

UDK 340.142; 34.018

CERIF: S 115, S 142

DOI: 10.51204/Anali\_PFBU\_22204A

**Dr Goran DAJOVIĆ\***

## ***POŽELJNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI\*\****

*It seems to me that at this time we need education in the obvious more than investigation of the obscure.*

(Holmes 1920, 292–293)

*Rasprava se sastoji iz dva dela i u njima se, respektivno, zastupaju dve osnovne teze. Prva je da sudske presude u svim razvijenim pravnim sistemima mogu da budu „izvori“ opštih pravila koja će ubuduće na obavezujući način regulisati ponašanje sudova, a onda, sledstveno, i drugih pravnih subjekata, čak i ako nisu formalno priznate kao izvori prava. A druga je da one to treba da budu iz više razloga, od kojih su najvažniji predvidljivost i jednakost. U*

---

\* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, [gorand@ius.bg.ac.rs](mailto: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.

*ovom delu rasprave najpre se izlažu upravo ti normativni razlozi u prilog vršenja regulativne funkcije sudske vlasti, a zatim se pokazuje u kojem pravcu bi sudska vlast mogla da vrši regulativnu funkciju u jednom tipičnom kontinentalnom sistemu, ako sudska vlast, kao celina, prihvata da je vrši.*

**Ključne reči:** *Predvidljivost. – Jednakost. – Sudska vlast. – Regulativna funkcija. – Precedent.*

## 1. UVODNE NAPOMENE

U prvom delu rasprave (Dajović 2022, 233–281) ideju o obaveznosti precedenata u razvijenom pravnom sistemu branio sam konceptualnim razlozima, ali oni su samo otkrili da je primena doktrine *stare decisis* moguća i u pravnom sistemu u kojem se sudske presude ne smatraju aktima koji sadrže obavezujuće opšte pravne norme, ali ne i da je poželjna. Uostalom, čak i u anglosaksonskom sistemima precedenti nisu u početku imali autoritet koji imaju danas. Takav status zadobijaju tek u HIH veku (Lee 1999, 647–648; Hasnas 2005, 91–92). U pitanju je relativno nova praksa u odnosu na drevnost prakse *common law*, koje se vekovima efikasno i uspešno razvijalo i bez nje. Drugim rečima, ta praksa se ne može opravdati pozivanjem na samu sebe, to jest na drevnost i tradiciju, ona se mora podupreti dodatnim, normativnim razlozima. Prema tome, u razvijenom pravnom sistemu doktrini precedenata su uvek otključana vrata. Postavlja se samo pitanje da li sudovi *treba da* ih otvore.

Pre nego što se pređe na razmatranje tog pitanja, uputno je da još jednom naglasim na šta se tačno odnose normativni razlozi o kojima ću raspravljati u nastavku. Prvo, u raspravi se bavim pre svega problemom *horizontalnih* precedenata, kod kojih su sud koji je tvorac precedenta i sud koji precedent primenjuje ili isti sud ili sud istog stepena, jer obaveznost vertikalnih precedenata može da bude zasnovana na dodatnom razlogu sudske hijerarhije. I drugo, kada se u prvom delu rasprave govorilo o regulativnoj funkciji sudske vlasti, pretežno je bila reč o delovima sudskih presuda koji zadobijaju kanonizovanu formu pravila ili normi-definicija (Dajović 2022, 269), a koja su obavezna kao i druga pravna pravila. Ubrzo će biti jasno zbog čega insistiram upravo na toj formi precedenta.

Dakle, pošto konceptualno nije nužno već je samo moguće da sudovi u kontinentalnom pravnom sistemu vrše i regulativnu funkciju, da li oni *treba da je vrše* – posebno je pitanje. U prvom odeljku izneću četiri razloga zbog kojih sudovi ne samo da mogu da vrše regulativnu funkciju, nego je i normativno poželjno i opravdano da je vrše.

U drugom odeljku ću pokušati da, kratkom sintezom svih zapažanja i argumenata,<sup>1</sup> opišem konture jedne slike regulativne funkcije sudske vlasti koja bi bila optimalna za bilo koji razvijeni pravni sistem u kojem sudske presude inače, formalnopravno posmatrano, nisu „izvor“ prava.

Najzad, u zaključku ću sumirati celokupno izlaganje, a zatim izložiti nekoliko napomena o tome čime se u raspravi *nisam* bavio. A držim da su to teme koje mogu biti prirodan nastavak ovog istraživanja. U tom smislu, ova rasprava, u svom integralnom obliku, može poslužiti kao prikladan uvod i temelj za novi istraživački poduhvat.

## 2. POŽELJNOST REGULATIVNE FUNKCIJA SUDSKE VLASTI – NORMATIVNI POGLED

Zašto bi bilo poželjno u budućim sličnim slučajevima donositi odluke koje su u skladu s precedentom? Ili, ako se pitanje obrne: zašto je pogrešno u takvim slučajevima donositi odluke koje su potencijalno najbolje, bez ograničenja koja postavljaju prethodne sudske odluke u sličnim slučajevima? Kada se pitanja ovako formulišu, jasno je da na zastupnike doktrine *stare decisis* pada „teret dokazivanja“ njene poželjnosti (Waldron 2007, 204) jer bi, bez te doktrine, sudije bile slobodne da u svakom sporu u kojem sude, donesu odluku koju u konkretnom slučaju smatraju najboljom, najispravnijom, ne osvrćući se na odluke svojih prethodnika, što je, *prima facie*, najpoželjniji mogući ishod.

U pravnoj teoriji se najčešće navode dva ključna argumenta u prilog doktrine *stare decisis*: argument predvidljivosti u presuđivanju i argument jednakosti u presuđivanju („jednake slučajeve tretirati jednako“) (Waldron 2007, 201; Solan 2016, 1174–1175).<sup>2</sup> U ovom odeljku prvo ću razmotriti ta dva argumenta, a onda izložiti još dva dodatna, prvi, koji je u stvari odgovor na jedan čest kontraargument protiv doktrine precedentata i drugi koji je kontekstualno specifičan za države pod „jurisdikcijom“ Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP).

---

<sup>1</sup> Ne mislim samo na argumente i zapažanja iz ovog već i iz prethodnog teksta (Dajović 2022).

<sup>2</sup> Naglašavam da predvidljivost i jednakost nisu osnovi zbog kojih se precedenti tretiraju kao obavezujući. Oni samo ukazuju na moralnu vrednost doktrine precedentata i, kao takvi, mogu da je opravdaju.

## 2.1. Predvidljivost

Predvidljivost je važna vrednost koju pravni sistem treba da promiče, ponekad čak i po cenu pogrešnih ili makar ne sasvim optimalnih odluka.<sup>3</sup> U pravnom sistemu u kojem su sudske odluke javno dostupne, subjekti koji nisu neposredni učesnici u konkretnom sporu očekivaće da će sudovi i ubuduće odlučivati na isti način i, shodno tome, težiće da svoje ponašanje usklade s takvom odlukom. Iz tog razloga, povezivanje doktrine precedenata s idejom predvidljivosti, predstavlja jedan od glavnih argumenata u prilog njenog praktikovanja. Jer, praksa poštovanja već donetih sudskih odluka koje su javno publikovane i dobro poznate na bolji način služi potrebi za predvidljivošću prava nego praksa u kojoj bi se sudijama dopustilo da u svakom sporu odlučuju onako kako oni smatraju da je najbolje (Waldron 2007, 201).<sup>4</sup>

Međutim, iako ovakav stav ne deluje kontroverzno, to je samo na prvi pogled tako. Naime, ako se pažljivije osmotri polje praktičkog delanja *uopšte*, lako se uočava da u mnogim situacijama pojedinac ne želi da poćini „grešku“ (po njegovom sudu) koju je prethodno u sličnoj situaciji neko učinio, jer ne želi da ponavlja uspostavljen obrazac delanja, samo zbog činjenice da je on već uspostavljen, to jest samo zbog njegovog vremenskog prioriteta. Drugim rećima, argument precedenta u korist nekog načina delanja često će (istina, ne uvek) odstupiti pred drugim, supstantivnim argumentima protiv takvog ustaljenog delanja. Primera radi, od političara čije odluke takođe imaju uticaj na život mnogih, baš kao i odluke sudije, nećemo očekivati da čini iste stvari kao njegovi prethodnici, samo da bi bio predvidljiv. Naprotiv, ukoliko su takvi postupci bili pogrešni ili ukoliko bi se to kosilo s njegovim uverenjem, očekujemo od njega da ne sledi uhodane obrasce (političkog) delanja. Zbog čega je onda snaga tog argumenta u pravu značajno veća? Zašto pravnici, a naroćito sudije, pridaju takav znaćaj precedentu, do mere da ga u pojedinim pravnim sistemima slede kao obavezujuće pravilo delanja? Ili, ako se pitanje

---

<sup>3</sup> U prvom delu rasprave, u odeljku 4.2, nagovešteno je da je predvidljivost epifenomen vladavine prava (Dajović 2022, 260 i.d.). Ipak, kako u teoriji postoje razmimoilaženja povodom toga da li je vladavina prava element koncepta prava, ovde se predvidljivost ne posmatra kao deo dela koncepta prava već kao pravna vrednost.

