

УДК 340.142; 34.018

CERIF: S 115, S 142

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22204A

Др Горан ДАЈОВИЋ*

ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ**

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

(Holmes 1920, 292–293)

Расправа се састоји из два дела и у њима се, респективно, заступају две основне тезе. Прва је да судске пресуде у свим развијеним правним системима могу да буду „извори“ општих правила која ће убудуће на обавезујући начин регулисати понашање судова, а онда, следствено, и

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, gorand@ius.bg.ac.rs.

** Основне идеје из ове расправе изложио сам на конференцији „Судство као власт“, која је одржана у Београду, 29. и 30. новембра 2019. године, на Факултету политичких наука, у организацији Центра за правосудна истраживања (ЦЕ-ПРИС), Центра за студије конституционализма Факултета политичких наука и Српског удружења за правну и социјалну филозофију (ИВРС). Захваљујем се Миодрагу Јовановићу, Данилу Вуковићу, Софији Мандић и другим учесницима и учесницама конференције на корисним коментарима које су том приликом изнели.

других правних субјеката, чак и ако нису формално признате као извори права. А друга је да оне то треба да буду из више разлога, од којих су најважнији предвидљивост и једнакост. У овом делу расправе најпре се излажу управо ти нормативни разлози у прилог вршења регулативне функције судске власти, а затим се показује у којем правцу би судска власт могла да врши регулативну функцију у једном типичном континенталном систему, ако судска власт, као целина, прихвата да је врши.

Кључне речи: *Предвидљивост. – Једнакост. – Судска власт. – Регулативна функција. – Прецедент.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У првом делу расправе (Дајовић 2022, 233–281) идеју о обавезности прецедената у развијеном правном систему бранио сам концептуалним разлозима, али они су само открили да је примена доктрине *stare decisis* могућа и у правном систему у којем се судске пресуде не сматрају актима који садрже обавезујуће опште правне норме, али не и да је пожељна. Уосталом, чак и у англосаксонском системима прецеденти нису у почетку имали ауторитет који имају данас. Такав статус задобијају тек у XIX веку (Lee 1999, 647–648; Hasnas 2005, 91–92). У питању је релативно нова пракса у односу на древност праксе *common law*, које се вековима ефикасно и успешно развијало и без ње. Другим речима, та пракса се не може оправдати позивањем на саму себе, то јест на древност и традицију, она се мора подупрети додатним, нормативним разлозима. Према томе, у развијеном правном систему доктрини прецедената су увек откључана врата. Поставља се само питање да ли судови *треба да* их отворе.

Пре него што се пређе на разматрање тог питања, упутно је да још једном нагласим на шта се тачно односе нормативни разлози о којима ћу расправљати у наставку. Прво, у расправи се бавим пре свега проблемом *хоризонталних* прецедената, код којих су суд који је творац прецедента и суд који прецедент примењује или исти суд или суд истог степена, јер обавезност *вертикалних* прецедената може да буде заснована на додатном разлогу судске хијерархије. И друго, када се у првом делу расправе говорило о регулативној функцији судске власти, претежно је била реч о деловима судских пресуда који задобијају канонизовану форму правила или норми-дефиниција (Дајовић 2022, 269), а која су обавезна као и друга правна правила. Убрзо ће бити јасно због чега инсистирам управо на тој форми прецедента.

Дакле, пошто концептуално није нужно већ је само могуће да судови у континенталном правном систему врше и регулативну функцију, да ли они *треба да је врше* – посебно је питање. У првом одељку изнећу четири разлога због којих судови не само да могу да врше регулативну функцију, него је и нормативно пожељно и оправдано да је врше.

У другом одељку ћу покушати да, кратком синтезом свих запажања и аргумената,¹ опишем контуре једне слике регулативне функције судске власти која би била оптимална за било који развијени правни систем у којем судске пресуде иначе, формалноправно посматрано, нису „извор“ права.

