

takav princip će biti zadovoljen i ako jedna grana vlasti, uz to što primarno vrši jednu funkciju, bude uključena i u vršenje druge funkcije vlasti (Troper 2013, par. 31).

Kako su se te ideje ovaplotile u praksi, najbolje se može videti na primeru ustava SAD iz 1787. godine. Naime, dok je u Velikoj Britaniji organizacija vlasti, koja je nadahnula Monteskeja, nastajala dugo i postepeno, a ne odjednom i promišljeno, američki očevi osnivači imali su nameru da Monteskejev teorijski model postane konstitucija nove nacije.¹⁴ Oni su imali jasnu predstavu o tome da je najbolja predohrana protiv tiranije da se svekolika državna vlast ustavom podeli na tri relativno jednake i relativno razdvojene grane, koje će biti u međusobnom balansu, tako da zakonodavna i izvršna vlast pretežno, ali uvek i uz asistenciju one druge, obavljaju svoje funkcije (Ervin 1970, 108).

Prema tome, u Americi nije uspostavljeno potpuno preklapanje između organa koji je specijalizovan za vršenje određene funkcije i same funkcije. Naime, ideja podele vlasti, onako kako ju je shvatio i izložio Monteskeje i kako su je u delo sprovedli tvorci američkog ustava, ne podrazumeva potpunu specijalizaciju i nezavisnost međusobno odvojenih državnih organa, u smislu da se svaki od njih bavi jedino i isključivo „svojom funkcijom“. U tom smislu, Tomas Džeferson je primetio da „ovlašćenja vlade treba da budu tako podeljena i uravnotežena između nekoliko organa vlasti, da nijedan od njih ne može da prekorači svoje granice, a da ne bude efektivno kontrolisan i ograničen od drugih (organa)“.¹⁵

U skladu s rečenim, za podelu vlasti biće dovoljno učinjeno ako se vlast, na neki način, rasporedi među više različitih organa, koji se međusobno ograničavaju. Budući da se raspodela nadležnosti između državnih organa vrši ustavnim odredbama, nije neobično što u članu 16 francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine stoji: „Država u kojoj... nije utvrđena podele vlasti nema ustav.“¹⁶ To znači da nije u pitanju samo ideal – Deklaracijom se ne opisuje *dobar* ustav, ustav koji je dostojan da se zove

¹⁴ Da o tome nema sumnje, svedoči Džejs Medison, koji kaže: „The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu. If he be not the author of this invaluable precept in the science of politics, he has the merit at least of displaying and recommending it most effectually to the attention of mankind“ (Federalist, no. 47, prema Claus 2005, 429).

¹⁵ Up. Wood, Gordon S. 1998. *The Creation of the American Republic*. 2nd ed., 453, prema Claus 2005, 426.

¹⁶ „Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée, n'a point de constitution.“

ustavom. Njome se definiše ustav, *kao takav*. Na taj način, ustav, podela vlasti i vladavina prava postaju deo jedinstvenog političko-institucionalno-pravnog pejzaža, koji obezbeđuje slobodu čoveka i građanina.

A gde je u tom pejzažu mesto sudova i sudske vlasti, kao glavnih nosilaca adjudikativne funkcije? I kako se ta vlast vrši? Na ta pitanja ću pokušati da odgovorim u narednom odeljku, nakon što sumarno iznesem terminološke pouke iz upravo opisanih konceptualnih pojašnjenja.

2.3. Terminologija

Opis nastanka i razvoja ideje i prakse podele vlasti pokazuje da jednu državnu funkciju ne vrši isključivo jedan specijalizovani organ nezavisno od drugih organa, to jest da jedan organ (može da) učestvuje u vršenju više državnih funkcija. Primera radi, zakonodavnu funkciju ne vrši samo zakonodavni organ već se u nju uključuje i izvršna vlast. Ta činjenica nesumnjivo govori u prilog spomenutoj distinkciji između pojma vlasti u funkcionalnom i organskom smislu.

Osim toga, postoji još jedna važna distinkcija koja ide u prilog predloženom pojmovnom okviru. Primera radi, zakonodavna funkcija se ne poklapa s onim što nazivam regulativnom funkcijom. Naime, regulativnu funkciju vrši svaka *vlast* koja opštim pravnim normama unapred reguliše izvesnu oblast društvenih odnosa. A opšte pravne norme kojima se društveni odnosi regulišu nisu samo zakonske norme. Zbog toga treba jasno razlikovati regulativnu funkciju koju vrši zakonodavno telo od regulativne funkcije koju, primera radi, u pojedinim sistemima vrše sudovi.¹⁷

¹⁷ Inače, u našoj pravnoj teoriji, kao što je poznato, uobičajeno se govori o zakonima u materijalnom i formalnom smislu (na primer, Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 256 i.d.). Ako se kao zakoni u materijalnom smislu definišu „akti koji sadrže opšte pravne norme kojima se zasnivaju ovlašćenja i obaveze pravnih subjekata“ (Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 260), onda bi, primera radi, propisi koje donosi izvršna vlast (na primer, uredbе) mogli ponekad da imaju karakter zakona u materijalnom (ali ne i u formalnom) smislu. I onda bi se *regulativna funkcija generalno* mogla razumeti kao donošenje zakona u *materijalnom smislu*. Međutim, u raspravi se ne promovise takvo shvatanje jer ono, prvo, previše širi konvencionalno značenje reči zakon (koje se uobičajeno vezuje za akte predstavničkog tela) i, drugo, zato što sve opšte norme koje proishode iz vršenja regulativne funkcije nisu zakoni u materijalnom smislu. Najzad, ako se zakonodavna funkcija razume, kao što je u ovom kontekstu slučaj, kao zakonodavna i u organskom i u funkcionalnom smislu, to jest, kao funkcija donošenja propisa koji su zakoni i u materijalnom i u formalnom smislu, onda ima smisla takvu funkciju posmatrati kao podvrstu regulativne funkcije i razmotriti po čemu se ona razlikuje od regulativne funkcije koju (može da) vrši sudska vlast.

Na tom tragu, u anglosaksonskom pravnom sistemu, u kojem sudije formalno stvaraju pravo, povlači se jasna distinkcija između stvaranja prava putem zakona i stvaranja prava u sudskim presudama (Gardner 2001, 217). Obe se smatraju podvrstama regulativne funkcije, a u literaturi se navode, primera radi, sledeće razlike između njih. Prvo, zakonodavac stvara pravo *de novo* i vrlo često je reformski orijentisan u odnosu na postojeće pravo. Sudsko stvaranje prava je precedentnog i evolucionog karaktera jer je uvek u vezi s konkretnim pravnim pitanjem, čije se jasno rešenje ne nalazi u postojećem pravu (ni u zakonima ni u precedentima), ali se na njega naslanja i razvija ga. Drugo, postupak stvaranja zakona je tako udešen da, prilikom njihovog donošenja, zakonodavac ima u vidu širok spektar činjenica, različitih interesa i suprotstavljenih mišljenja, dok sudske procedure idu za tim da se, pre svega, obezbedi ispravna sudska presuda, a ne da se njome razrešavaju složena šira moralna i društvena pitanja, koja nadilaze okvire konkretnog spora. Iz toga proizilazi i sledeća razlika, a to je da zakonodavac sam odlučuje o pitanjima i odnosima koja će urediti zakonom, dok je sud strogo ograničen materijom konkretnog spora u kojem treba da presudi. Najzad, zakonske odredbe su formulisane u obliku kanonizovanih opštih pravila i u skladu s pravilima nomotehnike. Opšti preskriptivni iskazi u sudskim presudama su često, kako će se pokazati u nastavku, implicitna pravila ili su oblikovana kao standardi. Sudije, za razliku od zakonodavca, ne očekuju da se svaka njihova reč iz presude tumači, kao što se tumače zakonske odredbe, te stoga u njenom obrazloženju slobodnije i manje precizno formulišu razloge za presudu, koji eventualno postaju precedenti (Duxbury 2013, 12–18; Salmond 1966, 177 i.d.). Iz svih tih razloga, sudsko stvaranje prava ne može se nazvati zakonodavstvom.¹⁸ Ipak, to ne znači da ono nije podvrsta regulativne funkcije.

Da sumiram. Primera radi, zakonodavna vlast u organskom smislu je zakonodavno telo, u savremenoj državi najčešće predstavnički organ, skupština, parlament. Ali zakonodavnu vlast u funkcionalnom smislu ne vrši isključivo zakonodavni organ – u tome, kao što je pokazano, mogu da učestvuju i drugi organi vlasti (na primer, vlada ili šef države ili ustavni sud kao negativni zakonodavac). Nadalje, funkcija regulisanja društvenih odnosa putem opštih obavezujućih pravila ne svodi se na zakonodavnu funkciju – opšta pravna pravila i standarde (mogu da) stvaraju i sudovi i oni se razlikuju

¹⁸ Gardner smatra da ovde nije u pitanju samo verbalna ili razlika u formi. Ona ima značaj za niz teorijskopravnih i moralnih rasprava. Primera radi, on ističe da se retroaktivnost, koja je obično nepoželjna i uglavnom zabranjena, odnosi na zakonodavstvo, ali da ne može da se potegne kao argument protiv sudskog stvaranja prava jer ono predstavlja graduelno razvijanje već postojećeg (neretroaktivnog) prava (Gardner 2001, 217).

od zakonskih pravila i standarda po domašaju, obliku, načinu nastanka itd. Stoga se te dve različite funkcije stvaranja prava obuhvataju zajedničkim višim pojmom regulativne funkcije. Najzad, sudsku vlast u organskom smislu čine sudovi i, u funkcionalnom smislu, njihova glavna delatnost je presuđivanje – kao način rešavanja pojedinačnih sporova. Ali tu „sudsku“ funkciju, kako će se pokazati na samom početku narednog odeljka, niti je nekada vršila niti je danas vrši isključivo sudska vlast u organskom smislu. Stoga se funkcija rešavanja sporova i naziva adjudikativnom, a ne sudskom funkcijom. Prema tome, da bi se lakše napravile pojmovne razlike između onoga što se naziva sudska vlast i sudska funkcija, a što je od značaja za određenje regulativne funkcije sudske vlasti u modernoj državnoj organizaciji, smatram da, prvo, treba jasno razlikovati organsko od funkcionalnog značenja pojma vlasti i, drugo, da je umesno imenovati pomenute funkcije vlasti, kako je i predloženo, kao regulativnu i adjudikativnu, a ne kako je to uobičajeno, kao zakonodavnu i sudsku.

3. SUDSKA VLAST

3.1. Sudska vlast i podela vlasti

Adjudikativnu funkciju nisu uvek obavljali sudovi.¹⁹ U prošlosti, čak i kada je „vlast“ rešavanja sporova bila u rukama sudova, oni su samo po imenu bili slični sudovima kakvi postoje u savremenom pravnom sistemu. Sudovi srednjeg veka su, recimo, imali vlast da donose odluke u sporovima, ali ni po sastavu (načinu postavljanja „sudija“, njihovim svojstvima itd.) ni po načinu odlučivanja (načinu utvrđivanju činjenica, obaveznoj primeni prethodno postojećih pravila itd.) nisu ličili na savremene sudove. Primera radi, organ koji svoje odluke zasniva na takozvanom božjem sudu samo je po nazivu sličan današnjem sudu. Osim toga, adjudikativnu funkciju ni danas ne obavljaju isključivo sudovi (Fuller 1978, 354). Kao što je dobro poznato, u savremenim nacionalnim pravnim sistemima, a i na međunarodnom nivou, čest način rešavanja sporova je arbitraža, a u modernim državama, naročito u privatnim parnicama, porodičnim ili radnim sporovima danas se sve više koristi medijacija.

¹⁹ Nekad su uobičajeni načini „rešavanja“ sporova, primera radi, bili samopomoć ili medijacija (Hasnas 2005, 86), a postoje i mnogo neobičniji načini. Primera radi, u eskimskim zajednicama sporove između njenih članova rešava cela zajednica (selo), i to tako što parničari pevaju pesme pred saplemenicima, svaki o onom drugom, što je moguće duhovitije i podrugljivije, a onda prisutni odlučuju čija je pesma bila bolja i tako rešavaju spor i određuju „pobednika“ (Gluckman 1965, 183 i.d).

Kakve su to karakteristike savremenih sudova i sudskog sistema u celini koje ga čine tako osobenom pojavom u ljudskoj istoriji i koje su od značaja za određivanje funkcija savremene sudske vlasti?

Stvaranje sudske vlasti (u organskom smislu) teklo je postepeno (Tasić 1995, 236). Sudovi kakve danas poznajemo u konstitucionalnim demokratijama nastali su i razvijali se uporedo s idejom podele vlasti. A sama ideja podele vlasti je, kao što je prethodno rečeno, u tesnoj vezi s idejom formalnog ustava i vladavine prava. I to nisu samo napomene o pukim istorijskim činjenicama već se njima skreće pažnja da su upravo te ideje uticale na izgled i način funkcionisanja današnjih sudova.²⁰ Ipak, za položaj sudova u savremenom državnom pravnom poretku od presudnog je značaja kako se na njih reflektuju ideja i praksa podele vlasti.

U praksi je ta ideja prvi put primenjena u Ustavu SAD. Kao što je već spomenuto, misao-vodilja njegovih tvoraca bila je da se sloboda građana najbrže podriva ukoliko „celu“ jednu državnu funkciju vrši jedan isti organ. Stoga su se odlučili na ono što je već opisano kao delimično učešće jedne grane vlasti u obavljanju funkcije druge grane vlasti. Međutim, kada je na „dnevni red“ došla sudska funkcija, očevi osnivači su se opredelili da nju predaju u ruke odvojenoj i nezavisnoj, hijerarhijski organizovanoj organizaciji sudske vlasti (Claus 2005, 429).

