

## О СУДСКОЈ ПРАКСИ

### Појам

1. Под судском праксом у ширем смислу подразумевају се судске пресуде и друге одлуке судова (решења, начелне одлуке), без обзира да ли су и у којој мери стваралачке тј. нове у односу на већ постојеће објективно право, и независно од тога да ли се судови слажу или разилазе у тумачењу општих правила која примењују. У том смислу говори се о судској пракси уопште, или о судској пракси у некој области или о неком правном питању; или о пракси виших и нижих судова, или пракси одређеног суда или чак одређеног већа; у истом смислу се каже да је судска пракса о неком питању богата или оскудна (тј. да има много или мало пресуда); у истом значењу се говори о објављеној или необјављеној судској пракси (тј. судским одлукама штампаним или не у посебним збиркама или правним часописима); у том смислу се, најзад, говори о подељеној и јединственој судској пракси. — Под судском праксом у ужем смислу подразумева се једнако решавање свих истоветних случајева од стране свих судова (дакле, само тзв. једнообразна, јединствена пракса). — Било да је реч о једном или другом значењу у употреби је и назив јуриспруденција.

2. О томе да ли је судска пракса (јуриспруденција) извор права или не, у литератури, (страној и домаћој) постоје различита становишта: да није (Војислав Спаић, Основи грађанског права, Општи део, Сарајево, 1957, стр. 86 и сл.), да јесте (Андрија Гамс, Увод у грађанско право, Београд, 1974, н. 83. и сл.; Будимир Кошутић, Судска пресуда као извор права, Београд, 1973), да „по правилу није“ (Лазар Марковић, Грађанско право, Општи део и стварно право, Београд, 1927, стр. 59—60), да је „фактички“, „посредни“, „индиректни“ извор права. Ова различита становишта добрим делом <sup>која</sup> потичу отуда што се у дискусији о томе да ли је судска пракса извор права или не различито схватају како појам извора права тако и појам судске праксе, мада подељеност постоји и међу писцима који ове појмове једнако дефинишу.

### *Стваралачки карактер примене права од стране судова*

3. Ако се посматра стварност објективног права, може се лако запазити постојање извесног броја норми које регулишу релативно статичне

друштвене односе и то потпуно, и које су тако јасне да нема никакве сумње у погледу њиховог смисла (које је, дакле, могуће тумачити само на један начин, а „оно што свако једнако разумије, томе тумача не треба”, каже се у чл. 994. Општег имовинског законика за Црну Гору). Задатак суда је овде релативно лак и тешкоће могу постојати само у погледу утврђивања чињеничног стања. Али под претпоставком да је чињенично стање тачно и потпуно утврђено, примена права је овде лака и аутоматска а активност суда практично има карактер једног правног силогизма, у коме горњу премису сачињава општа норма (која нпр. каже да заоставштину умрлог наслеђују пре свих његова деца и његов брачни друг и то на једнаке делове), доњу премису утврђено чињенично стање у конкретном случају (иза умрлог је остао син и супруга), а закључак судска пресуда, чија је изрека логички неизбежна (умрлог наслеђују на једнаке делове његов син и преживели брачни друг). Лаици тако и замишљају право и примену права. На жалост једног броја оних који примењују право и задовољство оних којима мање лежи искључиво математички начин резонувања, систем објективног права никад није саздан само од оваквих норми. Разлози су познати. С једне стране: друштвена стварност, која је аутентична, конкретна и бескрајно богата и разноврсна у својим појавним облицима и њиховим преливима, и која се стално мења. С друге стране, немогућност да се оваква стварност потпуно обухвати нормама: зато што је норма статична, фиксирана, формулисана; зато што је општа норма увек апстрактна а неки појмови чија је употреба нужна налазе се на високом ступњу апстракције; зато што је свачији па и законодавчев систем појмова увек само осиромашена слика стварности (јер нико не може све да види и предвиди); зато што и најбоље редиговане мисли односно норме не дају потпуну слику система појмова који изражавају (због несавршености језика као средства изражавања, чему се могу придружити и слабости које у овом погледу може имати законодавац). Постоје, дакле, норме за које се не може рећи да напросто имају свој смисао, већ да свој смисао добијају тек помоћу оног што правници зову живо право: десетине, хиљаде, десетине хиљада судских одлука донетих применом сваке од њих, у којима је смисао норме ближе одређен, продужен, проширен, прецизиран, изнијансиран. Право се, дакле, не може свести на збирку решених задатака или некакву картотеку у којој чиновник има само да пронађе листић са готовим одговором на свако питање. Судија је не само примењивач постојећег права већ у великој мери његов дограђивач па и стваралац.