<sup>4</sup> Kako kaže Šauer, „traganje za pravdom i pravićnošću u svakom slučaju je neizbežno u tenziji sa vrlinama predvidljivosti, pouzdanosti, izvesnosti i doslednosti koje bi doneo precizniji i rigidniji sistem pravila, kao i u određenoj tenziji sa transparentnošću koje donosi odlučivanje koje je zasnovano na pravilima“ (Schauer 2005, 12).

zaoštri do kraja: zbog čega bi sadašnje sudije trebalo da poštuju precedent i da (ponekad) ponavljaju „greške“ nekadašnjih sudija, samo zato što su te „greške“ precedenti?

Takvu vrstu pitanja su postavljali tako značajni pravnici i sudije, inače odnegovani u sistemu precedenata, kao što su Holms ili Skalija (*Scalia*). Tako je Holms smatrao ideju precedentu „odbojnom“ ako ne postoji bolji razlog da sudovi budu obavezani pravilom od slepog imitiranja davne prošlosti, primera radi, od činjenice da je ono nastalo u vreme Henrija IV (Holmes 1897, 469). S druge strane, sudija Skalija je samu doktrinu *stare decisis* smatrao nespojivom s njegovom zakletvom da će poštovati Ustav, a ne odluke njegovih prethodnika (Schauer 2012, 131).

Na te primedbe može se odgovoriti idejom o stabilnosti i predvidljivosti pravnog sistema, *kao osobenog polja praktičkog delanja*. Tu je ideju pregnantno branio njihov, ne manje čuveni kolega, sudija Brendis (*Brandeis*) kada je u jednoj presudi<sup>5</sup> ustvrdio da je (doktrina) *stare decisis* obično mudra politika, jer „in most matters it is more important that [the question] be settled than that it be settled right“. Brendis je na taj način, smatra Šauer, identifikovao najčvršći argument u prilog doktrine precedentu: potrebu za stabilnošću stabilnosti radi i potrebu za predvidljivošću predvidljivosti radi. Ta je potreba za mnoge aspekte života značajnija od potrebe da se u svakoj mogućoj prilici donese najispravnija odluka. Stoga se doktrina precedentu ne zasniva na ideji da je potonji sud manje sposoban, stručan i savestan u odnosu na precedentni sud, te da se stoga, da bi ispravno odlučio, mora ustanoviti njegova dužnost da sledi precedent. Ona se zasniva na jednoj pozitivnoj vrednosti i prednosti koja u određenim oblastima ljudskog života nadjačava potencijalnu dobit od situacije u kojoj bi svakom sudu i sudiji bilo dopušteno da sâm nastoji da donese najbolju moguću odluku u konkretnom sporu i da tako popravi ili poboljša odluke njegovih prethodnika. A te pozitivne prednosti doktrine precedentu su predvidljivost i stabilnost *pravnog* poretka (Schauer 2012, 131).

Obavezujući precedenti doprinose predvidljivosti na dva načina. Prvo, opštost precedentnog pravila proširuje krug slučajeva (mimo onog konkretnog slučaja, u kojem je presuda doneta) koji se smatra regulisanim, a koji to nije bio pre, zbog neodređenosti prava ili iz drugih razloga (Dajović 2022, 252–260). Štaviše, u takvim slučajevima bi nepredvidljivost i neizvesnost u odnosu na pitanje „šta je pravo (u konkretnom slučaju)?“ podrle ideju vladavine prava. Jer, da podsetim: kada je zakon neodređen (nejasan ili višeznačan), njime je pravno pitanje samo donekle ili nije uopšte

---

<sup>5</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas. Co.* (1932) 285 U.S. 393, 406.

unapred „rešeno“ i onda se sud pojavljuje kao dopuna ili zamena zakonodavca (Liebwald 2013, 392). Kada odluka suda, u takvim situacijama, počiva na precedentu, ona u konkretnom slučaju ne proističe direktno iz zakona (jer je zakon, recimo, neodređen) nego na interpretaciji ili na „dopuni“ koju je sud stvorio putem precedenta u prethodnom sličnom slučaju. Ipak, iako se ne zasniva na zakonu, takva odluka se zasniva na pravu jer je precedentni sud ovlašćen i dužan da samostalno i nezavisno presuđuje, a sastavni deo presuđivanja je, u takvim spornim slučajevima, i obrazloženje presude koja ne predstavlja samo puku primenu prava. Uostalom, kako konstatuje Sanstin, „ideal (vladavine prava) ne zahteva potpuno preciziranje pravnih pravila pre nego što je slučaj nastao. Za ljudska biće je to nemoguće ambiciozan cilj. Umesto toga, on postavlja skromniji zahtev da se poštuju prethodne odluke, i to iz pragmatičnih razloga: „olakšanog odlučivanja, jednakog tretmana [pravnih subjekata] i sudijske ‘skromnosti’ s obzirom na ograničeno iskustvo i mudrost koje poseduju kada donose odluku“ (Sunstein 1996, 192). Prema tome, doktrina *stare decisis* je u skladu s načelom vladavine prava, a ne vladavine ljudi (Lindquist, Cross 2005, 1160), jer dok je opravdano da u slučajevima kada je zakon neodređen precedentni sud „dovrši“ posao zakonodavca, nikako ne može biti opravdano da potonji sud, odstupajući od precedenta, zapravo izmeni tako dovršeno pravo (Solan 2016, 1177).<sup>6</sup>

Drugi način na koji doktrina precedenta doprinosi predvidljivosti jeste autoritativnost precedenta, činjenica da je on obavezujući i da potonji sud ne može da bira da li će ga poštovati ili ne, u slučaju u kojem su relevantne činjenice bitno slične činjenicama iz precedentnog slučaja. To garantuje *izvesnost* njegove primene u budućim sličnim slučajevima i na taj način dodatno ojačava predvidljivost i stabilnost prava. Time se, uopšte uzev, smanjuje i prostor sudijama da u odlučivanje unose vlastite političke, moralne i druge predilekcije, a uvećava se poverenje javnosti u nepristrasnost sudija (Alexander, Sherwin 2004, 8). O autoritativnosti precedenta biće još govora u narednom odeljku.

---

<sup>6</sup> „(I)f courts depart from an established interpretation of a statute, citizens who have relied on that statute as initially interpreted may turn out to have taken actions which they would have avoided taking had they understood what their obligations under the statute – as revealed by the new interpretation – in fact were“ (Duxbury 2013, 16).

## 2.2. Jednakost – „jednake slučajeve tretirati jednako“

U pravnoj teoriji i praksi opšteprihvaćena je ideja da strane u sporu treba tretirati na isti način kao što su tretirane strane u nekom prethodnom sličnom sporu (Alexander, Sherwin 2004, 3; Hasnas 2005, 88). Ili, drugačije rečeno, opravdana je pretenzija stranke da sud o njenom pravu odluči na isti način kao što je odlučio o istom ili sličnom pravu druge stranke u precedentnoj presudi. Ukoliko bi potonji sud odlučio drugačije, smatra se da bi postupio arbitrarno i da stranka ne bi imala pravedan i fer tretman. Iz tog razloga se u prilog poštovanju doktrine *stare decisis* navodi da ona omogućuje ostvarenje jedne od temeljnih vrednosti pravnog poretka da „s jednakima treba postupati jednako“. Ta ideja je tim više opravdana kada je reč o takozvanim interpretativnim precedentima. Jer, rezonuje se, u samoj prirodi zakona je da su to opšti i univerzalno primenljivi propisi, a ta svojstva zakoni bi izgubili ukoliko bi ih u istim ili sličnim slučajevima sudovi različito *tumačili* i, shodno tome, različito primenjivali (Troper, Grzegorzcyk 1997, 126).

Iako na prvi pogled princip jednakosti izgleda kao fundamentalan i opšteprihvaćen pravni princip, u literaturi se iznosi nekoliko prigovora ideji da taj princip predstavlja (samostalan) normativni argument u prilog doktrine precedenta. Pokušaću u nastavku, ukratko, da opišem nekoliko prigovora i da odgovorim na njih.

Najpre, iznosi se primedba da taj princip može da unazadi *moralnu* snagu zahteva „s jednakim jednako“ ukoliko je u prvom, precedentnom slučaju doneta pogrešna odluka. Oslanjajući se na taj moralni princip potonji sudovi bi, ponavljajući istu grešku, zapravo usmerili odlučivanje ka nemoralnijim ishodima nego što bi to bio slučaj da su, ne oslanjajući se na princip jednakog tretmana, u narednim presudama ispravili početnu grešku. Tako bi se, zapravo, jedan moralni princip, ironično, stavio u službu nemoralnosti – konzistentnom primenom nemoralnog, neispravnog precedenta, ono što je bazično nemoralno postalo bi navodno „moralno“ jer bi se zasnivalo na moralnom principu jednakosti (up. Alexander, Sherwin 2004, 4).