Odvojenost i nezavisnost zasnivale su se na tome da prestanak sudijske funkcije (osim izuzetno) nije zavisio od odluka drugih grana vlasti, da njen budžet, takođe, nije bio podložan uticaju druge dve vlasti, da je postojao imunitet sudija tokom vršenja sudijske dužnosti (Troper 2013, par 8). Prema tome, očevi osnivači su smatrali da koncept podele vlasti pretpostavlja postojanje sudske vlasti „bez spoljnog uticaja bilo koje vrste i iz bilo kojeg izvora“ (Ervin 1970, 121). Sudije su na svojoj poziciji ostajale trajno, osim u slučaju „lošeg ponašanja“, koje se utvrđuje u proceduri impičmenta. To je bio jedini, labav i slab institucionalizovani uticaj, koji druge grane vlasti imaju prema sudskoj vlasti (Claus 2005, 429). Hamilton je, primera radi, branio takvo ustavno rešenje prema kojem sudije vrše svoju funkciju „during good behavior“, rečima da je ono „the citadel of the public justice and the public security“ (Hamilton, *The Federalist*, no. 78, prema Ervin 1970, 118). I premda su tvorci američkog ustava bili svesni da podela vlasti „neće stvoriti sudstvo sastavljeno od sudija koji su anđeli“ (Ervin 1970, 127) i koji neće donositi nepravedne ili pogrešne odluke, bili su svesni da takve sporadične presude

²⁰ Kako veli Tasić, „...pravo, ukoliko se više u njemu ostvaruje moralni element i vlada razum, izgrađuje sve više sud. Istinitost ovoga vidimo jasno u razvoju pravne države, jer njegova bitna karakteristika je baš ta da sud dobija sve veću ulogu“ (Tasić 1995, 237).

ne mogu da ugroze njihov fundamentalni naum da individualnu slobodu najbolje štiti nezavisno sudstvo sastavljeno od sudija koji su podložni samo Ustavu i zakonima, a ne bilo kojoj drugoj vlasti.

3.2. Organizacija i način rada sudske vlasti

Činjenica da je funkcija rešavanja sporova poverena posebnim i nezavisnim državnim organima, koji su obavezni i ovlašćeni da je vrše primenjujući važeće pravo novijeg je datuma. Ako izuzmemo engleski *common law* sistem, ona se vezuje za prve pisane Ustave. Tako, u Ustavu SAD, u članu tri, odeljak 1 propisuje da se „Sudska vlast Sjedinjenih Država poverava jednom Vrhovnom sudu i onim nižim sudovima koje Kongres može povremeno da određuje i ustanovljava“, a u sledećem odeljku stoji da se „sudska vlast prostire na sve slučajeve, po zakonu i pravičnosti, koji proističu iz ovog Ustava, zakona Sjedinjenih Država i ugovora koji su zaključeni ili koji će se zaključiti u skladu s njima“.²¹

O tome na koji način savremeni sudovi vrše svoju primarnu, adjudikativnu funkciju, jednu moguću sliku, koju navodim primera radi, dao je Lon Fuller. Ta slika je do izvesne mere preskriptivno „naslikana“ jer je Fuller nastojao da izdvoji elemente adjudikativne funkcije u njenoj idealnoj inkarnaciji. Tako postaje jasno kada se adjudikativna funkcija pretvara u „parazitsku ili pervertiranu formu adjudikacije“ (Fuller 1978, 381). Da bi jedan proces odlučivanja u nekom sporu predstavljao vršenje adjudikature, on, prema Fullerovom mišljenju, mora biti (1) adverzijalan, (2) treba da ga vodi sud koji ga normalno ne inicira, (3) koji je nepristrasan, (4) koji teži da svoju odluku zasnuje na dokazima i argumentima koje prezentuju strane u sporu i (5) koji tu odluku obrazlaže. Najзад, (6) ta odluka mora imati retroaktivno dejstvo²², premda može, uz to, imati i prospektivne efekte (Fuller 1978, 382–391).

Jasno se vidi da su neki od elemenata koje Fuller nabraja, konceptualno nužni (ako se ima u vidu ustavni model podele vlasti i priroda adjudikativne funkcije), poput nezavisnosti, nepristrasnosti i retroaktivnog dejstva sudskih odluka, neki su empirijski kontingentni, ali sveprisutni, kao što je obrazlaganje odluka, ali neki i nisu (na primer, adverzijalnost). Postoji i jedan element koji Fuller izričito ne navodi, ali ga podrazumeva, a on se tiče

²¹ Ustav Republike Srbije proklamuje da „sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti“ (čl. 143 Ustava RS).

²² Retroaktivno, u smislu da utvrđuje pravne posledice (prava, obaveze, odgovornosti) u odnosu na pravne činjenice koje su nastupile, a ne koje će tek nastupiti.

vezanosti sudske vlasti zakonima i pravom. Pošto su taj poslednji elemenat i jedan Fulerov, koji se tiče obaveze obrazlaganja sudskih odluka, posebno važni za glavne teze ovog teksta, u nastavku ću vrlo sumarno prikazati njihove karakteristike.²³

3.2.1. *Sudske odluke se donose na osnovu prava*

Iako se smatra trivijalnom i uzima zdravo za gotovo, okolnost da sud donosi odluku u sporu na osnovu prethodno postavljenih opštih obavezujućih pravnih pravila koje se nalaze u formalnim izvorima prava²⁴ tekovina je novijeg datuma. Danas se podrazumeva da sud, prilikom donošenja presude, treba na utvrđeno činjenično stanje da primeni merodavno pravo. U sudskom postupku, sud utvrđuje *konkretno* činjenično stanje i da li se ono podudara s *apstraktnim* činjeničnim stanjem (stanjem koje je apstraktno opisano u pravnom propisu, kao uslov za nastupanje normativne posledice). Jer, apstraktno i konkretno činjenično stanje načelno nisu podudarni. Drugim rečima, sud treba da „podvede“ (ili ne „podvede“) utvrđene konkretne činjenice pod apstraktne pojmove koji te činjenice opisuju u pravnom aktu, odnosno, kako to pravnici kažu, da izvrši pravnu kvalifikaciju činjenica. Rečju, da bi rešio spor, sudija treba da odgovori na dva pitanja: na faktičko i pravno. Faktičko pitanje, provizorno formulisano, glasi: šta se zbilo ili zbiva, to jest kakvo je činjenično stanje stvari na koje treba primeniti merodavno pravo? S druge strane, pravno pitanje je (1) da li za utvrđeno činjenično stanje postoji i, ako postoji, koja se pravna posledica odnosi na to činjenično stanje. Osim toga, treba razumeti (2) značenje teksta merodavnog opšteg pravnog akta, što znači da se on mora protumačiti u kontekstu utvrđenog činjeničnog stanja na koje se primenjuje, i to tako što se upoređuje značenje protumačenih opštih pojmova iz pravnog akta s utvrđenim činjenicama. Konačno, ukoliko pod protumačene pojmove iz norme utvrđeno činjenično stanje može da se podvede, donosi se odluka o pravnim posledicama u konkretnom slučaju (Dajović 2018, 140–141).

²³ Iole informisanom čitaocu može se učiniti da su ovo truizmi koje nema potrebe pominjati, slično ponečemu o čemu je bilo reči u prethodnom poglavlju ili nečemu o čemu će se tek govoriti. Ali ako ti truizmi vode do zaključaka o regulativnoj funkciji sudske vlasti koji se, u najmanju ruku, smatraju spornim, onda ima smisla da se barem spomenu. Uostalom, na smisao takvog postupka ukazuje i Vitgenštajnova sentenca sa samog početka.

²⁴ „Sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“ (čl. 145, st. 1 i 2 Ustava RS).

3.2.2. Sudske odluke su javne i obrazložene

Da odluka suda ne bi izgledala kao arbitrarna, nije dovoljno samo da je zasnovana na merodavnom pravu i relevantnim činjenicama već i da je obrazloženo zašto je zasnovana na pravu i kako su relevantne činjenice utvrđene. U mnogim nacionalnim pravnim sistemima, obaveza obrazlaganja presude je propisana zakonom. Tako, primera radi, Ustavom Španije (čl. 120, st. 3) sudovi se izričito obavezuju da obrazlože svoju presudu, a u Zakon o građanskom postupku iste države (čl. 357) navodi se da „presude moraju biti jasne i precizne i... moraju navesti razloge za i protiv tuženog i odlučiti po svim osporavanim tačkama koje su bile predmet argumentacije“. Slično tome, i u Srbiji, prema Zakoniku o krivičnom postupku, sud će „navesti kojim razlozima se rukovodio pri rešavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično delo i krivična odgovornost optuženog i pri primenjivanju određenih odredaba zakona na optuženog i njegovo delo“ (čl. 361, st. 1, tač. 7). Uz to, bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji „ako je izreka presude nerazumljiva, protivrečna sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopšte razloga...“ (čl. 368, st. 1, tač. 11).

U svojoj praksi, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je na neki način otišao i korak dalje kada je u pitanju pravni „status“ obrazloženja sudske presude. Naime, imajući u vidu princip vladavine prava, koji je osnovno načelo Konvencije, ESLJP je zauzeo stav da poštovanje člana 6 evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pravo na pravično suđenje) podrazumeva i *pravo na obrazloženu presudu*. Rezon ESLJP je sledeći. Princip vladavine prava iziskuje da se izbegne arbitrarno presuđivanje. Da bi se ono izbeglo, treba, između ostalog, uspostaviti pravo na obrazloženu presudu. Da bi to pravo bilo efektivno, presuda se mora obrazložiti validnim i dovoljnim (odgovarajućim) razlozima. Razlozi su validni ako se zasnivaju na datom pravnom sistemu i ako su dovoljno jasni da ih (a) javnost razume i (b) da ih stranke razumeju, kako bi mogle da iskoriste pravo na pravni lek. Razlozi su dovoljni (odgovarajući) ako odgovaraju na glavna pravna i faktička pitanja i ako odgovaraju na glavne argumente stranaka.²⁵

U praksi ESLJP se, takođe, često isticalo i preciziralo koje su funkcije obrazloženja presude. Prva funkcija je da istakne razloge na kojima se odluka zasniva. Ti razlozi se tiču rešenja pravnog i faktičkog pitanja koja su

²⁵ „Pravo na obrazloženu presudu je pravo na poznavanje bitnih razloga i jasno i izričito obrazloženih stavova suda o činjeničnim i pravnim pitanjima a na osnovu kojih je presuda doneta. Nije dovoljno da je stranka samo upoznata s odlukom suda, nego je sud dužan da da izloži razloge zbog kojih je doneo baš takvu presudu“ (*Ruiz Torija v. Spain*, 1994, § 29–30). To znači da „presude moraju na adekvatan način da izlože razloge na kojima su zasnovane“ (*Suominen v. Finland*, 37801/97, § 36).

dovela do odluke i ti razlozi su u savremenom pravnom poretku, u osnovi, *racionalni* (Roberts 2011, 235). Druga funkcija je usmerena ka strankama kojih se odluka tiče. Samo odluka u kojoj se ističu razlozi zbog kojih je doneta omogućuje zainteresovanim subjektima da ocene da li je razložno da tu odluku osporavaju žalbom pred višim organom. Treća funkcija je da javnost razume zbog čega je presuda doneta i da se time ojača poverenje javnosti u pravosudne institucije.

Međutim, za temu ove rasprave naročito su značajne sledeće funkcije. Prva od njih je da obrazlaganje sudskih odluka ide za tim da svede na što manju meru donošenje pogrešnih ili nedovoljno dobrih odluka. Ne proističe samo dobro obrazloženje iz logički ispravnog rasuđivanja već i sama obaveza obrazlaganja doprinosi ispravnosti rasuđivanja jer omogućava sudiji da sagleda eventualne propuste u rasuđivanju. Takođe, mogućnost pobijanja odluke pred višom sudskom instancom dodatno motiviše sudove da pruže što uverljivije razloge za sopstvenu presudu i da zakonito i racionalno presuđuju. Najzad i najvažnije, poslednja funkcija obrazlaganja je ujednačavanje sudske prakse. Jasno i razložno obrazloženje doprinosi da se u sličnim situacijama donose iste odluke, što doprinosi uniformnoj primeni prava i većoj pravnoj sigurnosti (Dajović, Spaić 2016, 48).

4. MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI – KONCEPTUALNI POGLED

Nakon izlaganja o položaju i funkcionisanju sudske vlasti u savremenim pravnim sistemima ostaje da se objasni kako u takvom sistemu sudovi, prilikom vršenja adjudikativne funkcije, *moгу* putem sudskih presuda da stvaraju obavezujuća opšta pravila. Ili, preciznije, da u obrazloženjima svojih presuda formulišu iskaze koji su podobni da budu obavezne opšte norme, čak i ako sudske presude nisu formalno, izričito priznate kao izvor prava.