4. Овим разлозима, који објашњавају стваралачки карактер примене права од стране судова, треба додати и тежњу судова да строгости слова закона ублажи обзирима правичности. За разлику од класичног силогизма, у којем се на основу опште норме добија решење случаја, судови често поступају обрнуто: прво се опредељују за решење конкретног случаја које им изгледа људски најпожељније, а онда траже општу норму на којој заснивају пресуду (дајући тој норми одређено тумачење, односно опредељујући се за једно од више могућих тумачења). Општа норма, на пример, каже да је проузроковач штете дужан да надокнади штету која је проузрокована његовом кривицом. Али ако је оштећеник богат а проуз-

роковач штете сиромашан и поступао је са малом непажњом која се може свакоме догодити, да ли га треба економски упропастити обавезом на потпуну накнаду штете? Правичност би налагала да се накнада досуди у износу мањем од штете, да се строгост закона ублажи узимајући у обзир околности случаја. На такво поступање судију често овлашћује сам законодавац (као што је у наведеном питању поступио наш и швајцарски законодавац) али ће судија бити склон да тако поступи и у одсуству изричитог законског допуштења. Зато што, иако по професији познавалац права и правне логике, он није машина за правне силогизме, већ људско биће које људске односе пресуђује и са својим осећањима и својом интуицијом. Тако је било одувек и треба бити сасвим нереалан па то не признати Жан Карбоније (Jean Carbonnier, Droit civil, Paris, 1962, стр. 18).

5. Стваралачка улога суда већа је, разуме се, уколико су норме које примењује општије и на већем ступњу апстракције а самим тим и веће правне празнине које треба попуњити.

Француски законодавац је на пример 1804. год. читаву материју грађанске деликтне одговорности уредио са само пет чланова, препуштајући судовима да сами конструишу правила за питања која нису изричито уређена. Размере тог права које су изградили француски судови виде се из података да Етиопски грађански законик од 1960. године, који је духовно чедо француске правне мисли (јер су у њега унета решења из француске теорије и праксе а редактор му је Француз, професор Рене Давид (René David) о истој материји има 134 члана (при чему, јасно, ни овде нису нормирана сва правна питања која се могу поставити и постављају).

6. Разуме се да је Стваралачка улога суда највећа у условима некодификованог права, кад у размерама читаве гране права постоји правни вакуум. Инспиришући се само општим правним начелима и духом права, суд ту у великој мери врши не само улогу дограђивача већ и ствараоца права, који као ни законодавац испред себе нема формални извор права већ само његов материјални извор. За то нема бољег примера од нашег послератног права. Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, од 25. октобра 1946. године изршено је потпуно укидање старог права а да тај чин није био праћен доношењем новог грађанског законика. Судови су овлашћени да до доношења нових прописа примењују правна правила садржана у аборигиним законима и другим правним прописима, уколико нису у супротности са уставним и важећим правним прописима, као и са начелима новог уставног поретка; што имплицира да ће суд сам формулисати ново правило када нађе да старо није применљиво. На том послу одабирања и даље употребљивих правних правила и формулисања нових која боље одговарају начелима новог уставног поретка, судови су дали велики допринос изградњи нашег новог правног система. Многа нова решења која се данас налазе у нашим позитивним прописима предходно су изграђена и проверена у нашој судској пракси, и тако је у активности судова, у једном револуционарном и изузетно динамичном периоду, вршена трансформација потреба наше нове друштвене стварности у ново позитивно право.