Međutim, meni se čini da se tim prigovorom zanemaruju dva bitna momenta. Prvo, princip jednakog tretmana jednakih slučajeva je, u osnovi, formalan princip. Ukoliko je „jednak tretman“ supstantivno nemoralan, onda nemoralnost nije posledica jednakosti „tretmana“ nego „tretmana“ kao takvog. I ona se ne rešava tako što će se neki slučajevi „tretirati“ nejednako a neki jednako u odnosu na supstantivnu nemoralnost tretmana u izvornom slučaju. Ona se uklanja tako što sam „tretman“, kao takav, biva uklonjen. U vezi s tim, takva vrsta nemoralnosti javlja se i kada se nemoralni zakonski propisi jednako primenjuju u jednakim slučajevima – ona nije karakteristična samo za jednaku primenu nemoralnih precedenata. Međutim, postoji bitna

razlika. Loše, nepravedne i nemoralne precedente mnogo je lakše ukloniti nego iste takve zakonske propise. Na taj način, problem se ne rešava odbacivanjem principa jednakosti nego odbacivanjem samog precedentnog pravila. A mogućnost promene ili odbacivanja precedenta sastavni je deo doktrine *stare decisis*. O načinu i razlozima zbog kojih se jedan precedent može odbaciti biće reči u narednom odeljku.

Drugi prigovor se tiče „samostalnosti“ argumenta jednakosti. Ako se princip jednakosti odvoji od supstantivnih razloga na osnovu kojih se ocenjuje da li su dva slučaja jednaka ili nisu, prigovor veli da on nema ozbiljnu „autonomnu“ uverljivost jer se uvek može svesti na predvidljivost. Naime, ukoliko princip „jednake tretiraj jednako“ kaže samo da u slučaju da smo prethodno na osnovu supstantivnih razloga utvrdili da su dva slučaja jednaka treba jednako i da ih tretiramo, onda doktrina precedenta nalaže ono što je već i rečeno: aktuelni slučaj će se rešiti isto kao i precedentni, čak i kada potonji sud smatra da je precedentni slučaj rešen pogrešno. Međutim, argument jednakosti tada gubi svu svoju moralnu vrednost i „rastvara“ se u argumentu stabilnosti i predvidljivosti koji je Brendis izneo, a koji sam maločas spomenuo. Na osnovu svega toga, Šauer zaključuje da „it is not so much that the principle of treating like cases alike is wrong. Rather, it is simply that the principle is better understood as restating a conclusion rather than providing an independent argument for that conclusion“ (Schauer 2012, 132).

Odgovor na taj prigovor se, čini mi se, može naći u odbrani principa jednakosti uopšte. Naime, uverenje da „jednake treba tretirati jednako“ zasniva se na pripadnosti subjekata u sporu zajednici u kojoj postoje određeni principi i pravila koji povezuju ljude u zajednicu. Te principe i pravila sudije ne treba da zanemare ili zamene u svakoj situaciji u kojoj postoji prevaga drugih moralnih ili prudencijalnih razloga da se oni zanemare ili zamene. Šta to, u najkraćem, znači?

Primeru radi, ako se od tuženog X zahteva da nadoknadi štetu tužiocu, a postavlja se pitanje da li je opravdano da plati štetu za koju on smatra da mu se bez osnova nameće ili da je osnov njegove odgovornosti nemoralan, odgovor se može naći u principu *fer-pleja*. To je dobro poznata Hartova ideja koju on, sažeto, formuliše na sledeći način: „Kada određeni broj ljudi preuzima neko zajedničko delanje u skladu s pravilima, koja ograničavaju njihovu slobodu, oni koji su se podvrgli tim ograničenjima kada se to od njih traži, imaju pravo na slično potčinjavanje onih koji su imali koristi od njihovog potčinjavanja“ (Hart 1955, 185).

Međutim, taj argument će imati smisla, kako umesno primećuje Voldron, samo ukoliko princip na osnovu kojeg X odgovara u aktuelnom slučaju ostaje nepromenljiv u odnosu na prethodni slučaj u kojem je možda on bio tužilac ili je imao indirektnu korist od toga što je neki drugi tužilac imao korist (Waldron 2007, 203). Na taj način, doktrina precedenta postaje imperativ fer odnosa prema pojedincu kao članu zajednice.

Prema tome, naročito značaj principa „jednake tretiraj jednako“ u odnosu na doktrinu precedenta treba posmatrati upravo iz tog ugla. Taj princip je bitan razlog zbog kojeg treba istrajati na njenom poštovanju, čak i kada je u pitanju precedent koji je, recimo, zbog retke primene izgubio značaj sa stanovišta *predvidljivosti*. Utoliko pre poštovanje precedenta ima smisla i u slučajevima u kojima se pitanje predvidljivosti ne može ni postaviti, budući da su slični ili istovrsni slučajevi koji se presuđuju nastali u isto ili približno isto vreme, ali u kojima se presude ne donose istovremeno. Primera radi, ako veliki broj klijenata koji su potpisivali iste ili slične ugovore o kreditu s bankama podnese tužbu u isto ili približno isto vreme zbog određenih (u svim ugovorima na isti način uređenih) naknada, koje tužioci smatraju nezakonitim, ne može se govoriti o tome da bi njihov potonji nejednak tretman pred sudovima, koji bi se ogledao u bitno različitim presudama, narušio načelo predvidljivosti. Ali bi, bez sumnje, povredio princip „jednake tretiraj jednako“.

Dakle, precedent u obe pomenute situacije nema funkciju da garantuje stabilnost i izvesnost prava već da obezbedi jednak tretman konkretnih pojedinaca u konkretnom sporu. „Ako je tretman aktuelnog slučaja na način koji je u skladu sa ranijim slučajem pitanje poštovanja ličnosti, onda smo dužni prema aktuelnim strankama da... shvatimo šta znači jednako postupanje s njima [u odnosu na ranije stranke]“ (Waldron 2007, 202–203).

### **2.3. Priroda sudske vlasti (i njen značaj za slobodu pojedinca)**

Sledeći argument u prilog prihvatanja doktrine *stare decisis* nije toliko argument „za“ (premda, delimično jeste i to) nego je više argument koji otklanja jedan kontraargument. O čemu je reč? U pravnoj i političkoj teoriji smatra se nespornim da je u prirodi svake vlasti sklonost da maksimizuje svoj politički i pravni uticaj. Tako bi trebalo da je „prirodna“ i sklonost sudske vlasti da maksimizuje svoj uticaj na pravo. A sudska vlast koja, sledeći doktrinu *stare decisis*, pretvara delove obrazloženja presuda u (novo) pravo, to jest vrši regulativnu funkciju, takav uticaj ostvaruje u najvećoj zamislivoj meri (Claus 2005, 435; Lindquist, Cross 2005, 1165).

Nakon takvog nespornog zaključka, nameće se pitanje da li je pomenuta prirodna težnja nosilaca svake vlasti, pa prema tome i nosilaca sudske vlasti (ukoliko se oni zaista osećaju kao nosioci vlasti) opravdana? Ili ipak sistemom kontrole i ravnoteže treba ograničiti takve aspiracije sudija i sudova iz razloga iz kojih se takva vrsta ograničenja primenjuje i na druge dve grane vlasti, to jest radi očuvanja slobode pojedinca? Sledeći ono što je rečeno u prvom delu rasprave o podeli vlasti nije li neophodno „obuzdati“ takve težnje za „širenjem“ sudske vlasti i na funkciju koja joj nije osnovna? I za koju ona, kako se ističe, ne poseduje potrebnu legitimnost.

Na ovom mestu valja istaći dva momenta. Prvi je da zakonodavna vlast i inače zakonima ograničava sudsku vlast u većoj meri nego upravnu.<sup>7</sup> To se naročito odnosi na neke grane prava (procesno pravo, krivično pravo itd.). I premda se u tekstu sledi ideja da inherentna neodređenost zakona i njegova difizibilnost ostavljaju sudskoj vlasti prostor da vrši regulativnu funkciju, ona je najčešće dopunskog i ograničenog karaktera. I što je još važnije, kako je naglašeno u prvom delu, regulativna funkcija sudske vlasti različita je od regulativne funkcije zakonodavne vlasti. Uostalom, Herbert Hart je po tom pitanju izričit: „ne samo da su ovlašćenja sudija podvrgnuta mnogim ograničenjima koja sužavaju njihov izbor od kojih zakonodavstvo može da bude u potpunosti oslobođeno, već, pošto sudije vrše ovlašćenja samo da bi rešili konkretne slučajeve, oni ova ovlašćenja ne mogu da koriste da bi uveli široke reforme ili doneli nove zakone. Na taj način, njihova su ovlašćenja dopunska, a isto tako podložna drugim suštinskim ograničenjima“ (Hart 1994, 273).

A među ta suštinska ograničenja (osim u slučaju sistema u kojima sudovi mogu svojim odlukama da menjaju i dopunjavaju ustav) ne spadaju samo ustavne i druge norme, nego i mogućnost koja uvek postoji da zakonodavac izmeni ili „poništi“ dejstvo sudskih precedenata. Naime, izuzimajući precedente koji se odnose na kontrolu ustavnosti zakona i drugih opštih akata, precedenti koji predstavljaju vršenje regulativne funkcije (jer se odnose na dopunu ili „popunjavanje“ zakona) mogu u svakom trenutku, ukoliko zakonodavno telo proceni da su oni, primera radi, suprotni volji zakonodavca, da budu novim zakonom „derogirani“. Na taj način zakonodavac, kako to veli Solan, „ponovo zadobija kontrolu nad primenom zakona“ (Solan 2016, 1171).