Iz onoga što je rečeno u prethodnom odeljku jasno proizilazi da pravni poredak čine zakonska i druga opšta pravna pravila koja su savremeni sudovi obavezni da primenjuju prilikom rešavanja sporova. To znači da sudije ne donose presude na osnovu razmatranja svih mogućih razloga koji bi se inače mogli razmatrati prilikom rešavanja spora kada pravna pravila ne bi postojala. Stoga je moguće da odluka sudije bude drugačija od odluke koju bi on u istom sporu doneo primenjujući, recimo, moralne norme, a ne važeće pravo.²⁶

²⁶ „Ističe se da naš posao jeste (ili bi trebalo da bude) da zakone koje donose predstavnici naroda samo primenjujemo, a ne i da ih dopisujemo i menjamo. Sudija kojem se dopada svaka odluka koju donese, vrlo verovatno je loš sudija, jer radije

Takav odnos sudija prema važećim pravnim normama, međutim, sam po sebi, ne može da nam pruži odgovor na jedno važno pitanje u vezi sa sudskom vlasti: (1) koliku slobodu sudija (treba da) ima prilikom primene opštih pravila na konkretan slučaj? Ili, drugim rečima, kolike su i kakve tačno granice koje mu zakonodavac (ili drugi normotvorac) postavlja prilikom odlučivanja? Ukoliko je odgovor na to pitanje da se mogućim i poželjnim smatra kako sudije prilikom presuđivanja mogu, a katkad i moraju kao razloge za svoje presude da navode pravila ili principe koji prethodno nisu postojali u formalno priznatim izvorima prava i koja su sami „stvorili“, (2) da li je moguće da ta pravila (ili principi) budu obavezujuća za buduće slične slučajeve, nezavisno od njihovog formalnopravnog statusa u konkretnom pravnom sistemu? Na pitanja (1) i (2) će se odgovoriti u ovom odeljku.

4.1. Preduslov za regulativnu funkciju sudske vlasti – razlog iz prirode rešavanja pravnog pitanja

U prethodnom odeljku sam posebno naglasio dve karakteristike vršenja adjudikativne funkcije od strane savremenih sudova: sudovi presuđuju u skladu s unapred poznatim opštim zakonskim normama i sudovi su obavezni da obrazlože presudu. Ova *druga* karakteristika očigledno ide u prilog ideji da sudovi, prilikom vršenja adjudikativne funkcije, mogu da vrše regulativnu funkciju²⁷ jer u obrazloženjima mogu da navedu normativne razloge koji su ih vodili do presude, a da to nisu već važeće opšte pravne norme. Ali mogu li oni to odista da čine ako odluke donose u skladu s već važećim opštim pravnim normama?

Kao što je dobro poznato, Monteskje je smatrao da ne mogu. Prema njegovom mišljenju, sudska vlast je samo „glasnogovornik zakona“²⁸, vlast koja samo izgovara reči iz zakona.²⁹ I na kontinentu se, iz „opsednutosti idejom

donosi odluke koje mu se dopadaju, nego one na koje ga pravo obavezuje“ (deo izdvojenog mišljenja Nila Gorsuča, sudije Vrhovnog suda SAD, u presudi *A.M. v. Holmes Nos*, 14–2066, 14–2183 [10th Cir. 2016]).

²⁷ Da bih otklonio potencijalnu zabunu, naglašavam da je tema rasprave vršenje regulativne funkcije sudske vlasti, *prilikom njenog vršenja adjudikativne funkcije*. U mnogim pravnim sistemima postoje organi koji se mogu smatrati sudovima ili tribunalima, koji vrše adjudikativnu funkciju, a osim nje, vrše i posebnu regulativnu funkciju. Međutim, oni nisu u fokusu mog interesovanja jer obično (1) nisu deo sistema sudske vlasti u organskom smislu reči i zato što (2) vrše regulativnu funkciju odvojeno od vršenja adjudikativne funkcije.

²⁸ [T]he judges of the nation are... only the mouth that pronounces the words of the law, inanimate beings who can moderate neither its force nor its rigor“ (Montesquieu. 1989 [1748]. *The Spirit of the Laws*, trans. and ed. A. M. Cohler, B. C. Miller, H. S. Stone. Cambridge University Press, 163, prema Duxbury 2013, 9).

podele vlasti“ (Hart 1958, 610), uvrežila sudijska ideologija prema kojoj je posao sudije da primenjuje, a ne da stvara pravo, a to je onda, prirodno, vodilo ka tome da se u teoriji pojavi ono što se, neprecizno, naziva formalizmom u primeni i tumačenju zakona. U skladu s takvom „sudijskom ideologijom“, funkcije i obaveze sudija su ograničene isključivo na primenu prava kakvo ono jeste. Prema jednom pogledu „sa strane“ na takvo shvatanje sudske vlasti, „[o]n this account, the judicial role is minimally interpretive or evaluative; it is almost entirely instrumental. Of course, even judges in this... category must engage in some interpretation or evaluation when determining whether a statute... should apply to a given set of facts. But this interpretation or evaluation is not supposed to be especially reflective or creative. I will call this interpretation of the judicial function ‘instrumentalist.’“ (Edlin 2010, 127).

Međutim, problem s formalizmom je u tome što se njime ne objašnjava na adekvatan način ono što sudije (barem u jednom broju slučajeva) uistinu rade. Danas retko ko osporava da identifikovanje i primena prava zahteva neki oblik vrednovanja koji otvara prostor za sudijsku „kreaciju“. Prvi razlog za to je što u pojedinim slučajevima značenje (norme) nije određeno i što tekst važećih pravnih akata ne pruža jasan ili ne pruža nikakav odgovor na konkretno pravno pitanje. Osim toga, shvatanje značenja pravnog propisa zavisi od društvenih shvatanja o svrhama propisa i od socijalnih i lingvističkih konvencija, a sve one se menjaju, iako tekst propisa ostaje isti (Hart 1994, 128–129; Tamanaha 2010, 178). Stoga se u određenim slučajevima može, zajedno s Kelzenom, konstatovati da su „Zakoni... tako-reći, samo polufabrikat koji se dovršava tek sudskom presudom i njenim izvršenjem... Sud ne formuliše inače već postojeće pravo. Njegov rad se ne sastoji samo u ‘traženju’ i ‘nalaženju’ prava koje postoji pre presude“ (Kelzen 1951, 138–139).

Kada se tim nespornim datostima funkcionisanja savremenih sudova pridoda činjenici da njihove odluke autoritativno i (u slučaju vrhovnih sudova) konačno rešavaju konkretan spor, onda skepticizam prema formalizmu

²⁹ Posebno pitanje je da li je Monteskje, kada je govorio o sudskoj vlasti u Velikoj Britaniji, na osnovu čije prakse je i formirao svoj stav o „ništavnosti“ sudske vlasti, mislio na „vlast“ porote, to jest na vlast koja u sporu rešava faktičko pitanje. Ako jeste, onda je njegov uvid bio ispravan jer „vlast“ porote jeste politički beznačajna, ne utiče na dopunu ili stvaranje prava i tiče se samo stranaka u sporu (Claus 2005, 422, 430). Ipak, ostaje činjenica da on nije razumeo prirodu *common law* ni ulogu engleskih sudova u njegovom nastanku i razvoju, kao ni regulativnu funkciju koju sudovi, igrajući tu ulogu, vekovima vrše (Claus 2005, 420). Svakako da je kritici podložno i to što Monteskje nije uvideo da se doktrina precedenta primenjuje i na sudsko tumačenje autoritativnih tekstova (Claus 2005, 431).

postaje još više opravdan.³⁰ Jer kada odluka suda, koja iz iznetih razloga u jednom slučaju može da bude i ovakva i onakva, manje ili više u skladu s tekstem ili svrhom propisa, jednom postane pravosnažna, nepromenljiva je i predstavlja autoritativno iskazanu volju suda da tekstu pravnog akta pripiše značenje utvrđeno presudom. Institucionalna samostalnost i nezavisnost sudske vlasti, koja je opisana u drugom odeljku, autoritet te volje samo još dodatno osnažuje.

Prema tome, ako se pretpostavi da je tumačenje prava aktivnost koja postoji prilikom svake primene prava³¹, formalizam može ispravno da opiše *samo* ono što se dešava u nespornim, lakim, jednostavnim slučajevima primene prava. Međutim, postoje i slučajevi u kojima dolazi do sporova povodom pravnog pitanja, koji su, kako veli Hart, „nepotpuno pravno regulisani, (i) kod kojih sudija ima neizbežan ‘dopunski’ zadatak da stvara pravo, tako da što se objektivnog prava tiče, mnogi slučajevi mogu da budu rešeni na jedan, ili na drugi način“ (Hart 1994, 274).³² To su takozvani „teški“ slučajevi.

Postoji više razloga za postojanje teških slučajeva³³, od kojih su za ovu raspravu najrelevantnija dva, koja su već nagoveštena. To su jezička neodređenost³⁴ i difizibilnost (oborivost, otklonjivost) pravnih normi.³⁵

³⁰ Taj skepticizam najbolje sažima čuvena fraza biskupa Hodlija: „Ko god ima apsolutnu vlast da tumači bilo koji pisani ili rečju izraženi zakon, to je onaj koji je u svakom pogledu zakonodavac, a ne onaj koji ga je prvi napisao ili izgovorio“ (Hoadly, Benjamin. 1717. *A Sermon Preach'd before the King at the Royal Chapel at St. James's on Sunday March 31.* 3rd ed., 12. London: printed for James Knapton, prema Duxbury 2013, 19).

³¹ Što je ideja koja je daleko od opšteprihvaćene. Zapravo, na drugom mestu zastupa se stav, doduše iz didaktičkih, a ne iz teorijskih razloga, da je tumačenje aktivnost čiji je ishod utvrđivanje normativnog značenja pravnog teksta *u spornim slučajevima* (Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 326 i.d.). Ipak, u kontekstu ove rasprave ta teorijska kontroverza nije od značaja jer nijedno od dva stanovišta ne poriče da je, barem u nekim slučajevima, tumačenje „kreativna“ aktivnost koja može da dopunjava i razvija važeće pravo.

³² Slično veli i Raz: „Because of the vagueness, open texture, and incompleteness of all legal systems there are many disputes for which the system does not provide a correct answer. Even if it rules out certain solutions as wrong, there are others which are neither wrong nor right in law“ (Raz 1979, 113).

³³ Razlozi za pojavu teških, spornih slučajeva opširno su opisani u Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 329–337, iako se koristi donekle drugačija terminologija u odnosu na ovu koja je spomenuta u tekstu.

³⁴ Dva osnovna oblika jezičke neodređenosti su nejasnost i višeznačnost. 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)“ (Alexy, Dreier 1991, 74–75). Stoga takvi izrazi ne dele na klasičan semantički način sve pojave koje denotiraju

U prvom slučaju, do sporova povodom pravnog pitanja dolazi zbog nesavršenosti jezika (bilo prirodnog, bilo pravnotehničkog). U drugom slučaju, jezik pravila koje treba primeniti je određen, ali je krajnji ishod primene u konkretnom slučaju na neki način pogrešan, apsurdan ili nepravičan.³⁶

Najposle, očigledna je činjenica da se iz tih razloga, fenomenološki posmatrano, može uočiti da savremeni sudovi prilikom vršenja adjudikativne funkcije (1) primenjuju pravo, (2) dopunjuju pravo, (3) stvaraju pravo u skladu s postojećim pravom i (4) stvaraju pravo suprotno postojećem pravu (Barber 2000, 142 i.d.)³⁷ te će stoga aktivnosti suda (2) do (4), koje potencijalno mogu sudsku vlast pretvoriti u vršioca regulativne funkcije, biti ukratko ilustrovane.

na dva dela – na one koje su obuhvaćene njegovim značenjem i na one koje nisu. Kod njih postoje i granični slučajevi za koje se ne zna da li se pojam na njih odnosi ili ne (Burns 1991, 3). S druge strane, jedan izraz je višeznačan (polisemičan) kada ima više različitih, premda povezanih značenja (na primer, reči „držati“ – „držati oružje“, „držati stoku“, „držati merdevine“ itd.). Višeznačni izrazi se upravo po toj „povezanosti“ različitih značenja razlikuju od homonima, kod kojih jedna ista reč ima potpuno nepovezana značenja (na primer, „sto“ kao broj i „sto“ kao komad nameštaja).

³⁵ Difizibilnost (*defeasibility*) ili, kako se u tekstu prevodi, „oborivost“ ili „otklonjivost“ pravnih normi jeste karakteristika većine pravnih sistema da oni koji tumače i primenjuju pravo mogu, u određenim konkretnim slučajevima, da *ad hoc* odstupe od primene pravila, uspostavljajući izuzetak od njega, ako bi u takvom slučaju ishod primene pravila bio ozbiljno nepravičan, krajnje nepoželjan ili apsurdan (Schauer 2013).

³⁶ Čini se da je razlog koji je zajednički za oba navedena osnova za sporne slučajeve sama priroda jezika ili, preciznije, odnosa između pojmova i pojava koje pojmovima nastojimo da „obuhvatimo“. Svet nije, poput Legolenda, sastavljen od *pojava* koje su odvojeni „entiteti“ (kao lego kocke), koje onda možemo imenovati, svaku svojim terminom/pojmom. I ta osobina jezika reflektuje se i u jezičkim formulacijama pravila. Kao što Hart primećuje: „[O]dređene 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“ (Hart 1994, 126).

³⁷ Barberova taksonomija odnosa sudskih odluka prema zakonu je složenija. Ona je u tekstu pojednostavljena i donekle preformulisana i podseća na onu koja je u našoj teoriji prilično poznata, mada ne manje nejasna, na odluke *preter legem*, *secundum legem* i *contra legem* (up. Spaić 2021, 34). Ipak, ovde u prvom planu nije da se preciznije odredi pod kojim uslovima neka odluka spada u neku od ovih „vrsta“, već da se ukaže na različite situacije u kojima sudovi, prilikom odlučivanja, dopunjavaju, menjaju ili stvaraju pravo.