Најзад, у закључку ћу сумирати целокупно излагање, а затим изложити неколико напомена о томе чиме се у расправи *нисам* бавио. А држим да су то теме које могу бити природан наставак овог истраживања. У том смислу, ова расправа, у свом интегралном облику, може послужити као прикладан увод и темељ за нови истраживачки подухват.

2. ПОЖЕЉНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ – НОРМАТИВНИ ПОГЛЕД

Зашто би било пожељно у будућим сличним случајевима доносити одлуке које су у складу с прецедентом? Или, ако се питање обрне: зашто је погрешно у таквим случајевима доносити одлуке које су потенцијално најбоље, без ограничења која постављају претходне судске одлуке у сличним случајевима? Када се питања овако формулишу, јасно је да на заступнике доктрине *stare decisis* пада „терет доказивања“ њене пожељности (Waldron 2007, 204) јер би, без те доктрине, судије биле слободне да у сваком спору у којем суде, донесу одлуку коју у конкретном случају сматрају најбољом, најисправнијом, не осврћући се на одлуке својих претходника, што је, *prima facie*, најпожељнији могући исход.

У правној теорији се најчешће наводе два кључна аргумента у прилог доктрине *stare decisis*: аргумент предвидљивости у пресуђивању и аргумент једнакости у пресуђивању („једнаке случајеве третирати једнако“) (Waldron 2007, 201; Solan 2016, 1174–1175).² У овом одељку

¹ Не мислим само на аргументе и запажања из овог већ и из претходног текста (Дајовић 2022).

² Наглашавам да предвидљивост и једнакост нису основи због којих се прецеденти третирају као обавезујући. Они само указују на моралну вредност доктрине прецедента и, као такви, могу да је оправдају.

прво ћу размотрити та два аргумента, а онда изложити још два додатна, први, који је у ствари одговор на један чест контрааргумент против доктрине прецедената и други који је контекстуално специфичан за државе под „јурисдикцијом“ Европског суда за људска права (ЕСЉП).

2.1. Предвидљивост

Предвидљивост је важна вредност коју правни систем треба да промиче, понекад чак и по цену погрешних или макар не сасвим оптималних одлука.³ У правном систему у којем су судске одлуке јавно доступне, субјекти који нису непосредни учесници у конкретном спору очекиваће да ће судови и убудуће одлучивати на исти начин и, сходно томе, тежиће да своје понашање ускладе с таквом одлуком. Из тог разлога, повезивање доктрине прецедената с идејом предвидљивости, представља један од главних аргумената у прилог њеног практиковања. Јер, пракса поштовања већ донетих судских одлука које су јавно публиковане и добро познате на бољи начин служи потреби за предвидљивошћу права него пракса у којој би се судијама допустило да у сваком спору одлучују онако како они сматрају да је најбоље (Waldron 2007, 201).⁴

Међутим, иако овакав став не делује контроверзно, то је само на први поглед тако. Наиме, ако се пажљивије осмотри поље практичног делања *уопште*, лако се уочава да у многим ситуацијама појединац не жели да почини „грешку“ (по његовом суду) коју је претходно у сличној ситуацији неко учинио, јер не жели да понавља успостављен образац делања, само због чињенице да је он већ успостављен, то јест само због његовог временског приоритета. Другим речима, аргумент прецедента у корист неког начина делања често ће (истина, не увек) одступити пред другим, супстантивним аргументима против таквог устаљеног делања. Примера ради, од политичара чије одлуке такође имају утицај

³ У првом делу расправе, у одељку 4.2, наговештено је да је предвидљивост епифеномен владавине права (Дајовић 2022, 260 и.д.). Ипак, како у теорији постоје размимоилажења поводом тога да ли је владавина права елемент концепта права, овде се предвидљивост не посматра као део дела концепта права већ као правна вредност.