---

<sup>7</sup> U pitanju je krajnje načelna teza, koja proizilazi iz same prirode sudske vlasti, odnosno njene adjudikativne funkcije (Dajović 2022, 236 i.d.). Upravna funkcija je, po prirodi stvari, više orijentisana ka diskrecionom odlučivanju, koje se zakonodavstvom ne dâ uvek vezati. Ipak, kao što je poznato, i sudije (barem prema prevladajućem teorijskom stavu) ponekad vrše diskrecionu vlast, tako da je, uprkos načelnoj ispravnosti iznete teze, ona u mnogim situacijama podložna izuzecima.

Drugi momenat je istakao još jedan od američkih „očeva osnivača“, Aleksander Hamilton, kada je ustvrdio da je sudska vlast „neuporedivo najslabija od tri vrste vlasti“ i da nikad ne može „uspešno da ugrozi druge dve vlasti“. S druge strane, iako je, prema njegovom mišljenju, tačno da sudovi u pojedinačnim slučajevima mogu da nanesu nepravdu, sloboda ljudi u celini uzev „ne može biti ugrožena od strane sudova ukoliko su sudovi istinski odvojeni od legislative i egzekutive“ (Federalist No. 78, nav. prema Ervin 1970, 121). Na osnovu toga se može zaključiti da sudska vlast, prilikom vršenja podjednako i adjudikativne i regulativne funkcije, ne predstavlja opasnost za slobodu pojedinca u meri u kojoj to mogu biti druge dve grane vlasti već je, naprotiv, ukupno uzev, najefikasnija institucionalna garancija te slobode. Stoga se čini da po slobodu pojedinca ne samo da nije opasno da sudska vlast maksimizuje svoj uticaj, vršeći i regulativnu vlast, već da je to, štaviše, poželjno.

#### **2.4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava**

U slučajevima u kojima utvrdi da u državi-ugovornici postoji pravno-sistemska problem u kršenju ljudskih prava ESLJP će joj takozvanom pilot-presudom naložiti da izmeni problematičan nacionalni propis i tako ga uskladi s Konvencijom (Popović 2008, 117). Takvim presudama sud u Strazburu nesumnjivo utiče na stvaranje prava, odnosno takva presuda ne deluje samo *inter partes* nego ima opšte dejstvo. Na taj način ESLJP vrši jednu vrstu ustavnosudske funkcije, to jest njegove odluke se mogu uporediti s odlukama organa ustavnosudske kontrole na nacionalnom nivou. A budući da je taj sud na neki način postao važan autoritet za nacionalne sudove država-ugovornica, jasno je da je sistem u kojem je sudska presuda izvor prava bliži kontinentalnim pravnim sistemima nego ikada ranije.

Još važniji momenat u vezi s praksom ESLJP, koji je od značaja za poentu ove rasprave, jesu njegove presude koje se tiču potrebe za ujednačenom sudskom praksom. Naime, u skladu s doktrinom četvrte instance (up. Dajović, Spaić 2016, 22–24), ESLJP u principu ne upoređuje različite sudske presude na nacionalnom nivou, smatrajući da u svim pravnim sistemima postoji mogućnost razlika u presudama povodom sličnih ili istih slučajeva, čak i pred istim sudovima. Ipak, praksa najviših sudova u državi mora biti konzistentna u najvećoj mogućoj meri. Konzistentnost znači poštovanje principa pravne sigurnosti, što podrazumeva presuđivanje koje je pretežno u skladu s prethodnim odlukama najviših sudova u slučajevima koji su isti ili bitno slični. Stoga „sudovi ne treba da odstupaju, bez valjanog razloga, od presedana uspostavljenih u ranijim predmetima“ (*Demir and Baykara*

v *Turkey*, 34503/97, §153). Arbitrarna će biti svaka presuda pri čijem je donošenju sud, bez prihvatljivih ili bez ikakvih razloga, odstupio od ustaljene prakse. U takvim slučajevima sudska vlast će prekršiti pravo na pravično suđenje iz člana 6.1 evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>8</sup>

Uobičajeni standard ESLJP za ocenu da li neujednačenosti u sudskoj praksi predstavljaju kršenje Konvencije jeste „postojanje dubokih i dugotrajnih razlika u presuđivanju“. Uz to, za ujednačenu sudsku praksu je sa stanovišta nacionalnog pravnog sistema posebno značajno postojanje funkcionalnog mehanizma koji bi mogao obezbediti uniformnu primenu prava.<sup>9</sup> Stoga primena supstantivno sličnih pravnih normi na lica koja pripadaju skoro pa identičnim grupama mora biti ujednačena, kao što mora postojati mehanizam za rešavanje eventualnih neujednačenosti. Osim toga, taj mehanizam mora biti funkcionalan i upotrebljavan (*Nejdet Sahin and Perihan Sahin v Turkey*, 13279/05, § 53).

Konačno, budući da se praksa ESLJP „shvata ozbiljno“ u državama-ugovornicama, tako jasan stav o obavezi ujednačavanja sudske prakse ukazuje na to da su države pod jurisdikcijom ESLJP dodatno podstaknute da sudska vlast u njima sledi doktrinu *stare decisis*, iako zbog različite prirode nacionalnih pravnih sistema pod njegovom „jurisdikcijom“ ESLJP to izričito ne zahteva.

### 3. REGULATIVNA FUNKCIJA SUDSKE VLASTI

#### 3.1. Obaveznost precedenta

Herbert Hart je verovao da u takozvanim „lakim“ ili jednostavnim slučajevima, kada ne postoji spor oko toga koja je pravna norma primenljiva i šta ona znači u konkretnom slučaju, sudije treba da je primenjuju shodno njenom nespornom jezičkom značenju. Drugim rečima, oni u takvim slučajevima treba da rasuđuju na osnovu pravnih normi, kao autoritativnih razloga, bez upliva vlastitih ideoloških, moralnih ili političkih uverenja, čak i ako im se čini da će rezultat njihove odluke, s moralnog, političkog, ekonomskog ili drugog

<sup>8</sup> Opširnije o tom stavu Evropskog suda za ljudska prava up. Popović 2021.

<sup>9</sup> „Postojanje dveju kontradiktornih odluka Vrhovnog suda u istoj stvari nespojivo je s načelom pravne sigurnosti [...] uloga viših sudova upravo je u tome da razreše dileme oko različitih pravnih shvatanja, uklone dileme i osiguraju jedinstvenu primenu prava“ (*Vusić v Croatia*, 48101/07, §45).

relevantnog aspekta biti nepoželjan (Hart 1958, 615).<sup>10</sup> Takav stav je u skladu s njegovim shvatanjem prirode prava, uloge zvaničnika u pravnom sistemu i najposle prirode pravnih normi kao autoritativnih razloga.

Takav Hartov stav se može „prevesti“ i poopštiti stavom savremene pravne teorije prema kojem važeća pravna pravila (naročito za sudove, ali ne samo za njih) predstavljaju isključujuće (ili preemptivne) i sadržinski nezavisne razloge za delanje.<sup>11</sup> Ne ulazeći u konceptualnu preciznost takve karakterizacije pravnih pravila, ona se ipak može pokazati korisnom kada se utvrđuje obavezujući status precedenata, to jest odnos sudova prema opštim preskriptivnim iskazima koji su izneti u presudama u prethodnim sličnim slučajevima. Rečju, ukoliko takvi iskazi mogu biti (1) isključujući i (2) sadržinski nezavisni razlozi za sudove prilikom donošenja potonjih odluka u sličnim slučajevima, onda između njih i važećih pravnih pravila u drugim izvorima prava ne bi bilo značajne konceptualne razlike. I onda bismo, najkraće rečeno, precedentna pravila mogli smatrati opštim pravnim pravilima *simpliciter*.

Ovom prilikom ću se zadržati samo na drugoj karakteristici jer je, najpre, isključujuća priroda pravnih pravila kao razloga za delanje<sup>12</sup> odviše složena i kontroverzna<sup>13</sup> da bi joj se na ovom mestu posvetila potrebna dodatna pažnja i, drugo, zbog toga što se ona najčešće povezuje sa sadržinskom nezavisnošću pravila, kao razloga za delanje.

Koncept sadržinski nezavisnih razloga (SNR) uveo je u jurisprudenciju Hart (Hart 1982, 252–255), a na njegovom tragu razradio ga je Džozef Raz. On SNR definiše na sledeći način: „Razlog je sadržinski nezavisan ako ne postoji *direktna veza* između razloga i radnje za koju je taj razlog razlog“ (Raz 1986, 35). Ipak, Razova definicija nije najpreciznija jer je izraz „direktna veza“ neodređen, i u delu koji se odnosi na to šta je „direktno“ a šta ne i u delu koji

---

<sup>10</sup> Kako Mekormik ističe, „courts should apply previously announced rules to present cases that fall within the rules' terms even when the courts' own best judgment, all things considered, points to a different result“ (MacCormick 1994, 168).