4.1.1. Dopuna prava

Prilikom rešavanja pravnog pitanja u vršenju adjudikativne funkcije, sudovi u obrazloženjima presude izlažu svoje viđenje rešenja tog pitanja, odnosno prava koje primenjuju. Izlaganje postaje više od pukog ponavljanja normi iz izvora prava u onim slučajevima kada, da to formulišem pomalo trivijalno, sudovi koriste „dopunske“, precizirajuće reči u odnosu na reči koje se nalaze u važećoj, recimo zakonskoj, normi da bi obrazložili zbog čega primenjuju tu normu na utvrđeno činjenično stanje u konkretnom sporu. To je naročito slučaj kada je termin koji treba „dopuniti“ nejasan, budući da pojava na koju se odnosi „granična“, to jest da nije jasno da li je termin denotira ili ne.

Primeru radi, članom 348 KZ Srbije propisano je sledeće: „Ko neovlašćeno nosi vatreno oružje, njegove delove, municiju, eksplozivne materije ili minsko-eksplozivna sredstva, kazniće se zatvorom od dve do dvanaest godina.“ Primenjujući tu normu u jednom slučaju, Apelacioni sud u Beogradu u obrazloženju presude navodi: „Radnja neovlašćenog nošenja može se sastojati u tome što okrivljeni neovlašćeno nosi vatreno oružje u dvorištu porodične kuće.“³⁸ Izgleda mi da je na prvi pogled nesporno da zakonska sintagma „nošenje oružja“ ne pokriva sve situacije u kojima doslovno može da se primeni, na primer, kada vlasnik dozvole za držanje vatrenog oružja „nosi oružje“ iz sobe u sobu, a verovatno i kada „nosi oružje“ iz kuće u letnju kuhinju u dvorištu, u kojoj se nalazi ormarić u kojem ga čuva. Čini mi se da je situacija o kojoj se izjasnio Okružni sud granična, to jest da ulazi u takozvano „predvorje“ zakonskog pojma „nošenje oružja“ te da je u tom smislu nejasno da li taj termin označava tu situaciju ili ne.

Stoga navedena rečenica iz obrazloženja presude „dovršava“ značenje zakonske odredbe u konkretnom slučaju, ali istovremeno može da funkcioniše i kao preskriptivni iskaz, kao bilo koja druga pravna odredba koja definiše značenje nekog termina. I da se u tom smislu, u specifičnoj situaciji za koju je nejasno da li je denotirana pojmom „nošenje oružja“, on ubuduće primenjuje, baš kao što ga je primenio sud, koji je do tog iskaza došao tumačenjem i vrednovanjem određenih interesa i ciljeva ili na drugi način.

Iz tog razloga, imajući tu presudu na umu, jasno je da tumačenje prava u slučajevima sporova povodom pravnog pitanja izazvanih jezičkom neodređenošću katkad dodaje pisanom (zakonskom) pravnom tekstu jedan vrlo važan deo – autoritativno protumačeno značenje tog teksta, koje na prvi pogled nije vidljivo iz njegovog doslovnog, jezičkog značenja. Jer, kako kaže

³⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 2441/11 od 20. 6. 2011. (prema Trešnjev 2013, odl. 134).

Gardner, „u tekstu nema propisa bez utvrđenog značenja“ (Gardner 2012, 123–124), a pravno relevantno značenje je ono koje je na osnovu zakonskog teksta ustanovio i tekstu pripisao, autoritativni tumač, to jest sud.

4.1.2. Stvaranje prava u skladu s pravom

Druga situacija u kojoj izloženo viđenje rešenja pravnog pitanja postaje više od pukog „preslikavanja“ normi iz izvora prava postoji kada je sudija, po nuždi, pravni inovator. To se događa u svakom pravnom sistemu u kojem postoji dužnost nadležnog sudije da reši spor koji se pred njim pokrene, a kada važeće pravo ne pruža rešenje za taj spor.³⁹ Reč je o popunjavanju pravnih praznina. Takva „pravotvoračka“ uloga sudije priznaje se i u onim pravnim sistemima u kojima precedent nije priznat kao autoritativno opšte pravilo jer se polazi od pretpostavke da u tim situacijama ne postoji obavezujuće opšte pravilo koje je sud dužan da primeni u konkretnom slučaju, te da je onda „ovlašćen“ da svojom odlukom stvori pravo i prazninu popuni. Na taj način, stvaranje prava od strane suda je u skladu s važećim pravom. Primera radi, u našem pozitivnom pravu ugovor o poklonu nije izričito uređen. Stoga su se, recimo, pravila o opozivu tog ugovora ustalila kroz sudsku praksu, koja se u tim prilikama oslanja na odredbe Srpskog građanskog zakonika ili Opšteg imovinskog zakonika.

Međutim, postoji jedan imanentan problem s konceptom pravnih praznina, odnosno s razlikom između primene i stvaranja prava, koja se na tom konceptu zasniva. Obično se kaže da se sud, kao autoritativni tumač prava, pretvara u njegovog stvaraoca kada svoju odluku ne može da zasnuje na bilo kom konvencionalno prihvatljivom jezičkom značenju pravnog teksta. Ali ta granica je ponekad i sama nejasna. Ilustrovaću rečeno jednim primerom iz naše krivičnosudske prakse.

Član 251 Krivičnog zakonika Srbije (nesavesno pružanje lekarske pomoći) glasi: „(1) Lekar koji pri pružanju lekarske pomoći primeni očigledno nepodobno sredstvo ili očigledno nepodoban način lečenja ili ne primeni odgovarajuće higijenske mere ili uopšte očigledno nesavesno postupa i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.“ Nadalje, u članu 253 (neukazivanje lekarske pomoći) stoji: „(1) Lekar koji protivno svojoj dužnosti odbije da ukaže lekarsku pomoć licu kojem je takva pomoć potrebna, a koje se nalazi

³⁹ Ta dužnost je propisana čak i Napoleonovim građanskim zakonikom (čl. 4), kojim se sudijama zabranjuje da se u presudama izjašnjavaju putem opštih odredaba.

u neposrednoj opasnosti za život ili opasnosti nastupanja teške telesne povrede ili teškog narušavanja zdravlja, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.“

Kada je odlučivao o odgovornosti stomatologa za delo iz člana 251, Okružni sud u Beogradu je u obrazloženju naveo stav koji ima izgled opšteg (interpretativnog) pravila da „krivično delo nesavesnog pružanja lekarske pomoći može izvršiti i stomatolog“.⁴⁰ Takav stav se ne povezuje s delom iz člana 253 jer se u njemu lekar „pojavljuje“ kao aktivni pružalac pomoći za koju se ne očekuje da je kompetentno može pružiti stomatolog. Ipak, prilikom dela iz člana 251 „lekar“ može biti i stomatolog, što je u suprotnosti s postojećim jezičkim konvencijama (ali i sa sistemskim tumačenjem KZ). Stoga se čini da je Okružni sud izašao iz okvira jezičkog i sistemskog tumačenja i svojim pravilom „stvorio“ novo krivično delo. Treba naglasiti da se to dogodilo u krivičnoj materiji, u kojoj je, zbog principa legaliteta, takvo „dopunsko zakonodavstvo“ izričito zabranjeno.

Ne želim načelno da osporim ispravnost rasuđivanja suda u konkretnom slučaju. Uostalom, stomatolozi *leče* oboljenja zuba i usne duplje te shodno tome mogu i *nesavesno* da leče i time pogoršaju zdravlje svojih pacijenata. Takođe, moguća su i tumačenja ovog postupka suda, prema kojima nije reč o popunjavanju praznine jer termin „lekar“, uzet u najširem smislu, može da denotira i stomatologe. Ono što je, na kraju krajeva, važno je da navedeni primer ilustruje koliko je granica između tumačenja i stvaranja prava, kao i između neodređenosti pravnog teksta i pravne praznine notorno maglovita, i u mnogim slučajevima podleže proceni i evaluaciji onoga ko donosi odluku. Međutim, kada odluku donosi sud, ona je pravno obavezujuća, nezavisno od toga da li je sud prekoračio svoja ovlašćenja tumača prava i popunio prazninu, koja to u stvari nije (Liebwald 2013, 405; Duxbury 2013, 7). Stoga, nezavisno od činjenice da li je u ovom slučaju reč o stvaranju ili dopuni prava, primer pokazuje koliko je, potencijalno, regulativna funkcija imanentna sudskoj vlasti, čak i u krivičnoj materiji u kojoj je, po prirodi stvari, sud najviše ograničen jezikom zakona.

4.1.3. Stvaranje prava suprotno postojećem pravu

U slučajevima u kojima oceni da bi doslovna primena propisa imala nepravedne ili apsurdne ishode, sud će presudom kreirati opšte pravilo koje je u suprotnosti s postojećim pravom. Već sam objasnio da se u

⁴⁰ Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž 553/09 od 24. 2. 2009. (prema Trešnjev 2013, odl. 118).

pravnoj teoriji takvo postupanje razjašnjava konceptom difizibilnosti (oborivosti, otklonjivosti) pravnih normi.⁴¹ Taj koncept je, u tehničkom smislu, u filozofski diskurs uveo Herbert Hart (Hart 1949, 171, 175). Njegova „suština“ se nahodi u staroj ideji da se opštim pravilom ne mogu urediti sve životne situacije na koje se ono odnosi a da se u isto vreme izbegnu nepoželjni, nemoralni ili nepravični ishodi primene pravila u sve i jednoj regulisanoj situaciji. Stoga treba dopustiti onome ko primenjuje opšte pravilo da u takvim situacijama uspostavi izuzetak od pravila, kao što je to, primera radi, učinio Apelacioni sud države Njujork u čuvenom slučaju *Riggs v. Palmer*,⁴² kada je, suprotno odredbama tada važećeg Zakona o nasleđivanju, lišio unuka prava na nasleđe, stečenog testamentom, iz razloga što je osuđen zbog ubistva svog dede, kao ostavioca.

Kao primer stvaranja prava koje je suprotno jasnom jeziku važećeg pravnog akta, poslužiće jedan skorašnji pravni stav⁴³ Vrhovnog kasacionog suda Srbije (VKS). Naime, u stavu 2 člana 433 Zakonika o krivičnom postupku⁴⁴ stoji: „U korist optuženog žalbu mogu izjaviti i njegov bračni drug, lice s kojim živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života, srodnici po krvi u pravoj liniji (...) a rok za žalbu teče od dana kada je optuženom, odnosno njegovom braniocu dostavljen prepis presude.“ VKS je, povodom tog člana, 2018. godine usvojio sledeći pravni stav: „Protiv osuđujuće presude kojom je okrivljeni oglašen krivim zbog krivičnog dela koje se goni po službenoj dužnosti, nije dozvoljena žalba supružnika okrivljenog u korist okrivljenog, kada supružnik u postupku ima svojstvo oštećenog.“⁴⁵

Očigledno je da je stav VKS (ako je supružnik oštećeni, nema pravo na žalbu u korist okrivljenog) suprotan jezički jasnoj zakonskoj odredbi (supružnik može izjaviti žalbu u korist optuženog). Ne postoji jezičko tumačenje kojim bi se značenje važećeg propisa toliko „rasteglo“ da dovede tumača do takvog

⁴¹ Inače, koncept difizibilnosti se ne proučava samo u pravnoj teoriji nego se, u još većoj meri, razmatra u savremenoj logici, teoriji argumentacije i drugim srodnim disciplinama.

⁴² *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

⁴³ Iako u tom slučaju nije reč o presudi nego o pravnom stavu, to ne utiče na glavnu poentu, a to je da sud tim stavom menja postojeće pravo. Kada je reč o pravnim stavovima najviših sudova kao potencijalnoj formi vršenja regulativne funkcije sudske vlasti, smatram da ona nije u duhu centralne teze ovog teksta da je regulativna funkcija prirodni „produžetak“ i poželjna posledica vršenja adjudikativne funkcije. Međutim, kako intencija nije da se rasprava vodi o modalitetima vršenja te funkcije u konkretnom pravnom sistemu, na ovom pitanju se neću zadržavati.

⁴⁴ *Sl. glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

⁴⁵ Pomenuti pravni stav je naveden na osnovu Spaić 2021, 30.

normativnog ishoda.⁴⁶ Stoga se razlozi koje VKS navodi u prilog svom stavu i ne odnose na jezik propisa već na ono što bi pravnici nazvali njegovim „duhom“, a donekle i „sistemom“.

Član 433 ZKP upućuje na to da bračni drug ima pravo da uloži žalbu u korist optuženog bračnog druga bez obzira na to da li je oštećen njegovim delom ili ne. I to ne spori ni VKS. Ipak, suprotno jasnom jezičkom značenju teksta zakona, Sud ustanovljava normu da supružnici koji su oštećeni delom okrivljenog nemaju pravo da ulože žalbu u korist okrivljenog, i to pozivajući se na razloge koji se tiču procesnog položaja oštećenog jer je on „na strani javnog tužioca“. Stoga je njihov pravni interes, rezonuje sud, pretežan u odnosu na njegovo pravo da izjavi žalbu u korist okrivljenog te da izjavljivanje žalbe dovodi do „mešanja procesnih uloga“. I u tom svetlu, razložno zvuči pitanje koje VKS postavlja: „Ukoliko oštećeni izjavi žalbu u korist okrivljenog, [...] da li je na taj način odustao od predloga“ ako je reč o krivičnom delu u kojem se gonjenje preuzima po predlogu, odnosno od „optužnice na osnovu koje je doneta presuda“? (Spaić 2021, 33). Rečju, doslovna primena odredbe člana 433 ZKP, u vezi s kojom je VKS zauzeo pravni stav, dovela bi do apsurdnog ishoda u slučaju kada je supružnik/ca okrivljenog u isto vreme i oštećeni/a. A to je jedna od tipičnih situacija u kojoj je važenje opšte norme „oborivo“ ustanovljenjem izuzetka.