⁴ Како каже Шауер, „трагање за правдом и правичношћу у сваком случају је неизбежно у тензији са врлинама предвидљивости, поузданости, извесности и доследности које би донео прецизнији и ригиднији систем правила, као и у одређеној тензији са транспарентношћу које доноси одлучивање које је засновано на правилима“ (Schauer 2005, 12).

на живот многих, баш као и одлуке судије, нећемо очекивати да чини исте ствари као његови претходници, само да би био предвидљив. Напротив, уколико су такви поступци били погрешни или уколико би се то косило с његовим уверењем, очекујемо од њега да не следи уходане обрасце (политичког) делања. Због чега је онда снага тог аргумента у праву значајно већа? Зашто правници, а нарочито судије, придају такав значај прецеденту, до мере да га у појединим правним системима следе као обавезујуће правило делања? Или, ако се питање заоштри до краја: због чега би садашње судије требало да поштују прецедент и да (понекад) понављају „грешке“ некадашњих судија, само зато што су те „грешке“ прецеденти?

Такву врсту питања су постављали тако значајни правници и судије, иначе однеговани у систему прецедената, као што су Холмс или Скалија (*Scalia*). Тако је Холмс сматрао идеју прецедента „одбојном“ ако не постоји бољи разлог да судови буду обавезани правилом од слепог имитирања давне прошлости, примера ради, од чињенице да је оно настало у време Хенрија IV (Holmes 1897, 469). С друге стране, судија Скалија је саму доктрину *stare decisis* сматрао неспојивом с његовом заклетвом да ће поштовати Устав, а не одлуке његових претходника (Schauer 2012, 131).

На те примедбе може се одговорити идејом о стабилности и предвидљивости правног система, као *особеног поља практичког делања*. Ту је идеју прегнантно бранио њихов, не мање чувени колега, судија Брендис (*Brandeis*) када је у једној пресуди⁵ утврдио да је (доктрина) *stare decisis* обично мудра политика, јер „in most matters it is more important that [the question] be settled than that it be settled right“. Брендис је на тај начин, сматра Шауер, идентификовао најчвршћи аргумент у прилог доктрине прецедента: потребу за стабилношћу стабилности ради и потребу за предвидљивошћу предвидљивости ради. Та је потреба за многе аспекте живота значајнија од потребе да се у свакој могућој прилици донесе најисправнија одлука. Стога се доктрина прецедента не заснива на идеји да је потоњи суд мање способан, стручан и савестан у односу на прецедентни суд, те да се стога, да би исправно одлучио, мора установити његова дужност да следи прецедент. Она се заснива на једној позитивној вредности и предности која у одређеним областима људског живота надјачава потенцијалну добит од ситуације у којој би сваком суду и судији било допуштено да сâм настоји да донесе најбољу могућу одлуку у конкретном спору и да тако поправи или

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

побољша одлуке његових претходника. А те позитивне предности доктрине прецедената су предвидљивост и стабилност *правног* поретка (Schauer 2012, 131).

Обавезујући прецеденти доприносе предвидљивости на два начина. Прво, општост прецедентног правила проширује круг случајева (мимо оног конкретног случаја, у којем је пресуда донета) који се сматра регулисаним, а који то није био пре, због неодређености права или из других разлога (Дајовић 2022, 252–260). Штавише, у таквим случајевима би непредвидљивост и неизвесност у односу на питање „шта је право (у конкретном случају)?“ подриле идеју владавине права. Јер, да подсетим: када је закон неодређен (нејасан или вишезначан), њиме је правно питање само донекле или није уопште унапред „решено“ и онда се суд појављује као допуна или замена законодавца (Liebwald 2013, 392). Када одлука суда, у таквим ситуацијама, почива на прецеденту, она у конкретном случају не проистиче директно из закона (јер је закон, рецимо, неодређен) него на интерпретацији или на „допуни“ коју је суд створио путем прецедента у претходном сличном случају. Ипак, иако се не заснива на закону, таква одлука се заснива на праву јер је прецедентни суд овлашћен и дужан да самостално и независно пресуђује, а саставни део пресуђивања је, у таквим спорним случајевима, и образложење пресуде која не представља само пуку примену права. Уосталом, како констатује Санстин, „идеал (владавине права) не захтева потпуно прецизирање правних правила пре него што је случај настао. За људска биће је то немогуће амбициозан циљ. Уместо тога, он поставља скромнији захтев да се поштују претходне одлуке, и то из прагматичних разлога: „олакшаног одлучивања, једнаког третмана [правних субјеката] и судијске ‘скромности’ с обзиром на ограничено искуство и мудрост које поседују када доносе одлуку“ (Sunstein 1996, 192). Према томе, доктрина *stare decisis* је у складу с начелом владавине права, а не владавине људи (Lindquist, Cross 2005, 1160), јер док је оправдано да у случајевима када је закон неодређен прецедентни суд „доврши“ посао законодавца, никако не може бити оправдано да потоњи суд, одступајући од прецедента, заправо измени тако довршено право (Solan 2016, 1177).⁶