7. Лако је, дакле, показати да Права има не само у законима већ и у пресудама и да норме садржане у пресудама (па било да су их судови у попуњавању правних празнина формулисали сами било на основу опште норме), заједно са онима из закона представљају саставни део правног поретка, на коме почива укупни поредак реалних друштвених односа. Из тога се, међутим, не може извући закључак који су извукли неки писци (Гамс, Кошутић) да је судска пракса извор права. Ако јој се својство извора права признаје на основу тога што је стваралачка, поставља се питање који је извор права кад у пресудама разних судова или чак истог суда има два или чак три становишта о истом питању (а подељена пракса може у већем степену бити стваралачка од јединствене, која чак уопште не мора бити стваралачка). Може ли у оквирима истог правног система и за исте субјекте паралелно постојати више равноправних извора права различитих по садржини?

8. Неспорно је, а то не поричу ни наведени писци (Кошутић, стр. 75-76), да су извор права, у формалном смислу, опште правне норме а да пресуда садржи појединачну норму чија се обавезност нецрњаје применом на конкретни случај. О судској пракси као извору права може се према томе говорити тек ако то ново право које стварају судови има облик општих норми, што је могуће замислити на два начина: или да је за стварање те опште норме довољна једна пресуда (судски прецедент); или да је потребна јединствена пракса свих судова, која од тренутка формирања постаје формално обавезна.

*Однос суда који суди према већ постојећим пресудама.  
Судски прецедент*

9. Судски прецедент је судска пресуда, којом се решава један конкретан случај и која је као и свака пресуда обавезна за странке у спору („закон за странке“) али која за разлику од обичне пресуде формалноправно обавезује на једнако поступање у будућности. Другим речима, Појединачна норма из овакве пресуде истовремено је и општа, обавезна како за субјекте који у будуће ступају у правни однос исте врсте, тако и за судове који буду решавали истовремене спорове. Овакав карактер имају у англосаксонском праву пресуде виших судова и највишег суда, тако да је тамо обичајно право у великој мери потврђено и разрађено огромним бројем судских прецедената (разуме се, прецедент може бити донет и на основу законске норме, више или мање апстрактне, као и у одсуству опште норме). Прецедент обавезује суд који га је донео и ниже судове и може бити измењен само прецедентом вишег суда. Прецедент највишег суда може бити измењен законом или новим прецедентом истог суда (у Енглеској ово друго доскора није било могуће а данас је питање спорно).

10. У европскоконтиненталном праву, укључујући овде и наше судске пресуде немају овај карактер. Устав СФРЈ од 1974. године (а тако је било и раније) прописује у чл. 219 да „судови суде на основу устава, закона и

самоуправних општих аката", што значи да их раније пресуде не обавезују. Га необавезност се креће у два правца.

11. Она, пре свега, Значи да суд који је донео пресуду није обавезан да и у будућности у споровима исте врсте суди на исти начин. О томе се у једној пресуди Врховног суда Србије каже: „Позивање захтева за заштиту законитости на одлуке Врховног суда Србије донете у сличним случајевима неумесно је, јер су те одлуке донете поводом конкретних случајева и немају принципијелни карактер, па судови нису обавезни да се тих одлука и ставова у њима држе” (пресуда Гзз 85/69. од 23. септембра 1969. године, Правни живот, бр. 5. за 1970. год., стр. 84). Сматра се да је то боље са гледишта правилне примене права, јер ништа не говори унапред да је прво тумачење опште норме увек најтачније односно да је прво решење (кад суд сам формулише норму, без икаквог ближег ослоња) најбоље. Напротив, са доста основа се може претпоставити (што стварност и потврђује) да ће бити и обрнутих случајева: да ће суд боље протумачити норму односно наћи боље решење тек пошто је више пута судио спорове исте врсте, јер је имао више времена за размишљање и за упознавање и са тубим искуством и мишљењима израженим у другим пресудама или правној литератури; ново тумачење опште норме односно ново решење могу изискивати и нове прилике. — Из овога произилази да Виши суд не може пресуду нижег суда преиначити са формалним образложењем да је у њој заузето становиште различито од оног садржаног у некој ранијој пресуди истог суда; он може ту пресуду преиначити само са образложењем да у њој није добро протумачено односно примењено објективно право.