<sup>11</sup> O prirodi pravnih pravila up. Alexander, Sherwin 2001, 26–35; Raz 1979, 21–22, 30–33.

<sup>12</sup> U najkraćem, autoritativno pravilo je isključujući razlog za delanje, ukoliko iskaz autoriteta predstavlja razlog prvog reda za H da učini radnju R, ali takode i razlog drugog reda da H ne postupi prema razlozima prvog reda koji govore u prilog neizvršenja radnje R. Dakle, taj iskaz je u isto vreme i razlog prvog reda i razlog drugog reda. Kao razlog drugog reda, on je razlog da se ne dela iz (određenih) razloga prvog reda, to jest isključujući razlog (Raz 1979, 17).

<sup>13</sup> O debatama o prirodi precedenata u *common law*, kao isključujućim razlozima up. opširnije Perry 1987, 221 i.d.

se odnosi na izraz „veza“. Stoga Postema preciznije karakteriše sadržinski nezavisne razloge kada kaže da njihovo postojanje i prepoznavanje „ni na koji način ne zavisi od ocene poželjnosti ili moralnih vrednosti radnje za koju je taj razlog razlog“ (Postema 1987, 86). Slično misli i Grin kada „suštinu ideje“ sadržinske nezavisnosti vidi u tome da činjenica kako je neka radnja pravno obavezna ima normativne konsekvence „nezavisno od prirode i ispravnosti same te radnje“ (Green 1990, 225). Tako je, na primer, zapovest, kao razlog, nezavisna od sadržine zapovedene radnje jer zapovest u principu može da bude razlog za bilo kakve radnje, uključujući i one sasvim suprotne sadržine.<sup>14</sup> Neki autoritet mi može izdati zapovest da ostanem u prostoriji ili da je napustim. U oba slučaja, njegova zapovest će predstavljati razlog za radnju, uprkos poželjnosti ili moralnosti same te radnje. Na sličan način, veli Raz, i obećanja se, primera radi, mogu posmatrati kao sadržinski nezavisni razlozi (Raz 1999, 70).

Kako u ovom smislu stoji stvar s „pravilima“ koja se nalaze u obrazloženjima sudskih presuda? Kao što je pokazano na primeru pravnog sistema SAD (Dajović 2022, 263 i.d.), izvor iz kojeg potiče ili status koji uživa u pravnom poretku od drugih aktera (a najvažnije, od samih sudija) precedentu daje njegovu obaveznu snagu. Rečju, precedent ne crpi autoritet iz svog *sadržaja* ili uverljivosti rezona kojim se „precedentni“ sud vodio.<sup>15</sup> Ukoliko bi, primera radi, moralna neispravnost ili utilitaristička nepoželjnost bile dovoljne za sud da u konkretnom sporu odbaci precedent, onda od obaveznosti precedentu, to jest od doktrine *stare decisis*, ne bi ostalo ništa (Waldron 2007, 201; Lindquist, Cross 2005, 1161). Stoga je, kako ističe Šauer, snaga precedentu najvidljivija u slučajevima u kojima se sudija iz aktuelnog slučaja ne slaže s odlukom koja je doneta u precedentnom slučaju. Kada sudija donosi odluku u aktuelnom slučaju zato što se slaže s ishodom precedentnog slučaja ili zato što je ubeđen u to valjanom argumentacijom precedentnog suda, tada doktrina *stare decisis* postaje suvišna (Schauer 2012, 124). Prema tome, *sadržina* samog precedentu nije odlučujuća za postojanje njegove obavezujuće prirode. Stoga su „i akti zakonodavca i presude sudova *pravno autoritativne* direktive i jednako su (važeće) pravo, premda u različitoj formi“ (Duxbury 2013, 20).

Pomenuti primer stomatologa koji se smatra „lekarom“, u smislu člana Krivičnog zakonika (Dajović 2022, 257–258) može, u tom smislu, biti ilustrativan i pokazati kako funkcioniše doktrina *stare decisis* i u čemu se

<sup>14</sup> „The reason is in the apparently ‘extraneous’ fact that someone ...has said so, and within certain limits his saying so would be reason for any number of actions, including (in typical cases) for contradictory ones“ (Raz 1986, 35).

<sup>15</sup> Taj stav do izvesne mere ublažava i koriguje Lamond (up. Lamond 2005).

*obavezujući precedenti razlikuju od persuazivnih.* Prilikom rešavanja tog pravnog pitanja, neki potonji sud koji bi stomatologu sudio za krivično delo nesavesnog lečenja, mogao bi da pribegne jezičkom argumentu i da, na osnovu njega, zaključi da se u uobičajenoj jezičkoj komunikaciji stomatolozi nikad ili bezmalo nikad ne nazivaju lekarima. Uobičajeno je da ćemo zubara osloviti kao „doktora“, kao što to činimo i sa lekarima i poznato je da oni tu titulu stižu, baš kao i lekari, na kraju fakultetskih studija. Ali jezička praksa svakako ne ide u korist jezičkog tumačenja da su stomatolozi „lekari“. U prilog takvom jezičkom interpretativnom argumentu išao bi i jedan sistemski. Naime, već u članu dva važećeg Zakona o komorama zdravstvenih radnika<sup>16</sup> predviđa se da postoje različite komore za lekare i stomatologe, to jest Lekarska komora i Stomatološka komora i da je članstvo tih komora, respektivno, sastavljeno od lekara i stomatologa, čime se jasno ne ističe samo razlika između ta dva pojma već i razlika u prirodi njihove delatnosti. Najzad, prilikom pravne kvalifikacije u aktuelnom slučaju, potonji sud može u obzir da uzme i prvobitno, „precedentno“ tumačenje, kao kontraargument, ali ono je tada samo jedan od argumenata (tzv. interpretativni argument precedentna), koji sud odmerava i koji ne mora u konačnoj odluci da odnese prevagu nad jezičkim ili sistemskim (ili bilo kojim drugim) argumentima. I tada bi u pitanju bio samo takozvani persuazivni precedent.

Međutim, suprotno ovom argumentativnom toku, sud koji bi rešavao potonji slučaj, držeći se doktrine *stare decisis*, ne bi razmatrao interpretativne argumente u prilog ovog ili onog značenja zakonskog termina „lekar“ i da li ono denotira i stomatologe. On bi koristio interpretativni precedent koji je postavio precedentni sud u prethodnom sličnom slučaju i to ne kao argument u prilog značenja termina „lekar“ koje obuhvata i stomatologe, već u smislu interpretativne „norme“ koju je obavezan da primeni, ne ulazeći u njenu opravdanost niti argumentujući u prilog ili protiv njenog sadržaja i smisla.

### 3.2. Kanonizacija pravila u precedentu

Imajući na umu ono što je rečeno o praktičnom obnašanju regulativne vlasti u anglosaksonskom sistemu (Dajović 2022, 263 i.d.), a naročito *normativne razloge predvidljivosti i jednakosti*, čini se da je bitan faktor vršenja i domašaja regulativne funkcije sudske vlasti i način na koji je sudovi vrše. Tu prevashodno mislim na način *uobličavanja* precedentna u obrazloženjima sudskih presuda. Iz primera koji su navedeni u prvom delu

---

<sup>16</sup> Zakona o komorama zdravstvenih radnika, *Sl. glasnik RS*, 107/2005 i 99/2010.

rasprave (Dajović 2022, 252–260) i mogućnosti da kroz interpretativne precedente sudovi tumačenjem dopunjavaju pravo, a slično važi i za stvaranje prava, jasno proizilazi da je najpoželjniji oblik kreiranja precedenata takozvano kanonizovano opšte pravilo ili jasna norma-definicija.<sup>17</sup> Jer, kako Voldron veli: „(A)rgument (predvidljivosti) generiše argument da se precedent poštuje, samo u odnosu na onaj precedent čiji je uticaj na slučaj koji se trenutno razmatra *jasan i nesporan*“ (Waldron 2007, 201). A da li je taj uticaj „jasan i nesporan“ jednostavnije će se utvrditi ako je sam precedent formulisan kao jasno i određeno pravilo ili kao norma-definicija.

Ukoliko je, pak, precedent u formi „implicitnog pravila“ (Dajović 2022, 270), često se, konstatuju teoretičari, pojavljuje problem razlikovanja između *ratio* i *dictum*-a, koji ostavlja prostor da se od implicitnog pravila lako odstupa u potonjim slučajevima (Merrill 1993, 63). Kao primer te „nepouzdanosti“ Meril navodi poznatu presudu Vrhovnog suda SAD o abortusu, *Roe v. Wade*.<sup>18</sup> „Šta je *holding* u slučaju *Roe v. Wade*? Da su državni zakoni koji inkriminišu abortus neustavni (kao što sugerišu mišljenje predsednika suda, Renkvista u slučaju *Webster v. Reprod. Health Servs.*, 492 U.S. 490, 521 (1989))? Da se abortus mora dopustiti sve dok plod ne oživi (kao što se sugerišu u zajedničkom mišljenju u slučaju *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791, 2804 (1992))? Da je (pravo na) abortus temeljno ljudsko pravo, koje se može regulisati samo ako treba ostvariti neki uverljiv društveni interes (kao što je označeno u većini odluka nakon *Roe v. Wade*)?“ (Merrill 1993, 63, fus. 89).