⁶ „(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).

Други начин на који доктрина прецедента доприноси предвидљивости јесте ауторитативност прецедента, чињеница да је он обавезујући и да потоњи суд не може да бира да ли ће га поштовати или не, у случају у којем су релевантне чињенице битно сличне чињеницама из прецедентног случаја. То гарантује *извесност* његове примене у будућим сличним случајевима и на тај начин додатно ојачава предвидљивост и стабилност права. Тиме се, уопште узев, смањује и простор судијама да у одлучивање уносе властите политичке, моралне и друге предилекције, а увећава се поверење јавности у непристрасност судија (Alexander, Sherwin 2004, 8). О ауторитативности прецедента биће још говора у наредном одељку.

2.2. Једнакост – „једнаке случајеве третирати једнако“

У правној теорији и пракси општеприхваћена је идеја да стране у спору треба третирати на исти начин као што су третиране стране у неком претходном сличном спору (Alexander, Sherwin 2004, 3; Hasnas 2005, 88). Или, другачије речено, оправдана је претензија странке да суд о њеном праву одлучи на исти начин као што је одлучио о истом или сличном праву друге странке у прецедентној пресуди. Уколико би потоњи суд одлучио другачије, сматра се да би поступио арбитрарно и да странка не би имала праведан и фер третман. Из тог разлога се у прилог поштовању доктрине *stare decisis* наводи да она омогућује остварење једне од темељних вредности правног поретка да „с једнакима треба поступати једнако“. Та идеја је тим више оправдана када је реч о такозваним интерпретативним прецедентима. Јер, резонује се, у самој природи закона је да су то општи и универзално применљиви прописи, а та својства закони би изгубили уколико би их у истим или сличним случајевима судови различито *тумачили* и, сходно томе, различито примењивали (Toper, Grzegorzcyk 1997, 126).

Иако на први поглед принцип једнакости изгледа као фундаменталан и општеприхваћен правни принцип, у литератури се износи неколико приговора идеји да тај принцип представља (самосталан) нормативни аргумент у прилог доктрине прецедента. Покушаћу у наставку, укратко, да опишем неколико приговора и да одговорим на њих.

Најпре, износи се примедба да тај принцип може да уназади *моралну* снагу захтева „с једнаким једнако“ уколико је у првом, прецедентном случају донета погрешна одлука. Ослањајући се на тај морални принцип потоњи судови би, понављајући исту грешку, заправо усмерили одлучивање ка неморалнијим исходима него што би то био случај да

су, не ослањајући се на принцип једнаког третмана, у наредним пресудама исправили почетну грешку. Тако би се, заправо, један морални принцип, иронично, ставио у службу неморалности – конзистентном применом неморалног, неисправног прецедента, оно што је базично неморално постало би наводно „морално“ јер би се заснивало на моралном принципу једнакости (уп. Alexander, Sherwin 2004, 4).