12. Необавезност судске пресуде значи и то да тумачењем закона које је у њој изражено (правним схватањем, како се то каже) није везан нижи суд; ни у том конкретном случају ни у другим случајевима исте врсте. Ако виши суд, решавајући по правном леку, укине пресуду и врати предмет нижем суду на поновно расправљање и одлучивање, нижи суд је обавезан да утврди чињенице које су остале неразијашњене (нпр. да ли је проузроковач штете возио прилагођеном брзином), али може остати при свом раније правном схватању о правном питању о коме виши суд има другачије мишљење, на пример, да је за процену обима штете меродавна вредност ствари у време одлучивања о тужбеном захтеву а не у време уништења ствари (виши суд овде може, уколико по правном леку ствар поново дође пред њега, усвојити правно схватање нижег суда, или преиначити нижестепену пресуду са образложењем да је у њој погрешно протумачено објективно право али је не може преиначити са формалним образложењем да се нижи суд није држао правног схватања које има он, виши суд). — Виши суд може упознати ниже судове са својим правним становиштем о неком питању и посебним актом. Наиме, по нашим позитивним прописима, виши суд може приликом решавања о правном леку указати нижем суду на „недостакте у суђењу”, а ако се ови недостаци појављују код већег броја судова или су од већег значаја, виши суд може указати свим или неким судовима на ове недостатке. Међутим, ни ова „правна схватања изражена у примедбама вишег суда нису обавезна за нижи суд” (чл. 13. Основног закона о судовима опште надлежности од 17. фебруара

1965. год., чл. 11. Закона о редовним судовима СР Србије од 30. децембра 1974. год., чл. 21. Закона о редовним судовима СР Црне Горе од 30. јуна 1975. год.).

13. И ово решење инспирисано је тежњом да се обезбеди што боља примена права. Иако је виши суд квалификованији, по правилу има више искуства и знања, не значи да ће он баш увек боље протумачити објективно право. Могуће је, а то се у стварности догађа и у нас и на страни, да виши суд под утицајем аргумената нижег суда (односно нижих судова) напусти своје раније схватање и прихвати став нижег суда или заузме ново, треће становиште (које често прихвате и остали судови и тако почну сви да суде на исти начин).

14. У стварности, међутим, ако је реч о суђењу у последњем степену, суд ће се у већини случајева и у будућности држати правног схватања које је усвојио у ранијој пресуди, јер се већ тада определио за тумачење односно решење које му изгледа најбоље и које по његовом мишљењу треба да има универзалну примену. Што са пак тиче нижих судова, они ће фактички, иако нису формалноправно обавезни, у највећем броју случајева прихватити правно схватање свог вишег суда и то из два разлога различите природе: први се састоји у томе што ће се правно схватање вишег суда често наметнути својом вредношћу, розложношћу аргумената на којима почива, а други је линија мањег отпора, опортунизам нижих судова, који не желе да доносе пресуде за које знају да ће по правном леку највероватније бити преиначене од стране вишег суда.

#### *Начелна правна становишта врховних судова и Савезног суда*

15. То су Правна становишта која имају начелан карактер јер нису садржана у пресудама већ су формулисана на један општи начин и то не од стране судског већа (које суди, доноси пресуде) већ у једном ширем саставу: на седници судског одељења или на општој седници. У савезним, републичким и покрајинским прописима за њихово означавање употребљавају се различити називи: правно схватање, начелан став, начелно правно мишљење.

16. У републичким и покрајинским врховним судовима у којима постоји више већа за одлучивање у стварима из исте правне области (у грађанским, кривичним или управним стварима) могу се образovati судска одељења (грађанско, кривично, управно), у чији састав улазе судије који одлучују у стварима из исте правне области. Седница одељења сазива се, поред осталог, и кад се утврди да о питању примене закона постоји наслагласност у схватањима између појединих већа, или кад једно веће одступи од правног схватања усвојеног у својој пракси, или од правног схватања које су усвојила сва већа. Правно схватање усвојено на седници одељења обавезно је за сва већа у саставу одељења (чл. 48—49, Закона о редовним судовима СР Црне Горе од 30. јуна 1975. год., чл. 34. Закона о редовним судовима СР Србије од 30. децембра 1974. год. чл. 27—28. Закона о редовним судовима САП Војводине од 30. јула 1975. год., чл. 65. Закона на