Dakle, jasna je prednost precedenta u formi kanonizovanog pravila ili norme-definicije u odnosu na precedent u formi „implicitnog pravila“ ili standarda. Uprkos tome, valja naglasiti sledeće. I kada je precedent u formi kanonizovanog pravila ili norme-definicije, to ne znači da se on ne može, potonjim presudama, na izvestan način graduelno razvijati. Iako uobličavanje precedenta u formi kanonizovanog pravila ima značajne prednosti, poteškoća je u tome što sudovi nisu idealna mesta za stvaranje pravila koja će, da tako kažem, biti opšteobavezujuća linearno. Drugim rečima, i kanonizovana precedentna pravila i norme-definicije podložni su korekcijama ili izuzecima. Uostalom, primarna funkcija sudske vlasti

---

<sup>17</sup> Podsećam da te norme-definicije Buligin naziva definicionim sentencama (Dajović 2022, 258). On izričito kaže: „[T]he contribution of the judge to the creation of law is not restricted to the creation of norms; equally important, and perhaps even more important, are the judge’s definitions of legal concepts.“ I zbog toga je „case law... a source of law in the sense that judges contribute to the creation of legal norms and to the definition of legal concepts“ (Bulygin 2015, 86, slično i 87).

<sup>18</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

je adjudikativna. Sudovi su fokusirani, pre svega, na činjenice konkretnog slučaja, onako kako su one predstavljene od učesnika u sporu. To znači da subjekti prava koji bi u budućim slučajevima bili podložni precedentnom pravilu ni na koji način ne mogu da utiču na njegovo donošenje i izvan su vidokruga suda u precedentnom slučaju (Sherwin 1999, 1188). Stoga je u anglosaksonskoj teoriji opšteprihvaćena teza da svi potonji sudovi, iako vezani precedentom, imaju ovlašćenje da „prave razliku“. To, zapravo, znači da mogu da „dopunjuju“ precedent ili da u odnosu na njega uspostavljaju izuzetke, imajući u vidu razlike između činjeničnog stanja u precedentnom i aktuelnom slučaju.<sup>19</sup> Na taj način se precedentno pravilo „pročišćava“ i grana kroz čitav niz slučajeva i pokazuje se njegova (ne)ispravnost u različitim, iako srodnim, činjeničnim kontekstima (Sherwin 1999, 1189).

Istovremeno, u tome leži možda najveća prednost primene doktrine precedenata – precedenti se mogu finim podešavanjima prilagođavati najrazličitijim društvenim okolnostima. Precedentno pravo se na taj način razvija postepeno i u skladu s potrebama i prilikama okruženja na koje treba da deluje. Ono je, poput krošnje drveta, koja u povoljnim uslovima stalno buja, terajući nove izdanke, „grane“ i „grančice“. I dok, zakonodavac može celo „drvo“ zakona ili čitavog dela pravnog sistema jednim reformskim potezom da „poseće“ i posadi novo, sudska vlast, putem precedenata, deluje upravo suprotno.

U tom svetlu, korisno je podsetiti se, na primer, odluke Apelacionog suda (Dajović 2022, 256) o tome da se zabrana nošenja oružja ne odnosi samo na javni prostor nego i na privatno dvorište vlasnika oružja. Prvo, ta formulacija se, bez sumnje, može tretirati kao jedna vrsta interpretativne norme. Drugo, ona dopunjuje, razrađuje ili precizira „izvornu“ pravnu normu iz zakona – iako se njeno značenje može zasnovati na značenju zakonske norme, ona ipak predstavlja njeno preciziranje ili dopunu te, u tom smislu, i „stvaranje“ prava. I treće, sve to ne znači da takvo pravilo ne može budućim sudskim odlukama graduelno da se „razvija“, odnosno da trpi izuzetke, da bude difizibilno. Zamislimo, na primer, slučaj u kojem je optuženi oružje nosio kroz dvorište, da bi ga odložio u ormarić za čuvanje oružja koji se nalazi u garaži, pored kuće. Ili slučaj domaćinstva u planinskom kraju, u kojem se često događa da opasne divlje životinje upadaju na imanja, pa vlasnik

---

<sup>19</sup> „Pravljenje razlike (*distinguishing*) je praksa u kojoj kasniji sudovi navode neke razlike između činjenica precedentnog slučaja i činjenica iz kasnijeg slučaja kako bi objasnili zašto ne slede precedent. Kasniji slučaj može jasno da potpada pod opseg ranijeg *ratio*... ali kasniji sud može odbiti da utvrdi (isti) konačan ishod C na osnovu toga što postoji neka karakteristika u potonjem slučaju koja nije prisutna u precedentnom slučaju koja pruža dobar razlog da se ne utvrdi rezultat C“ (Lamond 2005, 9).

upotrebi oružje u dvorištu kako bi otklonio opasnost koja pretil njegovoj stoci. U svakoj od tih situacija, i u nizu drugih, koje se mogu zamisliti kao realne, moguće je da će sud, prilikom primene precedentnog pravila, imajući na umu *ratio* precedentata i činjenice aktuelnog slučaja, doći do zaključka da je precedentno pravilo nepodesno da bi se primenilo u datim okolnostima, to jest da ga treba „dopuniti“, „razviti“ ili u odnosu na njega uspostaviti izuzetak.

Zbog toga je moguće, čak i kada je u pitanju precedent u obliku kanonizovanog pravila ili norme-definicije, da sud u potonjem slučaju oceni kako ga ne treba primeniti u aktuelnom slučaju jer su činjenični sklopovi precedentnog i aktuelnog slučaja, premda srodni, ipak različiti u relevantnom smislu. Međutim, takvim postupanjem suda ne oslabljuje se obaveza koju diktira doktrina *stare decisis*. Sudije u takvim slučajevima ne poriču obaveznost precedentata (jer im se on ne „dopada“, jer ga smatraju „pogrešnim“ itd.) već samo rezonuju da su činjenice u aktuelnom slučaju *bitno* drugačije nego u precedentnom slučaju (Lindquist, Cross 2005, 1163).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> „Distinguishing is certainly subject to some constraints; the later court must point to some difference between the facts of the two cases that it regards as providing a good reason for not following the result in the precedent. This can be represented as follows. If the *ratio* is:

R = If {J,K,L}, then C

Then (1) the later court must alter R only by adding a new element to {J, K, L} (or by substituting a subcategory of J, or K, or L, for that element), thereby narrowing the scope of R; and (2) the amended rule must not be inconsistent with the result in the precedent case“ (Lamond 2005, 10).

Međutim, valja istaći da je to pitanje u teoriji i praksi doktrine precedentata jedno od najsloženijih. Ovlašćenje sudova na „pravljenje razlike“ (*distinguishing*) prirodna je posledica činjenice da je doktrina precedentata nastala kao derivat specifične prakse u sistemima *common law*, a to je praksa sudskog odlučivanja *case-by-case*. Fundamentalna razlika između sudova koji odlučuju kazuistički i sudova koji odlučuju na osnovu unapred postavljenih (obično zakonskih) pravila je to što su u prvom sistemu sudovi upućeni da opšte pravilo ili princip (ili *ratio*) na kojem će zasnovati presudu izvlače iz konkretnog činjeničnog konteksta. Stoga se i sistem pravila i principa *common law* razvija graduelno, postepeno i organski se grana, kao što je upravo i opisano. On je veoma uslovljen činjeničnim kontekstima konkretnih slučajeva. To, naravno, nije slučaj u kontinentalnim sistemima u kojima su opšta zakonska pravila nezavisna od konkretnih činjeničnih konteksta, već su činjenice opisane u hipotezi pravila na apstraktan način. U ovoj raspravi, koja je sasvim načelne prirode, nemoguće je podrobnije razmotriti to važno pitanje. Ipak, meni se čini da primena doktrine precedentata i na tumačenje pisanih, zakonskih pravila veoma dobrodošla upravo stoga što ublažava krutost apstraktnih formulacija u praksi, čineći sudove senzibilnijim na konkretne činjenične kontekste. I to je jedan od ključnih razloga zbog kojih smatram da sudska vlast regulativnu funkciju može i