Међутим, мени се чини да се тим приговором занемарују два битна момента. Прво, принцип једнаког третмана једнаких случајева је, у основи, формалан принцип. Уколико је „једнак третман“ супстантивно неморалан, онда неморалност није последица једнакости „третмана“ него „третмана“ као таквог. И она се не решава тако што ће се неки случајеви „третирати“ неједнако а неки једнако у односу на супстантивну неморалност третмана у изворном случају. Она се уклања тако што сам „третман“, као такав, бива уклоњен. У вези с тим, таква врста неморалности јавља се и када се неморални законски прописи једнако примењују у једнаким случајевима – она није карактеристична само за једнаку примену неморалних прецедената. Међутим, постоји битна разлика. Лоше, неправедне и неморалне прецеденте много је лакше уклонити него исте такве законске прописе. На тај начин, проблем се не решава одбацивањем принципа једнакости него одбацивањем самог прецедентног правила. А могућност промене или одбацивања прецедента саставни је део доктрине *stare decisis*. О начину и разлозима због којих се један прецедент може одбацивати биће речи у наредном одељку.

Други приговор се тиче „самосталности“ аргумента једнакости. Ако се принцип једнакости одвоји од супстантивних разлога на основу којих се оцењује да ли су два случаја једнака или нису, приговор вели да он нема озбиљну „аутономну“ уверљивост јер се увек може свести на предвидљивост. Наиме, уколико принцип „једнаке третирај једнако“ каже само да у случају да смо претходно на основу супстантивних разлога утврдили да су два случаја једнака треба једнако и да их третирамо, онда доктрина прецедента налаже оно што је већ и речено: актуелни случај ће се решити исто као и прецедентни, чак и када потоњи суд сматра да је прецедентни случај решен погрешно. Међутим, аргумент једнакости тада губи сву своју моралну вредност и „раствара“ се у аргументу стабилности и предвидљивости који је Брендис изнео, а који сам малочас споменуо. На основу свега тога, Шауер закључује да „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).

Одговор на тај приговор се, чини ми се, може наћи у одбрани принципа једнакости уопште. Наиме, уверење да „једнаке треба третирати једнако“ заснива се на припадности субјеката у спору заједници у којој постоје одређени принципи и правила који повезују људе у заједницу. Те принципе и правила судије не треба да занемаре или замене у свакој ситуацији у којој постоји превага других моралних или пруденцијалних разлога да се они занемаре или замене. Шта то, у најкраћем, значи?

Примера ради, ако се од туженог Х захтева да надокнади штету тужиоцу, а поставља се питање да ли је оправдано да плати штету за коју он сматра да му се без основа намеће или да је основ његове одговорности неморалан, одговор се може наћи у принципу фер-плеја. То је добро позната Хартова идеја коју он, сажето, формулише на следећи начин: „Када одређени број људи предузима неко заједничко делање у складу с правилима, која ограничавају њихову слободу, они који су се подвргли тим ограничењима када се то од њих тражи, имају право на слично потчињавање оних који су имали користи од њиховог потчињавања“ (Hart 1955, 185).

Међутим, тај аргумент ће имати смисла, како умесно примећује Волдрон, само уколико принцип на основу којег Х одговара у актуелном случају остаје непроменљив у односу на претходни случај у којем је можда он био тужилац или је имао индиректну корист од тога што је неки други тужилац имао корист (Waldron 2007, 203). На тај начин, доктрина прецедента постаје императив фер односа према појединцу као члану заједнице.