редовните судови СР Македоније од 29. марта 1976. год., чл. 62. Закона о редовним судовима СР Босне и Херцеговине; Закон о судовима СР Хрватске од 22. свибња 1967. год., Закон о судишких спљошне пристојности СР Словеније од 23. јуна 1965. год. и Закон о судовима опште надлежности и уставно-судском одељењу САП Косова од 5. новембра 1975. год. не предвиђају судска одељења у врховним судовима али и они познају општу седницу). — Републички и покрајински врховни судови у општој седници, коју сачињавају све судије тога суда, утврђују начелне ставове и начелна правна мишљења (схватања) о питањима која су од значаја за јединствену примену републичких односно покрајинских закона од стране редовних суда. Начелни ставови и начелна мишљења (схватања) усвојена у општој седници обавезна су за сва већа врховног суда и могу се изменити само у новој општој седници. — Општа седница Савезног суда, коју сачињавају председник и све судије тога суда, сазива се поред осталог кад је потребно да се заузме правно схватање о неком правном питању о коме решава неко од већа Савезног суда. Усвојено правно схватање обавезно је за сва већа Савезног суда и може бити измењено само на новој општој седници (чл. 32. Закона о Савезном суду од 30. априла 1974. год.). — Најзад, Савезни суд, републички врховни судови, покрајински врховни судови и Врховни војни суд, преко својих делегата (по три делегата Савезног и Врховног војног суда, као и по три делегата из сваке републике и аутономне покрајине) на заједничкој седници заузимају начелне ставове о питањима која су од интереса за примењивање савезних прописа. Заједничка седница се сазива нарочито кад се утврди да је судска пракса неуједначена о питањима која су од значаја за јединствено примењивање савезних прописа. Начелан став је усвојен ако је за њега гласало две трећине делегата који улазе у састав заједничке седнице. Начелан став усвојен на заједничкој седници специфичан је облик самоуправно-делегатског договора и није правно обавезан за судове чији делегати сачињавају општу седницу, али је његов стварни утицај који врши на судове несумњив.

17. Сва остала начелна правна становишта, како горња излагања показују, представљају извор права за суд који их је донео и то за онај састав у коме их је донео (за сва већа суда ако су утврђена на општој седници, а за сва већа која сачињавају судско одељење ако су утврђена на седници одељења). За ниже судове она нису правно обавезна; однос нижих суда према њима исти је као према правном схватању садржаном у пресуди вишег суда.

*Јединствена судска пракса (судска пракса у ужем смислу)*

18. Судска пракса у ужем смислу је једнообразно суђење, односно скуп судских пресуда којима су сви истоврсни спорови пресудени на исти начин (у којима другим речима појединачне норме увек једнако гласе, па било да су те појединачне норме донете применом већ постојеће опште норме истог садржаја било да су их у случају правне празнине створили сами судови). Каже се још: једнообразна судска пракса, устављена судска пракса, константна судска пракса, формирана судска пракса, или просто

судска пракса. Јединствену судску праксу неки писци квалификују као врсту судског обичаја (Радомир Лукић, Увод у право, Београд, 1971, стр. 252 — 253) иако се она од обичаја разликује у више праваца; поред осталог и по томе што је дело професионалних правника и то створено за потребе (првенствено) других субјеката, оних који су у спору, док је обичај дело лаика и то баш оних који ступају у друштвене односе регулисане обичајном нормом (Карбоније, ор., cit., и 31).