4.2. Razlog iz prirode prava

Preskriptivni iskazi iz obrazloženja sudskih presuda, kojima sudovi dopunjuju ili „stvaraju“ pravo postaju obavezujuće pravne norme i u budućim sličnim slučajevima *samo pod uslovom* da se taj, presudom „dopunjeni“ tekst zakona ili novostvoreni opšti preskriptivni iskaz koji je „precedentni“ sud primenio prihvati i primenjuje od strane potonjih sudova u sličnim slučajevima kao autoritativno pravilo. Tek pod tim uslovom, on jednako postaje pravo kao i sam zakon kojeg dopunjava ili menja. A da li je i kako to uopšte moguće u jednom pravnom sistemu u kojem takva praksa nije

⁴⁶ Iz tog razloga Spaić taj primer koristi kako bi skrenuo pažnju na razliku između tumačenja i *konstrukcije* (Spaić 2021). Iako su njegova zapažanja u tom smislu instruktivna, na njima se neću zadržavati. Kao što sam već skrenuo pažnju, u radu se takve situacije objašnjavaju empirijskom činjenicom da su opšte pravne norme difizibilne (oborive), to jest da sudovi, u slučajevima u kojima bi njihova primena proizvela izrazito nepravilne ili apsurdne posledice, formulišu izuzetke kojima ih zaobilaze. Da li se taj proces može konceptualizovati kao konstrukcija, nije pitanje od suštinskog značaja za temu rasprave.

formalnopravno obavezujuća? Da bi se na to pitanje odgovorilo, potrebno je izložiti nekoliko široko prihvaćenih uvida savremene teorije prava o prirodi prava.

Najveći broj savremenih pravnih teoretičara i filozofa, ili barem onih pozitivističke provenijencije⁴⁷, spremno će prihvatiti „minimalističku“ tezu o prirodi prava, u čijem je središtu ideja da je pravo osobeni sistem opštih pravila čija je svrha da se ponašanje ljudi u društvu usmerava (i ocenjuje) na jednoobrazan način. Takođe, kod mnogih autora ta ideja o „legalnosti“ prava poistovećuje se ili se proširuje i na ideju vladavine prava. Time se početni stav obogaćuje vrednosnom komponentom, oličenom u predvidljivosti i izvesnosti posledica ljudskog delanja, koje proizilaze iz *ex ante* regulisanja društvenih odnosa putem opštih pravnih normi.

Iz ovog bazičnog uvida sledi da pravo, kao sistem pravila, svoju glavnu funkciju može da ostvari samo pod uslovom da se ta pravila u stvarnom životu ovaploćuju u donošenju pojedinačnih normi ujednačene sadržine, zasnovanih na važećim pravnim pravilima i kroz uspostavljene pravilnosti u ponašanju koje se tim pravilima uređuje. To znači da se u istim situacijama jedno opšte pravilo primenjuje na isti način, bilo da se ta norma primenjuje indirektno, to jest donošenjem pojedinačnih normi identičnog sadržaja, bilo da je reč o direktnoj primeni putem istovetnih materijalnih radnji. Kada se, međutim, jedna opšta norma primenjuje na različite načine u istovetnim situacijama, onda se ne ostvaruje osnovna funkcija prava – tada pravo ne usmerava ljudska ponašanja na jednoobrazan, regularan i unapred predvidljiv način. Zato puko postojanje važećih opštih normi, ili formalnih izvora prava, ako sledimo uvreženu terminologiju, nije (jedino) ono po čemu se pravni sistem razlikuje od već spominjanog sistema apsolutne diskrecije nego je to i doslednost u ujednačenoj primeni tih opštih pravnih pravila.

Na značaj dosledne i ujednačene primene prava ukazaću još u narednom, drugom delu rasprave, a na ovom mestu potrebno je naglasiti jednu „pravilnost“ koja mora da postoji kako bi uopšte nastao i postojao pravni sistem. Ona se ogleda u postojanoj primeni kriterijuma pomoću kojeg se određuju sami izvori važećih opštih pravila u konkretnom pravnom sistemu.

Ti kriterijumi za identifikovanje pravila, kao *važećih pravnih pravila* nahode se u fundamentalnoj normi koja ima oblik socijalnog pravila, koje Hart naziva pravilom priznanja. Budući da je u pitanju socijalno pravilo, ono „postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena praksa sudova,

⁴⁷ Kako ističe Metju Kremer: „praktično svaki pravni pozitivista... pripisuje pravu funkciju da usmerava ponašanje“ (Kramer 2005, 6).

zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume“ (Hart 1994, 110). To je jedna vrsta socijalne konvencije, koju sudovi i ostali zvaničnici prihvataju, to jest posmatraju je s interne tačke gledišta.⁴⁸ Dakle, postojanje pravila priznanja je pitanje činjenica, a ne stvar saglasnosti s nekim višim pravilom⁴⁹ (Hart 1994, 110).

Zbog čega je ova teorijska napomena o prirodi prava značajna u kontekstu rasprave o funkcijama sudske vlasti? Ona je važna, pre svega, zbog mogućnosti da sudska vlast vrši regulativnu funkciju čak i ako sudska praksa ili sudski precedent ne predstavljaju izvor prava prema pravilima koja su formalno važeća u skladu s pravilom priznanja. Naime, budući da je pravilo priznanja socijalno pravilo, da njegovo postojanje i sadržina zavise od prakse zvaničnika sistema, moguće je da sudovi usvoje i praktikuju pravilo prema kojem se kao obavezujuća i važeća opšta pravila u svim budućim slučajevima koji pod njih potpadaju prihvataju pravila koja se, povodom rešavanja pravnog pitanja, pojavljuju u obrazloženjima postojećih sudskih presuda.⁵⁰ I ne samo da je to moguće već se tako nešto odista i događa, to jest, ujednačenom praksom sudova uvodi se pravilo priznanja (ili jedno od pravila priznanja)⁵¹ prema kojem, primera radi, sudska vlast vrši regulativnu ili čak i ustavnosudsku funkciju.⁵² Najpoznatiji takav slučaj je pravni sistem SAD, u kojem kontrola ustavnosti zakona od strane Vrhovnog suda nije utvrđena Ustavom SAD već faktičkim prihvaćenim pravilom koje se uspostavilo nedugo nakon što je Vrhovni sud osnovan (Dajović 2010, 254, 259; Whittintgton 2015). Osim toga, u SAD postoji duga i neprekinuta debata o obaveznosti samih precedenata, odnosno vezanosti drugih grana vlasti tumačenjima zakona, a naročito ustava, koje daju sudovi. Daleko je od nesumnjive činjenice da

⁴⁸ Kada subjekti pravila posmatraju s „interne“ tačke gledišta, onda oni delaju u skladu s pravilom upravo iz razloga što postoji pravilo (up. Coleman 2001, 82).

⁴⁹ O tome opširnije u Dajović 2014, 394 i.d.

⁵⁰ U kontekstu ove rasprave, misli se, pre svega, na kanonizovane oblike preskriptivnih iskaza u formi opštih pravila koja se nalaze u obrazloženjima sudskih presuda i nastaju ili u procesu tumačenja ili u procesu sudske diskrecije kojom se popunjavaju praznine, a na osnovu kojih se rešava pravno pitanje u konkretnom sporu.

⁵¹ I sam Hart i potonji komentatori nisu govorili o pravilu priznanja isključivo u jednini. Ipak, Hart je insistirao na jednom od tih pravila kao najvišem i krajnjem. Bejlis, s druge strane, ukazuje na to da empirijski nije uvek tako i da je moguće da se pojavi više kriterijuma važenja koje primenjuju različiti državni organi. Naravno, ukoliko ne postoji jedan krajnji i najviši standard već mnoštvo ravnopravnih, to oslabljuje sistemski karakter prava (up. Bayles 1992, 80–81), ali ga u svakom slučaju ne negira. Dobar primer su SAD, u kojima postoji velika teorijska debata, ali i praktična politička borba oko organa koji su merodavni da tumače ustav (up. Rosenfeld 1993; Merrill 1993). O tome će biti više reči u pododeljku 4.1.

⁵² O tome opširnije u Dajović 2010.

su pravila iz precedenata obavezujuća na isti način na koji su to zakonska ili uredbodavna pravila. Ipak, regulativna vlast američkih sudova postoji (postojće) i u slučaju kada je ograničena i na samu sudsku vlast.

Pošto se iz prethodnih redova vidi u kojoj meri je vršenje regulativne funkcije sudstva u SAD instruktivno i korisno za razumevanje regulativne funkcije sudske vlasti uopšte, u narednom odeljku ću, u najkraćem, opisati način na koji sudovi u Americi vrše tu funkciju.

5. REGULATIVNA FUNKCIJA SUDSKE VLASTI – ANGLOSAKSONSKI SISTEM PRECEDENATA, PRIMER SAD

5.1. Doktrina *stare decisis*

U kontinentalnim pravnim sistemima sudske presude, po pravilu⁵³, nisu formalno, izričito priznate kao izvor prava, a to najčešće nisu ni prema praktikovanom pravilu priznanja. Stoga se pouzdaniji empirijski uvid u vršenje regulativne funkcije sudske vlasti može steći ako se osmotri kako je sudovi vrše u Americi, kao tipičnom izdanku anglosaksonskog pravnog sistema, u kojem je značajan deo važećeg prava sudski stvoreno pravo ili takozvani *common law*. Međutim, u ovom odeljku se neću baviti specifičnostima samog *common law* iz dva razloga. Najpre, ono je odviše specifično i, s obzirom na temu rasprave, nema potrebe zalaziti u detaljnije objašnjenje njegovog nastanka i funkcionisanja. I drugo, za ovu raspravu je od prevashodnog značaja ideja koja mu je dala trajnost i čvrstinu – doktrina precedenata ili doktrina *stare decisis*. Zbog toga je interesantnije ispitati način na koji ta doktrina funkcioniše u anglosaksonskom sistemu u celini jer se njena primena odavno proširila izvan granica samog *common law*, te „utisnula“ i u tumačenje i primenu pisanog prava (ustava i zakona) od strane sudske vlasti.⁵⁴

⁵³ U novije vreme u istočnoj i centralnoj Evropi javljaju se izuzeci od tog pravila. U tom smislu, Spaić navodi slučaj organskog zakona o sudovima u Gruziji, prema kojem su „tumačenja Velikog veća Vrhovnog suda obavezna za sudove svih instanci“, ili Zakona o sudovima Litvanije, kojim se proširuje obavezujuće dejstvo interpretativnih precedenata najvišeg suda jer se izričito određuje da će „država i druge institucije, kao i druga lica, primenjivati tumačenja zakona i uredbi koja su sadržane u odlukama i presudama Vrhovnog upravnog suda koji primenjuje (te) iste zakone i uredbe“ (Spaić 2018, 37).

⁵⁴ U Americi inače generalno traje debata „about the role that the common law tradition should play in statutory interpretation. On one side, commentators and jurists including the late Justice Scalia argue that when judges sit as interpret-

Precedent se obično definiše kao „presuđen slučaj koji pruža osnov za odlučivanje u kasnijim slučajevima koji uključuju slične činjenice ili (pravna) pitanja. Precedenti se dele na obavezujuće, koje sud ‘mora’ slediti, i persuazivne, koje je ovlašćen da uzme u obzir i pažljivo razmotri“ (Black’s Law Dictionary 2004, 3728).

Praktikovanje ovih drugih, takozvanih persuazivnih precedenata nema nikakve posledice po eventualno vršenje regulativne funkcije sudova. Sudovi će se, primera radi, u konkretnom slučaju pozvati na neku prethodnu odluku da bi argumentovali u prilog (ili protiv) značenja određenog termina u pravnom propisu koji tumače, ali nisu obavezni da u svojoj presudi tom terminu na kraju pripišu „precedentno“ značenje (Lindquist, Cross 2005, 1162; Salmond 1966, 145). Ukoliko korišćenjem drugih interpretativnih argumenata zaključe da pravnom tekstu treba pripisati drugačije značenje, oni su slobodni da to učine. Rečju, persuazivni precedenti se koriste ravnopravno s drugim interpretativnim argumentima. Oni unapred ne mogu da eliminišu iz argumentacije i rasuđivanja suda ostale interpretativne argumente. Stoga, oni u konačnici ponekad bivaju njima nadjačani.

Stvari stoje sasvim drugačije s prvom vrstom precedenata. Naime, sud ima dužnost da primeni obavezujući precedent. Pravilo prema kojem se sudovi pridržavaju sudskih precedenata se izražava u takozvanoj doktrini *stare decisis* (lat. ostati pri odluci). Smisao te doktrine je da, ako je o nekom pravnom pitanju već doneta zvanična odluka (najčešće su o odluke najviših sudova), odnosno ukoliko je o njemu nadležni sud odlučio u slučaju u kojem se ono postavilo kao sporno, to pitanje taj isti ili neki drugi sud iste jurisdikcije više neće posmatrati kao sporno „osim ako za to ne postoje prešni razlozi u izuzetnim slučajevima“ (Black’s Law Dictionary 2004, 4403).