### 3.3. Promena precedenta

Na izvestan način, izlaganjem na kraju prethodnog pododjeljka, prišao sam još jednom bitnom pitanju u vezi s doktrinom *stare decisis* – pitanju promene precedenta. Kažem, „na izvestan način“, jer tom prilikom nije opisano odbacivanje ili promena precedenta već karakteristično svojstvo primene doktrine *stare decisis* u sistemima *common law* da postojeći precedent potonji sud može da dopunjava ili razvija. A kada je reč o samoj *izmeni* precedenta, prema toj doktrini, drugi (po pravilu, najviši) sudovi u sličnim slučajevima ne treba da menjaju precedentna pravila, osim da bi se eliminisali precedenti, koji su od početka bili loši ili koji su takvi postali zbog promenjenih društvenih prilika.<sup>21</sup> Stoga je korisno ustanoviti razloge zbog kojih se može izmeniti ili ukinuti postojeći precedent jer se, u krajnjoj liniji, i zakoni menjaju ili ukidaju pa je društveno i pravno opravdano da se menjaju i ukidaju i precedenti. Ipak, razlozi za tu promenu moraju biti restriktivni – razlozi za promenu zakona su stvar političke volje zakonodavca, razlozi za promenu precedenta ne smeju da budu stvar puke volje trenutnih sudija.<sup>22</sup>

Ključan restriktivni razlog bi mogao da bude standard koji polazi od pretpostavke u korist održanja precedenta na snazi, što znači da se precedent može „oboriti“ samo ako je *očigledno i ozbiljno neopravdan* (Alexander, Sherwin 2001, 26). Standard očiglednog i ozbiljnog nedostatka opravdanja je standard sveukupne procene pravila, a ne standard kojim se ocenjuje opravdanost primene precedentnog pravila u konkretnom slučaju. Sud mora primeniti pravila na slučajeve u kojima odlučuje, čak i ako je uveren da odluka u konkretnom slučaju dovodi do nepoželjnog ishoda, uzimajući sve razloge u obzir. Jer i dobar precedent može u konkretnom slučaju dovesti do lošeg ishoda. No, to ne opravdava njegovo odbacivanje u svakom takvom slučaju. Samo ako je sud uveren da će precedentno pravilo, ako se dosledno poštuje, u budućnosti proizvesti mnogo više grešaka nego što će ih sprečiti,

---

treba da vrši samo kroz konkretne, pojedinačne presude, a ne, recimo, kroz načelne pravne stavove, kojima nedostaje ta povezanost s konkretnim činjenicama slučaja (Dajović 2022, 259 fn. 43).

<sup>21</sup> Pomenuo sam na početku prethodnog odeljka da je Holms govorio da doktrina precedenta može biti „odbojna“. Tom prilikom, on je istakao i da „je još odbojnije ako su osnovi na kojima počiva (precedentno pravilo) već odavno iščezli, a to pravilo prosto nastavlja da perzistira na slepoj imitaciji prošlosti“ (Holmes 1897, 469).

<sup>22</sup> Ipak, pojedini autori primećuju da nije uvek tako. Ili, bolje rečeno, da je tako kada je sud relativno nezainteresovan za prirodu spornog pitanja u aktuelnom slučaju. Međutim, kada su, sa stanovišta moralnih, političkih ili drugih ličnih preferencija sudija, „ulozi“ visoki, one su sklone detaljnijoj analizi precedentnih odluka i odlučnije da uspostave novi precedent (Lindquist, Cross 2005, 1165–1166).

sud ne mora održati precedent na snazi. Drugim rečima, precedent je opravdano promeniti ili ukinuti samo ako će ta promena univerzalno voditi do pravednijih ili moralnijih ishoda.<sup>23</sup>

Drugi, dopunski i objektivniji standard, kada je u pitanju pristajanje suda uz precedentno pravilo, oslanja se, na nama dobro poznat, koncept sudske prakse. Naime, precedentno pravilo, prema tom standardu, neće biti obavezujuće za sud koji nije „sklon“ njegovoj primeni u konkretnom sporu ukoliko ono nije primenjivano i od drugih sudova, tokom izvesnog perioda vremena. Tek kada je višekratno preispitano u procesu sudijskog rasuđivanja i odlučivanja u različitim konkretnim slučajevima, precedentno pravilo stiče potvrdu da je pomenuti kriterijum kako će ono pre sprečiti nego što će proizvesti nepoželjne posledice u celini zadovoljen. Može se, u izvesnom smislu, reći da je kriterijum sudske prakse u stvari samo multiplikovana ili „ojačana“ verzija doktrine precedentata. Jer, u krajnjoj liniji, i ta sudska praksa je morala da započne od neke precedentne presude. Ipak, valja naglasiti da se primenom tog dopunskog kriterijuma „koriguje“ poreklo obaveznosti precedentnog pravila. Autoritet na osnovu kojeg ga potonji sudovi prihvataju kao obavezujuće više nije *samo* sud koji je prvi kreirao pravilo već niz sudova koji su ga kasnije usvojili i primenjivali (Alexander, Sherwin 2001, 22).<sup>24</sup>

Najzad, postoje i neki specifični standardi, kontekstualno prilagođeni konkretnoj jurisdikciji. Primera radi, Evropski sud za ljudska prava odstupa od ranijih precedenata kada se društvene okolnosti i shvatanja promene tako da izmenjena shvatanja i prakse prihvata najveći broj država-ugovornica. Kada je, recimo, ESLJP u slučaju *Riz protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>25</sup> prvi put odlučivao o tome da li je odsustvo pravnog priznanja izvršene promene pola u skladu s Konvencijom, jasno je zauzeo stav da odlučivanje o tome spada u domen slobodne procene (*margin of appreciation*) države članice. Tog „precedenta“ ESLJP se držao narednih petnaestak godina.<sup>26</sup> Međutim,

---

<sup>23</sup> Sličan princip, uostalom, važi i za primenu pisanih, zakonskih pravila (Feteris 1999, 81).

<sup>24</sup> Naravno, uvođenje sudske prakse, kao nadogradnje doktrine precedentata, „postavlja“ dodatna pitanja, koja se tiču kriterijuma *postojanja* precedentata. Koliko puta neka odluka treba da se potvrdi? Ili koliko dugo treba da se potvrđuje? Da li mora da se potvrdi samo od istog suda ili sudova istog ranga? (Alexander, Sherwin 2001, 23). O sudskoj praksi kao „izvoru prava“ up. Košutić 1974.

<sup>25</sup> *Rees v. The United Kingdom*, no. 9532/81 od 17. oktobra 1986.

<sup>26</sup> Up., na primer, slučaj *Cossey v. The United Kingdom*, no. 10843/84 od 27. septembra 1990 i slučaj *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, no 31-32/1997/815-816/1018-1019 od 30. jula 1998.

u slučaju *Godvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>27</sup> ESLJP je, dajući za pravo podnosiocu predstavke, istakao da je „precedentna“ presuda u slučaju Riz doneta u drugačijim okolnostima jer u to vreme nije postojao ni približno zajednički stav država-članica o pravnom priznanju promene pola. I budući da se taj kontekst vremenom promenio i da su mnoge države propisima uredile priznanje novostečenog polnog identiteta transseksualaca, ESLJP je u slučaju Godvin utvrdio povredu prava na privatni život iz Konvencije.

#### 4. ZAKLJUČAK

I prvi i drugi deo rasprave dominantno su bili posvećeni izlaganju dobro poznatih, nekontroverznih i jednostavnih tvrdnji o podeli vlasti, sudskoj vlasti, prirodi prava, primeni prava te opšteprihvaćenim vrednostima koje pravo treba da promiče. Iako su te tvrdnje mahom nesporne, njihovo iznošenje na videlo određenim redosledom poslužilo je da se dođe do zaključka koji nije nesporan. I pogotovo nije ni praktično ni teorijski nesporan u kontinentalnoj pravnoj kulturi. A taj zaključak se može sumirati rečima Entonija Kronmena: „Poštovanje prošlih odluka, precedenta, nije karakteristika samo nekih pravnih sistema. To je pre karakteristika prava uopšte. I gde god postoji skup praksi i institucija za koje verujemo da se osnovano mogu nazvati ‘pravom’, doktrina precedenata će biti na delu, utičući u manjoj ili većoj meri, na ponašanje onih koji su odgovorni da upravljaju tim institucijama i praksama“ (Kronman 1990, 1032, nav. prema Spaić 2018, 28).

Već na prvi pogled je jasno da tako univerzalno postavljena teza znači da se u njenom zasnivanju i izvođenju zanemaruju mnogi partikularni, ali ne manje važni momenti. Dolazak do tako opšteg zaključka podrazumeva da se ti momenti samo ovlaš predstave, ali ne i da se detaljnije analiziraju. Čini mi se da su među njima najvažnija pitanja, koja su spominjana, ali ne i detaljno razrađena, formulisanje odnosno izdvajanje precedenta iz presude, kao i dopune i izmene precedenta. Bez potpunijeg odgovora na ta pitanja i osnovna ideja ove rasprave, premda, čini mi se, u osnovi ispravna, ostaje nedovršena ili nepotpuna.

---

<sup>27</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95 od 11. jula 2002. Zahvaljujem se Sofiji Kovačević, koja mi je skrenula pažnju na te slučajeve.