19. Право питање је да ли је судска пракса извор права у ствари је питање да ли је јединствена судска пракса од тренутка формирања постала правно обавезна за све судове, које се они морају држати; да ли је, другим речима, маса истоветних појединачних норми садржаних у пресудама прерасла у нови квалитет: општу правну норму од које се више не може одступити. Одговор *de lege lata* је негативан: за суд који суди она вреди онолико колико су убедљиви и колико вреде разлози на којима почива (tantum valet, quantum ratio probat). Овакав одговор произилази из цитиране уставне одредбе да судови суде на основу устава, закона и самоуправних општих аката (дакле, не и на основу јединствене судске праксе), али се за њега треба одредити и ако се питање посматра чисто рационално, *de lege ferenda*. Исто онако као што се, у име некаквог вишег циља и начела, не може одузети законодавцу право да једном донети закон мења, исто тако и из истих разлога се судовима не може одузети право да мењају своју праксу. Судска пракса у изнетом смислу дело је самих судова и резултат њихове релативне слободе у тумачењу права (укључујући ту и слободу стварања права у виду појединачних норми у пресудама) и она мора бити стална. Исто онако као што је законодавчево право да доноси нове законе неотуђиво и у интересу самог права и његових циљева, исто тако само стална слобода (разуме се релативна) судова у тумачењу права може обезбедити његову правилну и добру примену, његово модернизовање у теоријском, идејном и техничком смислу. У противном, право би било укочено у свом развоју и изгубило у својој виталности. Има оних који приговарају да овакво решење иде против захтева правне сигурности, који је, такође, један од великих циљева права. Али тај приговор је далеко од тога да буде одлучујући, јер императив да закони буду добро тумачени и примењени не може бити жртвован захтеву правне сигурности и јер из овог правца правна сигурност није озбиљно и реално угрожена. Судови који су били мудри да формирају праксу, никад неће од ње одступити само зато што имају формалну слободу да то учине, већ само ако пронађу решење које је по њиховој оцени боље или које по њиховој оцени захтевају промене прилике, и у тој процени неће показати мање мудрости од оне коју су показали у току формирања раније праксе.

20. Али иако није формалноправно обавезна, судови се праксе по правилу држе; и то, пре свега, због њеног стварног ауторитета и стварне унутрашње вредности. Судска пракса у изнетом смислу резултат је интелектуалног напора великог броја правника (укључујући ту првенствено саме судове, поред адвоката, правних писаца и других) што чини да превагну правни аргументи и да се афирмишу најбоља решења. Још два разлога одређују судове да се по правилу држе јединствене праксе. Један је пси-



холошке природе и важи за све судове: постојање готовог и то јединственог решења увек чини човеков дух инертнијим (кад има више ставова, ниједан од њих нема а ригорі неуприкосновен ауторитет; суд мора да се опредељује, а то значи да мисли, да буде активнији и критичнији). Други разлог односи се на ниже судове и већ смо га срели кад смо говорили о њиховом односу према вишим судовима: чак и кад има супротно мишљење, суд се држи општеприхваћене праксе јер зна да ће му у противном пресуда по правном леку вероватно бити преиначена.

21. Неки писци (Кошутић оп. cit., стр. 107. и сл. и писци наведени код њега) сматрају да је јединствена судска пракса извор (супсидијеран) права у оном истом смислу у коме је то закон иако судовима не поричу право да од ње одступају (што ови у стварности и чине и на шта по позитивним прописима имају право). За овакав став они се позивају на два аргумента.

22. Прво, кажу они, судови се устављене јединствене праксе фактички по правилу држе као да је правно обавезна, без обзира што она то није. — По нашем мишљењу, међутим, ово само показује да је разлика између закона и јединствене праксе мања ако се посматрање не врши на плану њихове правне обавезности већ на плану њихове улоге фактичког регулатора друштвених односа и понашања самих судова. С једне стране, судови се тумачењем могу доста удаљити од слова закона, који је за њих правно обавезан, а с друге стране, они се по правилу фактички држе праксе иако није правно обавезна. Приближавање постоји али разлика ипак не ишчезава: тумачењем судови не могу поступити против закона, док своју јединствену праксу могу потпуно напустити и изградити нову која је супротна претходној. Ако на пример закон прописује да оштећеник има право на накнаду неимовинске штете, судови могу у попуњавању правних празнина доста ограничити поље примене ове установе (ограничити круг лица која имају право на накнаду у случају смрти блиског лица, изрећи ненаследивост права на накнаду, искључити од накнаде краткотрајне болове незнатног интензитета), али је не могу укинути; што је могуће ако је накнада неимовинске штете творевина судова. То очигледно нису исте ствари. Тачно је да опште правне норме, које су обавезне, нису једини регулатор укупног друштвеног понашања (и судова и грађана односно, правних лица) и да ту улогу врши и једнообразна судска пракса, али је, у целини гледано, врши и у мањем обиму и у мањем степену.