Ograničenje koje nameće precedent, u skladu s doktrinom *stare decisis*, odnosi se na obavezu svakog nižeg ili istog suda ili suda istoga ranga da odluči na isti način o pravnom pitanju o kojem je precedentni sud već odlučivao, i to čak i u slučaju kada sud koji odlučuje u aktuelnom slučaju smatra da je prethodna odluka pogrešna. Rečju, postoji obaveza suda da donese odluku s kojom se možda suštinski ne slaže samo zato što postoji precedent (Schauer 2012, 126).

ers of statutes they should shed their common law mantles, take a back seat, and acknowledge the primacy of the legislature“. S druge strane, autori poput Eskridža ili sudije Kalabrezija „argue that embedding statutory interpretation into a larger framework that includes common law reasoning creates a balance between stability and dynamism that is appropriate for judicial decision-making“ (o tome opširnije u Solan 2016, 1170).

Prema tome, u pravnom sistemu koji prihvata doktrinu *stare decisis* od sudija se očekuje da slede prethodne odluke svojih kolega samo zato što su one *prethodne*.⁵⁵ Budući da je savremena sudska vlast organizovana hijerarhijski, prethodne odluke koje se slede mogu biti odluke višeg suda u odnosu na sud koji odlučuje i to su takozvani *vertikalni* precedenti. Kod takvih odluka, niži sud je dužan da, kada je reč o rešenju pravnog pitanja, u sličnim slučajevima sledi presude višeg suda. Ipak, u takvim slučajevima dužnost nižih sudova *praktično* proizilazi iz načela hijerarhije, a ne prevashodno iz principa temporalnog prvenstva precedenta. I premda ta hijerarhijska podređenost nije istovetna onoj koja, primera radi, postoji u vojsci, u kojoj niži oficir bespogovorno izvršava naredbe višeg oficira, ipak je zbog mogućnosti da presude nižih sudova kontrolišu viši, ona prisutna i efektivna.

S druge strane, postoje i takozvani *horizontalni* precedenti, kod kojih jedan sud sledi odluke drugog suda istog stepena ili isti sud sledi sopstvene prethodne odluke *samo zato što su prethodne*. Horizontalni precedent⁵⁶ je paradigmatičan slučaj primene doktrine *stare decisis*. Budući da obaveznost vertikalnog precedenta ne proističe nužno iz temporalnog prvenstva već i iz prudencijalnih razloga nižeg suda, jer je hijerarhijski podređen „precedentnom“ sudu, mnogo je veći interes, teorijski i praktični, objasniti horizontalne precedente.

Konačno, iako u anglosaksonskom sistemu precedenti imaju status formalnog izvora prava, u SAD se vode oštre debate o domašaju opštih normi koje sudovi stvaraju putem precedenata, odnosno o tome da li odluke sudova koje sadrže opšte norme (ili principe) obavezuju druge državne organe. Postojanje tog spora već sam nagovestio na kraju prethodnog odeljka. Glavna tačka sporenja je da li je, pre svega, egzekutiva obavezna da sledi dopune i tumačenja prava koja se nalaze u obrazloženjima presuda, kao što je obavezna (kao i svi drugi) da poštuje samu sudsku presudu, to jest, kako bismo kod nas rekli, njenu izreku.⁵⁷

⁵⁵ Kao što Šauer konstatuje, praksa da se prilikom odlučivanja sledi obrazac odluka koje su u sličnoj situaciji doneli prethodni donosioci odluka, postoji u svakom domenu odlučivanja, ali je posebno karakteristična za pravo (up. Schauer 2012, 123).

⁵⁶ „Vremenski prioritet je, sam po sebi, dovoljan osnov za autoritativnost horizontalnog precedenta“ (Schauer, 2012, 124).

⁵⁷ „Kontroverze oko obavezujućeg dejstva tumačenja Ustava od strane Vrhovnog suda rasplamsale su se oko nekoliko kritičnih događaja u istoriji (SAD)... Nakon odluke Suda u predmetu *Dred Scott v. Sandford*, da Kongres nema (ustavno) ovlašćenje da ukine ropstvo u državama-članicama, Abraham Linkoln je zauzeo

To pitanje je, u stvari, sporno od samih početaka sudske kontrole ustavnosti u SAD jer se ni u čuvenom slučaju *Marbury*⁵⁸ ne rešava da li je stav koji je sud u obrazloženju izneo obavezujući za druge federalne organe vlasti. Naime, čuveni pasaż iz presude „[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is“ ne znači, sam po sebi, da sudsko tumačenje i obrazlaganje prava obavezuje druge grane vlasti.

U slučaju *Marbury*, kako ističe Meril, utvrđeno je jedino da sudovi nisu vezani shvatanjima Kongresa o značenju Ustava. Tom presudom je samo ustanovljeno da sudovi moraju, nezavisno od drugih grana vlasti, da tumače pravo prilikom odlučivanja u konkretnim slučajevima. Ali nije utvrđeno da li je sudsko tumačenje, kada je jednom definitivno uspostavljeno, obavezujuće za ostale grane vlasti.⁵⁹ Drugim rečima, slučaj *Marbury* uspostavlja (samo) autonomiju sudskog tumačenja (Merrill 1993, 51).⁶⁰

stav... da (ta) odluka ne može poslužiti kao ‘političko pravilo’ koje reguliše postupke članova Kongresa i predsednika u razmatranju budućeg zakonodavstva“ (Merrill 1993, 47).

⁵⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵⁹ Ako je situacija s domašajem sudskih presuda u SAD tako kontroverzna kao što je upravo opisano, to je još jedan razlog zbog kojeg je sudsko stvaranje prava neprikladno nazvati zakonodavnom funkcijom, budući da obaveznost sudski stvorenog prava nije (uvek i nužno) ista kao i obavezujuća snaga zakona.

⁶⁰ O ovome opširnije u člancima Rosenfeld 1993 i Merrill 1993. Ipak, sva ta pitanja su kontekstualno previše specifična da bi se njima dalje opterećivao tekst. Valja istaći da se rasprave o obaveznosti sudskih presuda i u anglosakskom sistemu kontinuirano vode, to jest da se ona u praksi ne podrazumeva uvek kao univerzalna. U tom pravcu čini mi se da je kuriozitet rešenje koje vrlo dugo postoji u domaćem zakonodavstvu, u Zakonu o upravnim sporovima. Prema tom rešenju, ukoliko umesto upravnog akta *koji je sud poništio u upravnom sporu*, treba doneti drugi, nadležni organ je prilikom njegovog donošenja „vezan pravnim shvatanjem suda“ (ZUS, *Službeni glasnik RS* 111/2009, čl. 69). Nadalje, Zakonom je takođe propisano da će, ukoliko se organ uprave, prilikom donošenja novog akta, ogluši o to shvatanje a tužilac ponovo podnese tužbu, sud poništiti osporeni akt i sam rešiti upravnu stvar presudom. Jasno je da takva zakonska odredba i formalno otvara prostor da upravni sud vrši regulativnu funkciju u odnosu na upravu. S druge strane, takva mogućnost je drugim procesnim zakonima formalno „zatvorena“ unutar same sudske vlasti, to jest kada je reč o sudovima različitog stepena. Primera radi, Zakonikom o krivičnom postupku (*Sl. glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014) propisano je da je „prvostepeni sud je dužan da izvede sve procesne radnje i raspravi sva sporna pitanja na koja je ukazao drugostepeni sud u svojoj odluci“ (čl. 462, st. 3 ZKP). Dakle, ni spomena o „vezanosti pravnim shvatanjem“ drugostepenog suda, što je rešenje koje belodano ukazuje na nepostojanje formalne snage sudskih odluka, kao izvora prava, u okviru same sudske vlasti.

5.2. Koji deo presude predstavlja precedent?

U anglosaksonskoj pravnoj teoriji jedno od centralnih pitanja teorije o precedentima jeste kako se on identifikuje. Budući da je, shodno doktrini *stare decisis*, precedent izvor prava u anglosaksonskim sistemima, takav teorijski tretman tog pitanja je sasvim razumljiv. Međutim, pošto je tema ove rasprave da se odredi potencijalni obim regulativne funkcije sudske vlasti generalno, nije neophodno da se zalazi u detalje tih debata. Stoga ću se osvrnuti samo na nekoliko najopštijih napomena, s naglaskom na momente koji su od značaja za glavnu temu.

U *common law* tradiciji smatra se da je precedent deo presude koji sadrži *opšte pravilo ili princip* koji se nalazi u obrazloženju presude. Može se reći da je konceptualna nužnost doktrine *stare decisis* da precedent bude deo presude koji sadrži „generalizacije“, poopštene iskaze. Jer, precedentom se može nazvati samo nešto opšte, što može da reguliše i utiče na buduće slučajeve. Taj deo precedentne presude naziva se *ratio decidendi* ili još i *holding*. Kao što već sami izrazi sugerišu, reč je o razlogu (u vidu apstraktnog pravila ili standarda, a prema mišljenju nekih autora, i principa) koji je opredelio sud da donese presudu kakvu je doneo i koji se ne bi mogao ukloniti iz obrazloženja a da presuda ostane takva kakva jeste (Salmond 1966, 191; Solan 2016, 1230; Cross, Harris 1991; Sunstein 1996, 71). Ostatak obrazloženja naziva se *obiter dicta*.

Sam *ratio decidendi* može biti jasno i određeno pravilo ili opštiji i rastegljiviji standard. Kada je *ratio* u obliku kanonizovanog pravila, tada je i manevarski prostor potonjih sudova uži, a (oba)vezanost budućih sudova precedentom slična kao što je i (oba)vezanost jasnim zakonskim pravilom. S druge strane, ako je formulacija *holding*-a u obliku standarda koji je neodređen, onda konačan ishod budućih slučajeva nije unapred jasno diktiran takvom vrstom precedentu već se taj standard, kao uostalom i svaki standard iz drugih izvora prava, primenjuje u skladu s okolnostima konkretnog slučaja (Lindquist, Cross 2005, 1163).

Budući da je tema rasprave mogućnost i poželjnost regulativne funkcije sudske vlasti *uopšte*, pozabaviću se detaljnije samo teorijom prema kojoj su precedenti pravila, jer je ta situacija „čist“, tipičan primer funkcionisanja doktrine precedentu.⁶¹ Prema teoriji precedentu kao pravila (Alexander,

⁶¹ Prema teoriji po kojoj su precedenti principi, koji su relativno neodređeni i koji se mogu odmeravati s drugim principima (precedentima), prvo, oni ne vezuju potonje sudove na način kako to čine precedenti kao pravila i, drugo, proces odlučivanja

Sherwin 2001, 136–56), precedent je pravilo na isti način kao što su to pisana zakonska pravila. To znači da se reči iz obrazloženja koje precedentni sud koristi da bi utvrdio *holding* „uzimaju ozbiljno“. A to opet znači da je domašaj precedenta (to jest, njegova obavezujuća snaga u konkretnim slučajevima) određen autoritativnim rečima koje je precedentni sud upotrebio da bi formulisao precedentno pravilo (Schauer 2012, 129–30).

Tipičan primer takvog precedenta je ono što Buligin naziva definicionom sentencom (Bulygin 2015, 77–78), a Troper interpretativnim precedentom (Troper, Grzegorzcyk 1997, 126). Reč je o precedentu kojim se tumače izrazi i pojmovi iz nekog opšteg pravnog akta, koji se primenjuje u precedentnom slučaju, a koji se potom koristi kao pravilo na kojem se zasnivaju odluke sudova o značenju tih izraza i pojmova, kada se oni pojavljuju u istom ili sličnom pravnom aktu koji se tumači i primenjuje u potonjim slučajevima. Primera radi, u poznatom slučaju *Smith v. US*,⁶² Vrhovni sud SAD je tumačio značenje izraza „use of firearms“ („korišćenje oružja“) iz američkog federalnog krivičnog zakonika u kontekstu krivičnog dela trgovine drogom. Sud je u tom slučaju doneo odluku da izraz „korišćenje oružja“ obuhvata i upotrebu oružja kao sredstva razmene za drogu. Nakon te presude, takvo tumačenje Vrhovnog suda postalo je kanonizovano pravilo⁶³, u smislu norme-definicije, i za sve potonje slične slučajeve u kojima se primenjuje pomenuti propis.

Međutim, model precedenata kao pravila ne zavisi nužno od sudske „promulgacije“ pravila u kanonizovanoj formi. Zapravo, iako u praksi američkog Vrhovnog suda, to jest u obrazloženjima njegovih presuda, postoje takvi slučajevi (na primer, čuveni slučaj *Miranda v. Arizona*, poznat iz mnogih holivudskih filmova, koji se odnosi na način na koji se uhapšeni obaveštava o svojim pravima), ne mogu se uvek naći pravila u njihovoj kanonizovanoj formi. Razlog za to je tradicija pravosuđa izraslog na praksi *common law*. U

zasnovan na principima notorno je „neuhvatljiv“. Stoga neki autori smatraju da ta teorija u sebi objedinjuje najgore strane dve osnovne vrste odlučivanja u praktičkom diskursu: odlučivanje na osnovu autoritativnih pravila i odlučivanje na osnovu svih razloga koji dolaze u obzir (Alexander, Sherwin 2004, 17).

⁶² *Smith v. United States* (91–8674), 508 U.S. 223 (1993).