\* \* \*

Na samom početku prvog dela rasprave pomenuo sam da je jedan od povoda za njen nastanak bio pokušaj da se promenama Ustava Srbije deo sudske „vlasti“<sup>28</sup> izmesti izvan sudova (Dajović 2022, 234). Ipak, intencija nije bila da se bavim pravnim sistemom Srbije. Iako pretpostavljam da obavešteni čitalac može da se zapita „kako bi doktrina *stare decisis* funkcionisala u sudovima u Srbiji?“, nameravao sam samo da pokažem dokle (mogu da) se prostiru granice sudske vlasti redovnih sudova u *bilo kom* razvijenom pravnom sistemu u kojem sudske presude nisu priznate kao formalan izvor prava. Zaključak je da te granice *mogu* i *treba da* obuhvataju uobičajenu adjudikativnu funkciju, ali, i na njoj zasnovanu, regulativnu funkciju. Prema tome, *mogućnost* i *poželjnost* da sudska vlast vrši regulativnu funkciju ispitivao sam generalno, a ne kako bi ona mogla da se vrši u konkretnom pravosudnom sistemu. Otuda nisam zalazio u pitanje konkretnog ustrojstva sudske vlasti (pa ni domaćeg) i njegovog uticaja na efikasnost i modalitet izvršavanja tih funkcija. Primera radi, jedan jedinstven i strogo hijerarhijski ustrojen sistem sudske vlasti verovatno bi olakšao efikasnije uspostavljanje njene regulativne funkcije. Ipak, i u takvom sistemu ostaje, među ostalim, otvoreno pitanje obaveznosti *horizontalnih* precedenata. I to nije samo pitanje organizaciono-sudske već i pravnoteorijske prirode. Stoga je ovaj tekst, metodološki posmatrano, prilog iz konceptualne i aksiološke, a ne iz empirijske analize institucija.

Najzad, sudsku vlast vrše sudovi, odnosno sudije, ali ukoliko treba da dosegne svoje krajnje granice i iskoristi sve kapacitete vlasti koje ima, sudstvo treba da se samorazumeva kao celina. To znači da svaki pojedinačni sudija ostaje nezavisan u odnosu na druge grane vlasti, kao i na druge sudije. Ali ne treba da bude nezavisan u odnosu na prethodne sudske odluke, baš kao što nije nezavisan u odnosu na zakone. Ukoliko ne govori jednim glasom kada su u pitanju precedenti, sudska vlast ne može da vrši regulativnu

---

<sup>28</sup> Termin „vlast“ se koristi pod navodnicima jer u Srbiji sudovi formalno nemaju onaj „komad“ vlasti koji u članku nazivam regulativnom funkcijom vlasti, a koju bi imala konstitucionalizovana sudska praksa, kao formalni izvor prava. Osim toga, kontekstualno uslovljen problem je to što se sudstvo u Srbiji ne percipira kao vlast, što su predstavnici sudske vlasti slabo vidljivi i neprepoznati u javnosti kao predstavnici vlasti, napokon, što same sudije u javnosti ne odaju utisak da sami sebe prepoznaju kao nosioce vlasti (Jovanović 2020, 7–8). Ipak, to nije značajno za raspravu čija je poenta da objasni i normativno opravda kapacitet savremene sudske vlasti, *kao takve*, da vrši regulativnu funkciju.

funkciju, slično sudskom veću koje ne bi vršilo adjudikativnu funkciju ako ne bi postojala jedinstvena presuda u konkretnom slučaju nego bi svaki član veća mogao da donosi presudu kakvu želi.<sup>29</sup>

Stoga je vršenje regulativne funkcije sudske vlasti i pitanje pravno-političke, ideološke i socijalne prirode. I tako se dolazi do jednog drugačijeg, ali tesno povezanog problema koji je u vezi s temom ove rasprave: *da li će i koliko vlasti sudska vlast u jednom pravnom poretku zaista imati nije pitanje za pravnu teoriju ili za pravnu filozofiju već je pitanje kulturnih, političkih, ekonomskih i socijalnih okolnosti u kojima sudije i sudstvo u celini deluju*. Jer samo ako pripadnici sudske vlasti razviju osobenu kulturu i ideologiju koja im je relativno zajednička i koju solidarno podržavaju, moguće je da sudsku vlast zaista vrše onako *kako mogu i kako bi trebalo da je vrše*. A da li će i na koji način takvu kulturu i ideologiju razviti, to je empirijsko pitanje. Zato je odgovor na pitanje *o uslovima* koji su potrebni da bi sudska vlast postala grana vlasti koja autonomno vrši adjudikativnu i regulativnu funkciju stvar empirijskih, a ne konceptualnih i normativnih istraživanja.

## 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] Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzarese, José Juan Moreso, Pablo E. Navarro, Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- [4] Claus, Laurence. 3/2005. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 419–451.
- [5] 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.

---

<sup>29</sup> „Kako bi osigurali da njihovi vlastiti precedenti ostanu na snazi, sudije moraju razviti norme reciprociteta u pogledu poštovanja odluka jednih prema drugima“ (Lindquist, Cross 2005, 1165). O jednoj vrsti „zajedničkog“ prihvatanja pravila priznanja, kao nužnom uslovu za njegovo postojanje i obaveznost, opširnije sam pisao u Dajović 2010, 255.

- [6] 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.
- [7] Dajović, Goran. 1/2022. Mogućnost regulativne funkcije sudske vlasti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70: 233–281.
- [8] Duxbury, Neil. 2013. *Elements of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [9] Ervin, Sam J, Jr. 1970. Separation of powers: judicial independence. *Law and Contemporary Problems* 35: 108–127.
- [10] Feteris, Evelin T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- [11] Green, Leslie. 1990. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press.
- [12] Hart, Herbert. 2/1955. Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review* 64: 175–191.
- [13] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [14] Hart, Herbert. 1982. *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press.
- [15] Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Second Edition with Postscript, eds. Raz & Bulloch. Oxford: Clarendon Press.
- [16] Hasnas, John. 2005. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. *New York University Journal of Law & Liberty* 1: 79–110.
- [17] Holmes, Oliver Wendell. 8/1897. Path of the Law. *Harvard Law Review* 10: 457–478.
- [18] Holmes, Oliver Wendell. 1920. *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace, and Co.
- [19] Jovanović, Miodrag. 2020. Predgovor – O sudstvu kao vlasti. 7–8. *Sudstvo kao vlast*, ur. Miodrag Jovanović, Ana Zdravković. Beograd: Cepriis.
- [20] Kutz, Christopher. 1/2001. The Judicial Community. *Philosophical Issues* 11: 442–469.
- [21] Kronman, Anthony T. 5/1990. Precedent and Tradition. *The Yale Law Journal* 99: 1029–1068.
- [22] Košutić, Budimir. 1973. *Sudska presuda kao izvor prava*. Beograd: Savremena administracija, 1973.

- [23] Lamond, Grant. 2005. Do Precedents Create Rules? *Legal Theory* 11: 1–26.
- [24] Lee, Thomas. 1999. Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review* 52: 647–735.
- [25] Liebwald, Doris. 2/2013. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 391–423.
- [26] 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.
- [27] MacCormick, Neil. 1994. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- [28] Merrill, Thomas W. 1993. Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments. *Cardozo Law Review* 15: 43–79.
- [29] Perry, Stephen R. 2/1987. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 7: 215–257.
- [30] Popović, Dragoljub. 2008. *Evropski sud za ljudska prava*. Beograd: Službeni glasnik.
- [31] Popović, Dragoljub. 2/2021. Inconsistent adjudication – a violation of the right to fair trial under the European convention on human rights. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 69: 315–338
- [32] Postema, Gerald. 1987. The Normativity of Law. 81–104. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, ed. Ruth Gavison. Oxford: Clarendon Press.
- [33] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [34] Raz, Joseph. 1986. *Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- [35] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [36] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia* XXVII: 27–44.
- [37] Schauer, Frederick. 2005. Rule-based decision-making in the development of legal institutions in political environments. Hague. [http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Schauer\\_presentation.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Schauer_presentation.pdf), poslednji pristup 29. novembar 2021.

- [38] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. NewYork – London: Routledge.
- [39] Sherwin, Emily. 1999. A Defense of Analogical Reasoning in Law. *The University of Chicago Law Review* 66: 1179–1197.
- [40] Solan, Lawrence M. 2016. Precedent in Statutory Interpretation. *North Carolina Law Review* 94: 1165–1234
- [41] Sunstein, Cass. 1996. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Troper, Michel, Christophe Grzegorzcyk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting statutes: A comparative study*. Eds. Neil McCormick, Robert Summers. Aldershot: Ashgate – Dartmouth.
- [43] Waldron, Jeremy. 2007. Law. 182–208. *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, eds. Frank Jackson, Michael Smith. New York: Oxford University Press.

**Goran DAJOVIĆ, PhD**

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

## **DESIRABILITY OF REGULATIVE FUNCTION OF JUDICIAL POWER**

### Summary

The article presents the follow-up to a previous article which expounds the thesis that in all developed legal systems court judgments *can be* sources of general rules and standards that will constraint the courts, as decision-makers, and then, consequently, other legal subjects, even if they are not formally recognized as sources of law.

In this article, the normative reasons in favor of performing the regulative function of the judiciary are first presented, with the most important ones being predictability and equality. It is then shown in which direction the regulative function could be performed by the judicial power of a typical continental system, if the judiciary, as a whole, accepts to perform it.

**Key words:** *Predictability. – Equality. – Judicial power. – Regulative function. – Precedent.*

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