23. Правни писци који једнообразну праксу сматрају извором права чине и ово поређење са законом: и законодавац може мењати своје право, може променути једном већ донети закон, па му због тога никс не пориче карактер извора права за време док не буде измењен; доследност налаже да се исто резонување примени и на судску праксу: то што судови могу одступити од ње не значи да она није извор права, јер се питање поставља само за онај период док је судови (који су њени творци, као што је законодавац творац закона) не промене. — Овакво поређење показује да је испуштена из вида једна капитална и одлучујућа разлика, која аналогичу чини немогућом; закони су извор права за време док их законодавац не измени, зато што су за то време обавезни за суд; али по

самој хипотези суд није везан једнообразном праксом па се зато не може рећи да је она извор права док не буде измењена. Извор права не може бити оно што за суд није правно обавезно нити то може бити изједначено са оним што је за суд правно обавезно; о томе се не може дискутовати.

24. Разлике, дакле, постоје како у погледу правне обавезности тако и у погледу обима и степена стварног утицаја на рад судова и понашање самих субјеката. Због тога не само да се између закона и јединствене судске праксе не може ставити знак једнакости, него мислимо да нема довољно елемената ни да се конструише виши, генеричнији појам извора права у формалном смислу, који би обухватао „правне“ изворе (где би дошао и закон) и „фактичке“ (међу које би била убрајана и јединствена пракса). Стварности одговара приступ који у овоме имају други писци: да је јединствена пракса *фактички ауторитет*, који у одређеном обиму и степену учествује у стварном регулисању укупног друштвеног понашања (грађана одн. правних лица и самих судова), у чему се приближава закону, али да није извор права јер није правно обавезна, у чему се битно разликује од закона.

25. Најзад, да се осврнемо на тврђу да се судска пракса као извор права разликује од закона у томе што има ретроактивно дејство, јер „опште правно правило у њој уобличено настаје *a posteriori*, након конкретних случајева који су били предмет судског решавања, а не *a priori* као законска општа норма“ (Кошугић, стр. 146); и да је преокрет судске праксе опаснији него промена закона, јер судови, мењајући своју садашњу праксу, укидају за прошлост норме које су донели и стварају нове с ретроактивним дејством“ (стр. 149). — То што „опште правило у њој уобличено настаје након конкретних случајева који су били предмет судског решавања“ не значи и ретроактивно дејство тог општег правила; „конкретни случајеви који су били предмет судског решавања“ не могу бити поновно решавани, а правило усвојено у пракси примењиваће се на будуће случајеве који ће тек бити решавани. У томе нема разлике између правила прихваћеног у судској пракси (који постоји тек од формирања праксе) и законске норме (којој такође претходи „решавање конкретних случајева“, што јој не даје ретроактивно дејство). То исто важи и за случај тзв. заокрета у судској пракси, кад се напушта једно и усваја друго правило. Ново правило се не односи на случајеве који су већ пресуђени по ранијем правилу; може се односити само на раније настале случајеве који још нису правоснажно окончани, а такво дејство може имати и нови закон (питање је само шта је у пракси чешће). Не може се према томе рећи да је промена општеприхваћене праксе опаснија од промене закона зато што има ретроактивно дејство; она тако дејство нема. Разлика је у нечем другом: закон се мења одједном а за промену праксе је потребно извесно време, у току којег постоји правна несигурност. Разлика је ипак мања него што може изгедати на први поглед, зато што се о променама закона често унапред говори и за њих зна, а с друге стране, у пракси су ипак чешћи нагли заокрети судске праксе (обично иницирани начелним правним становиштем врховног суда) од оних у којима се дуже и

у већем степену испољава колебљивост судова. У сваком случају мислимо да је ~~К~~олебљивост судова већа у погледу формирања прве јединствене праксе по доношењу закона (у неком питању које је спорно) и време потребно за формирање те праксе дужи него што је то у просеку случај са заокретом у судској пракси односно променом већ формиране јединствене праксе.

*др Обрен Станковић*