⁶³ Kanonizovana forma pravila je „Ako Č (činjenice č1, č2...) onda P (pravna posledica, obaveza ili ovlašćenje)“. Da bi preskriptivni iskaz iz presude mogao da se posmatra ili pretvori u kanonizovano opšte pravilo, mora da ispuni određene uslove. „...[R]ule must be general, covering a range of future cases. It must also be determinate enough to be applied without direct consideration of the questions it was designed to settle“ (Alexander, Sherwin 2001, 20). „For a precept to conform to the essential form of a rule, it must be at least minimally prescriptive, minimally general, definite, and complete“ (Summers 1996/7, 1173 i.d.).

sistemu *common law* sudovi nisu bili skloni da otvoreno stvaraju pravo⁶⁴, formulišući razloge za presudu u kanonizovanoj formi opšteg pravila, već tipično obrazloženje njihove presude sadrži opis činjeničnog stanja, argumente koje su stranke izložile, objašnjenje suda o načinu na koji je rasuđivao prilikom rešavanja pravnog pitanja, referisanje na prethodne slične slučajeve i odluke koje su u njima donošene. I premda se u takvim presudama radi o *implicitnim* a ne o eksplicitnim pravilima (Landes, Posner 1976, 249), ukoliko iz svih elemenata obrazloženja koji su pomenuti, s racionalnim nivoom pouzdanosti, može da se izluči pravilo koje se da preformulisati u kanonizovanu formu, onda se može reći da u presudi postoji *precedentno* pravilo.

Uz to, prema mišljenju Aleksandera, da bi se implicitno pravilo moglo priznati kao precedentno pravilo, njega sam precedentni sud mora shvatiti kao pravilo pravnog sistema koje će regulisati buduće slučajeve na način kako to pravila inače čine. Pravilo koje potonji sud smatra implicitnim, ali ga prethodni sudovi nisu tako razumeli, nije precedentno pravilo.

I drugo, pravila moraju propisati jasne ishode. Stoga, da bi se implicitno pravilo kvalifikovalo kao precedentno, sud koji ga je doneo mora ga shvatiti kao *pravilo* koje pruža odgovor u svim sporovima koje obuhvata, a ne samo kao princip koji treba vagati u odnosu na druge razloge za donošenje odluke (Alexander, Sherwin 2001, 21).

6. DODATAK: BELEŠKA O USTAVNOM SUDSTVU

U kontinentalnim pravnim sistemima, u 20. veku, formirani su specijalizovani sudski organi koji su postali nadležni za kontrolu ustavnosti zakona i drugih propisa niže pravne snage. Ti organi, bez obzira na njihov naziv (ustavni sudovi, ustavni saveti itd.) imali su ovlašćenje, istina ne u istom obimu uvek i svuda, da iz pravnog sistema svojim odlukama „uklone“ neustavne zakone i druge opšte akte, i to u postupku ocene apstraktne ustavnosti koji nije vezivan za nastanak bilo kakvog konkretnog spora.

I dok je takva vrsta kontrole ustavnosti u Americi (i nekim drugim državama) ostala u rukama redovnih sudova, koji se njome bave kada vrše svoju adjudikativnu funkciju, u evropskim zemljama kontrolu ustavnosti počeli su da vrše posebni organi, i to na apstraktan način, bez veze s

⁶⁴ „Unlike enacted law... the rules associated with judicial precedent (in common law) generally have no ‘canonical formulation’, (Perry 1987, 241).

konkretnim sporom. Posledica takvog institucionalnog rešenja bila je da su se pojavili „sudski“ organi koji su imali ograničenu (negativnu) zakonodavnu funkciju jer su svojim odlukama i tumačenjima ustava mogli da utiču na (ne)postojanje važećeg prava. Ta zakonodavna funkcija nije bila vezana za adjudikativnu već je postala samostalna i nezavisno organizovana. Dakle, kada ustavni sudovi postupaju u domenu ustavne kontrole, oni nisu sudska već zakonodavna (preciznije, negativno zakonodavna) vlast u funkcionalnom smislu. Pojedini autori smatraju da je takva funkcija ustavnog sudstva na tragu ideja o podeli vlasti jer se na taj način zakonodavna vlast deli između predstavničkog tela i jednog stručnog, parasudskog organa (Troper 2013, par. 49).

Osim toga, sudska kontrola ustavnosti podrazumeva da sud ne vrši (samo) negativnu zakonodavnu funkciju. Naime, institucionalna uloga organa ustavne kontrole ne podrazumeva samo da sud primenjuju ustav nego da ga on svojim odlukama i „menja“, to jest dopunjava. I to je tako, bez obzira na konkretan institucionalni oblik te kontrole, jer sama priroda ustavnog tumačenja to iziskuje (Raz 2009, 361 i.d.).⁶⁵ U tom smislu, ustavni sudovi vrše i ograničenu ustavotvornu ili, možda preciznije, ustavnorevizijsku funkciju.

Budući da u sistemu u kojem kontrolu ustavnosti obavlja ustavni sud redovni sudovi, *po pravilu*, ne sude direktno na osnovu ustava⁶⁶, kada se govori o sudskoj vlasti, jasno je da ona (u organskom smislu) ne obuhvata ustavno sudstvo niti tumačenje i primenu ustava u konkretnim sporovima (u funkcionalnom smislu). Stoga vlast ustavnog sudstva, odnosno funkcija

⁶⁵ Up. Raz 2009, 361 i.d. „Any constitution that provides for authoritative adjudications regarding its own application cannot but be to some extent a living constitution; ie cannot but contain less law at its inception than it comes to contain later“ (Gardner 2012, 122).

⁶⁶ Kod nas se tumačenjem ustava bavi poglavito ustavni sud, uprkos izričitoj i već pominjanoj odredbi Ustava da sudovi „sude na osnovu *Ustava*, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora“ (čl. 142, st. 2 Ustava RS). Nije mi poznata nijedna presuda bilo kojeg redovnog suda u Srbiji koja je doneta direktno na osnovu Ustava, a da je merodavni zakon u tom slučaju, prema tumačenju suda, ocenjen kao suprotan Ustavu. No, u drugim sistemima s isto ili slično organizovanom kontrolom ustavnosti može da se razvija i takva praksa, u okviru procesa koji italijanski teoretičar Gvastini naziva „poustavljenjem pravnog poretka“. Ipak, i u okviru prakse „poustavljenja“, odlučivanje redovnih sudova direktno na osnovu ustava, a suprotno merodavnim aktima niže pravne snage relativno je sporadično u odnosu na druge vidove prakse „poustavljenja“. O začecima prakse „poustavljenja“ u susednoj Hrvatskoj up. Burazin, Gardašević, Krešić 2021. Zahvaljujem se jednom od recenzenata što mi je skrenuo pažnju na ovu praksu.

kontrole ustavnosti koju ona vrši, nije od primarnog značaja za temu rasprave. Ipak, radi ilustracije glavne poente, opisao slučaj u kojem Ustavni sud Srbije (USS) *vršeći adjudikativnu funkciju u slučaju spora po ustavnoj žalbi* u isto vreme vrši i regulativnu funkciju. U takvim slučajevima on čini upravo ono što tvrdim da može da čini i svaka „redovna“ sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu.⁶⁷

Reč je o odluci kojom je utvrđena povreda prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti iz člana 23 Ustava RS i prava na poštovanje privatnog života zajemčenog članom 8 Evropske konvencije.⁶⁸ U pitanju je slučaj u kojem je matičar iz jedne opštine u Srbiji odbio da izvrši upis u matične knjige promenu pola podnosioca ustavne žalbe zbog stvarne nenadležnosti. U izreci odluke, USS je utvrdio „da su organi iz člana 6. st. 2. i 4. Zakona o matičnim knjigama stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu“. Sud je rezonovao da, iako upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih nije izričito regulisan Zakonom o matičnim knjigama, odredbe tog Zakona „treba tumačiti na način da se i upis promene podataka o polu može izvršiti analognom primenom zakonskih odredaba koje uređuju upis činjenice rođenja i svih ostalih podataka, uključujući i pol, koji se u matičnu knjigu upisuje za lice rođeno u zdravstvenoj ustanovi“.

I ne samo da je USS utvrdio povredu ljudskog prava i u izreci (a delom i u obrazloženju) utvrdio *pravilo* prema kojem su matičari „nadležni“ da vrše upis promene podataka o polu u matičnim knjigama na osnovu zahteva koji je snabdeven odgovarajućim medicinskim potvrđama o izvršenoj promeni već je otišao i korak dalje. U obrazloženju presude, USS je ocenio da „do zakonskog regulisanja prava na promenu pola, *ovu odluku valja primenjivati i na druga lica koja bi se našla u istoj pravnoj situaciji*, pa se tako ova odluka odnosi i na ta lica, a ne samo na podnosioca žalbe“. Shodno tome, USS je odlučio i da odluku dostavi nadležnom Ministarstvu kako bi sa svojim stavom „upoznao prvostepene organe koji rešavaju u upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga“.

⁶⁷ Na ovom mestu treba raščistiti jednu moguću nejasnoću. Ustavni sud može vršiti regulativnu funkciju prilikom apstraktne kontrole ustavnosti određenog zakona. On to čini uvek kada samo jedno od mogućih značenja pojedinih zakonskih odredaba u svojoj odluci označi kao ono koje je saglasno s ustavnim normama ili principima. Na taj način, nesporno je da Ustavni sud stvara ili dopunjava postojeće pravo (za slučajeve u kojima je to učinio, primera radi, Ustavni sud Hrvatske, up. Burazin, Gardašević, Krešić 2021, 234–237). Međutim, prvi slučaj iz prakse USS koji će biti opisan ne predstavlja takvo vršenje regulativne vlasti već je bliži onome što (mogu da) čine redovni sudovi, budući da u njemu Ustavni sud ne vrši apstraktnu kontrolu ustavnosti već rešava pojedinačni spor po ustavnoj žalbi, dakle, vrši adjudikativnu funkciju.

⁶⁸ Predmet UŽ-3238/2011 od 8. 3. 2012.

Zanimljivo je da je USS taj stav zasnovao na članu Zakona⁶⁹ koji govori o otklanjanju štetnih posledica do kojih je došlo zbog ožalbenog akta (čl. 89, st. 2). Međutim, meni se čini da primereniji pravni osnov za takav stav postoji u članu 87 istog zakona, u kojem izričito stoji da se u slučaju povrede Ustavom zajemčenog ljudskog ili manjinskog prava više lica nekim pojedinačnim aktom, od kojih su samo neka podnela ustavnu žalbu, „odluka Ustavnog suda odnosi i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji“. Taj član Zakona naglašavam iz razloga što se njime izričito i jasno u našem pravnom poretku priznaje obaveznost određenih odluka USS i mimo strana u sporu po ustavnoj žalbi. Istina, u pitanju nisu odluke sudske vlasti, jer Ustavni sud to nije, ali jesu odluke parasudskog organa koji na taj način može da vrši regulativnu funkciju, prilikom vršenja adjudikativne funkcije. A upravo se iz pomenutog primera vidi da USS upravo tako i postupa.

Konačno, pomenuću još jednu odluku USS koja je od *indirektnog* značaja za vršenje regulativne funkcije, budući da ona ilustruje kolika je važnost institucionalnog modela podele vlasti u kojem je vršenje takve funkcije od strane sudske vlasti jedino poželjno. U proleće 2020. godine, predsednik Republike je, uz sasluženje predsednicā vlade i Narodne Skupštine, doneo Odluku o proglašenju vanrednog stanja. Nakon toga, Ustavnom sudu su upućene brojne inicijative za ocenu ustavnosti dotične Odluke. USS je te inicijative rešenjem⁷⁰ odbacio, tvrdeći da nema osnova za pokretanje postupka. Međutim, iako ih je odbacio, USS se upustio u ekstenzivno razmatranje činjeničnih i pravnih pitanja u vezi s pomenutom Odlukom. Na ovom mestu ću ukazati samo na „odgovor“ USS na jednu od primedaba iz inicijativa, onu koja dovodi u pitanje opravdanost postupka troje zvaničnika da od Narodne skupštine preuzme nadležnost za donošenje Odluke.

Naime, iako je donošenje takve odluke primarno nadležnost Narodne skupštine, javnosti je saopštena tvrdnja da ona ne može da se sastane. USS je, međutim, ustvrdio da se ne bavi činjeničnim pitanjima i da je predsednica Narodne skupštine iskoristila poslovničko ovlašćenje i obavestila predsednicu Vlade i predsednika Republike da Narodna skupština ne može da se sastane, te da je na taj način ispunjen Ustavom postavljen uslov da nadležnost za donošenje odluke o proglašenju vanrednog stanja mogu preuzeti troje navedenih funkcionera. Za USS u pomenutom „obaveštenju“ nije bilo ničeg spornog, uprkos tome što je tvrdnja iz obaveštenja predsednice Skupštine bila očigledna neistina jer je Skupština faktički mogla da zaseda, kao što su, uostalom, u to vreme zasedali parlamenti svih evropskih zemalja. Uprkos tome, USS u svom rešenju „rezonuje“ da je „pitanje (ne)mogućnosti da se

⁶⁹ Zakon o ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* 109/07.

⁷⁰ Br. Iuo-42/2020 od 22. 5. 2020 (*Službeni glasnik RS* 77/2020).

Narodna skupština sastane, faktičko, a ne pravno pitanje⁷¹... i da Ustavni sud ne može da ocenjuje organizacione mogućnosti Narodne skupštine da se sastane bez odlaganja u uslovima postojanja opasnosti po život i zdravlje ljudi. Stoga, Ustavni sud nema ustavno, niti drugo pravno 'merilo' na osnovu kojeg bi *mogao dovesti u pitanje* obaveštenje predsednika Narodne skupštine da parlament nije bio u mogućnosti da se sastane". Osim što, dodao bih, ima „ustavno merilo“ koje se nalazi u osnovnim načelima Ustava, a zove se „podela vlasti“. No, čini se da je za Ustavni sud poslovnička odredba bila jača i od tog merila i od notornih činjenica.

Kao što sam prethodno objasnio, osnovni princip svakog stvarnog ustava je podela vlasti. Odlukom o proglašenju vanrednog stanja aktuelni režim je taj princip belodano prekršio. Rešenjem da ustavnost takve odluke ne „razmatra“ i iznetom „argumentacijom“, „čuvar ustava“ nije zaštitio taj osnovni konstitucionalni princip zarad političkog rezona i volju kršitelja Ustava, pretpostavio je samom Ustavu i njegovom temeljnom principu (opširnije o tome vid. Dajović 2020). Zato ta odluka USS ilustruje koliko je za vršenje bilo koje funkcije (para)sudske vlasti važan institucionalni pejzaž u kojem se one vrše. Kada (para)sudski organ nije institucionalno i faktički nezavisan i samostalan, kao što je to slučaj u Srbiji s Ustavnim sudom, onda je preuzimanje regulativne funkcije od strane takvog organa pogubno za podelu vlasti, shodno tome, i za slobode i prava građana. Jer, ne treba imati naročitu imaginaciju da bi se zamislilo, kako u nekoj narednoj pandemiji, drugoj javnoj opasnosti ili čak u svakoj situaciji u kojoj predsednik Narodne skupštine konstatuje da Skupština ne može da se sastane, pa njene nadležnosti preuzmu drugi organi, Ustavni sud, sledeći doktrinu *stare decisis*, nalazi da nema osnova čak ni da pokrene postupak ocene ustavnosti takvih akata. Rečju, primena doktrine precedenata u takvom slučaju izvrgava se u svoju suprotnost: umesto da ojača sudstvo, kao treću, nezavisnu i samostalnu granu vlasti, koja je osnovna brana neustavnom širenju moći drugih grana vlasti, ona ga čini potpornim stubom te moći.

7. ZAKLJUČAK

U savremenim pravnim sistemima položaj sudske vlasti je određen unutar konstitucionalizovanog modela podela vlasti, kao nezavisan i samostalan u odnosu na druge dve grane vlasti. S druge strane, shodno ideji podela

⁷¹ Samo nekoliko pasusa pre u svom rešenju, „iako ne sudi činjenicama i na osnovu činjenica“, USS upravo to čini kada ustvrđuje da je ispunjen ustavni uslov proglašenja vanrednog stanja, ocenjujući „da bi se zarazna bolest COVID-19 mogla smatrati javnom opasnošću koja ugrožava opstanak države ili građana, u smislu člana 200. stava 1 (Ustava)“.

vlasti, sudska vlast vrši adjudikativnu funkciju, primenjujući važeće opšte pravne akte koje donosi druga vlast, poglavito zakonodavna. Međutim, kako „opšta pravila ne rešavaju pojedinačne slučajeve“ jer su zakoni po svojoj prirodi, nužno, nedovršeni, sudska vlast, prilikom rešavanja nekih („teških“) slučajeva izgleda kao da dopunjuje ili stvara pravo. Kažem „izgleda“ jer da li će njene dopune ili kreacije opštih pravila i standarda, koje su sadržane u obrazloženjima presuda u „teškim“ slučajevima postati obavezujuće za sve naredne slične slučajeve, ne zavisi *nužno* od toga da li su one *formalno priznate* kao izvor prava. Štaviše, u kontinentalnim pravnim sistemima, po pravilu, nije *izričito* propisano ovlašćenje (bilo kog) suda da, obrazloženjima svojih presuda, stvara obavezujuće opšte pravne norme.⁷² Međutim, u raspravi je iznet argument (3.2) da to „ovlašćenje“ *može* da proistekne iz konvencije, to jest iz usaglašene prakse sudskih zvaničnika.

Kada je reč o regulativnoj funkciji sudske vlasti, na osnovu analize anglosaksonskog sistema precedenata, pažnja je usmerena ka horizontalnom precedentu, kao paradigmatičnoj „inkarnaciji“ te funkcije, budući da se pošlo od pretpostavke da vertikalni precedent funkcioniše u svakom uređenom pravosudnom sistemu. Razlog za to je jednostavan: ukoliko sudije pravila iz presuda viših i najvišeg suda ne bi uzimali kao obavezujuće nego samo kao razloge koje uzimaju u obzir prilikom presuđivanja, ali koji mogu biti nadjačani drugim razlozima, onda bi samo funkcionisanje pravosuđa moglo da bude ozbiljno ugroženo (Merrill 1993, 44,71). S druge strane, kada je reč o horizontalnom precedentu, konvencija u pravcu poštovanja doktrine *stare decisis*, koju bi sudije i sudovi prihvatili, može da ograničava obavezujuće dejstvo sudski stvorenih opštih pravila samo na sudove. A da li će i pod kojim uslovima to dejstvo postaje *erga omnes* (u odnosu na druge grane državne vlasti), posebno je i kontekstualno uslovljeno pitanje koje se u raspravi ne razmatra.

Najzad, kao što je na samom početku rečeno, u raspravi se iznose dve osnovne teze: prva, da sudska vlast, konceptualno posmatrano, *može* da vrši regulativnu funkciju i u pravnom sistemu u kojem joj ona nije formalno dodeljena i, druga, da postoje jaki normativni razlozi zbog kojih ona *treba* da je vrši. Pošto je prvo pitanje dovoljno pretreseno, u drugom nastavku rasprave, pozabaviću se pitanjem zbog čega sudska vlast *treba* da vrši regulativnu funkciju, da bih potom skicirao jedan mogući model vršenja takve funkcije u savremenom pravnom sistemu.

⁷² Raz navodi da takvo *izričito* ovlašćenje ne postoji ni u anglosaksonskom sistemu (Raz 2009, 278). O tome u Spaić 2018, 31 fn. 14. U slučaju SAD, recimo, iako ne postoji izričit (na primer, ustavni) propis u tom smislu, odluke Vrhovnog suda predstavljaju izvor prava. Stoga, pravilo priznanja u tom sistemu delom referira na pisani ustav, a delom je uspostavljena konvencija koja nema veze s pisanim ustavom (opširnije u Dajović 2010, 259).

LITERATURA

- [1] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2001. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press.
- [2] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2004. Judges as Rulemakers. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper*. Series 15.
- [3] Alexy, Robert, Ralf Dreier. 1991. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. 73–121. *Interpreting statutes: A comparative study*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. Aldershot: Ashgate – Dartmouth.
- [4] Barber, Nicholas. 1/2000. Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes. *Oxford Journal of Legal Studies* 20: 131–154.
- [5] Bayles, Michael D. 1992. *Hart's Legal Philosophy – an examination*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- [6] *Black's Law Dictionary*. 2004. 8th ed., ed. Bryan A. Garner.
- [7] Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, José Juan Moreso, Pablo E. Navarro and Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Burazin, Luka, Đorđe Gardašević, Mario Krešić. 2/2021. Poustavljenje hrvatskog pravnog poretka, *Zbornik PFZ* 71: 221–254.
- [9] Bums, Linda Claire. 1991. *Vagueness, An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- [10] Claus, Laurence. 3/2005. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 419–451.
- [11] Coleman, Jules. 2001. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- [12] Cross, Rupert, J. W. Harris 1991. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [13] Dajović, Goran. 3/2010. Rule of Recognition and Written Constitution. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 58: 248–264.
- [14] Dajović, Goran. 2014. Hartov novi početak, pogovor. U Hart, H. *Pojam prava*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- [15] Dajović, Goran, Bojan Spaić. 2016. *Pravo na obrazloženu presudu: Praksa Evropskog suda za ljudska prava / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Podgorica: Centar za demokratsku tranziciju.
- [16] Dajović, Goran. 2018. Pravno i faktičko pitanje. 139–159. *Identitetski preobražaja Srbije – prilozi projektu*, ur. Ivana Krstić, Maja Lukić. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [17] Dajović Goran (ur.). 2019. *Srpsko pravosuđe na ustavnoj stranptici – svedočanstvo o „debatii“ povodom inicijative za promenu Ustava RS u oblasti pravosuđa, 2017–18*. Beograd: CEPRIS.
- [18] Dajović, Goran. 2020. *Epitaf za srpski ustav*. Otvorena vrata pravosuđa. Maj 2020. <https://otvorenavratapravosudja.rs teme/ustavno-pravo/epitaf-zasrpski-ustav>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [19] Duxbury, Neil. 2013. *Elements of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [20] Edlin, Douglas. 2010. *Judges and Unjust Laws*. The University of Michigan Press.
- [21] Ervin, Sam J., Jr. 1970. Separation of powers: judicial independence. *Law and Contemporary Problems* 35: 108–127.
- [22] Fuller, Lon, L. 2/1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92: 353–409.
- [23] Gardner, John. 2001. Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence* 46: 199–227.
- [24] Gardner, John. 2012. *Law as the Leap of Faith – Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press.
- [25] Gluckman, Max. 1965. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell.
- [26] Hart, Herbert. 1/1949. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171–194.
- [27] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [28] Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Second Edition with Postscript, eds. Raz & Bulloch. Oxford: Clarendon Press.
- [29] Hejvud, Endrju. 2004. *Politika*. Beograd: CLIO.

- [30] Jovanović, Slobodan. 1990. *O državi*. Beograd: BIGZ – Jugoslavijapublik – SKZ.
- [31] Kelzen, Hans. 1951. *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- [32] Košutić, Budimir. 1973. *Sudska presuda kao izvor prava*. Beograd: Savremena administracija.
- [33] Kramer, Matthew H. 2005. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- [34] Landes, William M., Richard A. Posner. 2/1976. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law and Economics* 19: 249–307.
- [35] Liebwald, Doris. 2/2013. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 391–423.
- [36] Lindquist, Stefanie A., Frank B. Cross. 4/2005. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review* 80: 1156–1206.
- [37] Merrill, Thomas W. 1993. Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments. *Cardozo Law Review* 15: 43–79.
- [38] Perry, Stephen R. 2/1987. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 7: 215–257.
- [39] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [40] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [41] Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Roberts, Paul. 2011. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials? *Human Rights Law Review* 11: 213–235.
- [43] Rosenfeld, Michel. 1993. Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers. *Cardozo Law Review* 15: 137–174.
- [44] Salmond, John William. 1966. *Salmond on Jurisprudence*, P. J. Fitzgerald. 12. ed. London: Sweet & Maxwell.
- [45] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. New York – London: Routledge.

- [46] Schauer, Frederick. 2013. Is Defeasibility an Essential Property of Law? <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [47] Sebok, Anthony J. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [48] Solan, Lawrence M. 2016. Precedent in Statutory Interpretation. *North Carolina Law Review* 94: 1165–1234.
- [49] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia* XXVII: 27–44.
- [50] Spaić, Bojan. 1/2021. Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava i stvaranja prava. *Pravni zapisi* XII: 29–61.
- [51] Summers, Robert. 1996–97. How Law is Formal and why it matters. *Cornell Law Review* 82: 1165–1229.
- [52] Tamanaha, Brian Z. 2010. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.
- [53] Tasić, Đorđe. 1995. *Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [54] Trešnjev, Aleksandar. 2013. *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije*, knjiga 9. Beograd: Službeni glasnik.
- [55] Troper, Michel, Christophe Grzegorzcyk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting Precedents*, eds. Neil MacCormick, Robert S. Summers. London – New York: Routledge.
- [56] Troper Michel. 2013. *Separation of powers*, translated by Philip Stewart. *A Montesquieu Dictionary*, ed. Catherine Volpilhac-Auger. <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [57] Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2016. *Uvod u pravo*, 3. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [58] Whittington, Keith E. 2015. The Power of Judicial Review. 388–408. *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, eds. Mark Tushnet, Mark A. Graber, Sanford Levinson. Oxford: Hart Publishing.
- [59] Vitgenštajn, Ludvig. *Filozofska istraživanja*. Beograd: Nolit.
- [60] Zec, Jovana. 2020. Odluke Vrhovnog kasacionog suda kao formalni izvor prava. 103–114. *Sudstvo kao vlast*, ur. Miodrag Jovanović, Ana Zdravković. Beograd: CEPRIS.

Goran DAJOVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE POSSIBILITY OF REGULATORY FUNCTION OF JUDICIAL POWER

Summary

The article presents two theses. The first is that previous court judgments can be „sources“ of general rules and standards that will constraint the courts, as decision-makers, even if they are not formally established as legally binding. The second is that it should be so for several reasons – the most important being predictability and equality.

In this part of the article the concepts of separation of powers, types of state functions, and judicial power are explained. The reasons why the judicial power can perform the law-making function in a legal system in which it is not formally established are presented. As an illustration of how the system in which courts perform a law-making function works, the application of the doctrine of stare decisis in the USA is described. Finally, several decisions of the Constitutional Court of Serbia that indicate similar practice in Serbian legal system are analyzed.

Key words: *Separation of power. – Judicial power. – Regulative and adjudicative function. – Precedent.*

Article history:
Received: 29. 11. 2021.
Accepted: 7. 2. 2022.