Према томе, нарочит значај принципа „једнаке третирај једнако“ у односу на доктрину прецедента треба посматрати управо из тог угла. Тај принцип је битан разлог због којег треба истрајати на њеном поштовању, чак и када је у питању прецедент који је, рецимо, због ретке примене изгубио значај са становишта *предвидљивости*. Утолико пре поштовање прецедента има смисла и у случајевима у којима се питање предвидљивости не може ни поставити, будући да су слични или истоврсни случајеви који се пресуђују настали у исто или приближно исто време, али у којима се пресуде не доносе истовремено. Примера ради, ако велики број клијената који су потписивали исте или сличне уговоре о кредиту с банкама поднесе тужбу у исто или приближно исто време због одређених (у свим уговорима на исти начин уређених) накнада, које тужиоци сматрају незаконитим, не може се говорити о томе да би њихов потоњи неједнак третман пред судовима, који би се огледао у битно различитим пресудама, нарушио начело предвидљивости. Али би, без сумње, повредио принцип „једнаке третирај једнако“.

Дакле, прецедент у обе поменуте ситуације нема функцију да гарантује стабилност и извесност права већ да обезбеди једнак третман конкретних појединаца у конкретном спору. „Ако је третман актуелног случаја на начин који је у складу са ранијим случајем питање поштовања личности, онда смо дужни према актуелним странкама да... схватимо шта значи једнако поступање с њима [у односу на раније странке]“ (Waldron 2007, 202–203).

2.3. Природа судске власти (и њен значај за слободу појединца)

Следећи аргумент у прилог прихватања доктрине *stare decisis* није толико аргумент „за“ (премда, делимично јесте и то) него је више аргумент који отклања један контрааргумент. О чему је реч? У правној и политичкој теорији сматра се неспорним да је у природи сваке власти склоност да максимизује свој политички и правни утицај. Тако би требало да је „природна“ и склоност судске власти да максимизује свој утицај на право. А судска власт која, следећи доктрину *stare decisis*, претвара делове образложења пресуда у (ново) право, то јест врши регулативну функцију, такав утицај остварује у највећој замисливој мери (Claus 2005, 435; Lindquist, Cross 2005, 1165).

Након таквог неспорног закључка, намеће се питање да ли је поменута природна тежња носилаца сваке власти, па према томе и носилаца судске власти (уколико се они заиста осећају као носиоци власти) оправдана? Или ипак системом контроле и равнотеже треба ограничити такве аспирације судија и судова из разлога из којих се таква врста ограничења примењује и на друге две гране власти, то јест ради очувања слободе појединца? Следећи оно што је речено у првом делу расправе о подели власти није ли неопходно „обуздати“ такве тежње за „ширењем“ судске власти и на функцију која јој није основна? И за коју она, како се истиче, не поседује потребну легитимност.

На овом месту ваља истаћи два момента. Први је да законодавна власт и иначе законима ограничава судску власт у већој мери него управну.⁷ То се нарочито односи на неке гране права (процесно право, кривично право итд.). И премда се у тексту следи идеја да инхерентна неодређеност закона и његова дифизибилност остављају судској вла-

⁷ У питању је крајње начелна теза, која произилази из саме природе судске власти, односно њене адјудикативне функције (Дајовић 2022, 236 и.д.). Управна функција је, по природи ствари, више оријентисана ка дискреционом одлучивању, које се законодавством не да увек везати. Ипак, као што је по-

сти простор да врши регулативну функцију, она је најчешће допунског и ограниченог карактера. И што је још важније, како је наглашено у првом делу, регулативна функција судске власти различита је од регулативне функције законодавне власти. Уосталом, Херберт Харт је по том питању изричит: „не само да су овлашћења судија подвргнута многим ограничењима која сужавају њихов избор од којих законодавство може да буде у потпуности ослобођено, већ, пошто судије врше овлашћења само да би решили конкретне случајеве, они ова овлашћења не могу да користе да би увели широке реформе или донели нове законе. На тај начин, њихова су овлашћења допунска, а исто тако подложна другим суштинским ограничењима“ (Hart 1994, 273).

А међу та суштинска ограничења (осим у случају система у којима судови могу својим одлукама да мењају и допуњавају устав) не спадају само уставне и друге норме, него и могућност која увек постоји да законодавац измени или „поништи“ дејство судских прецедената. Наиме, изузимајући прецеденте који се односе на контролу уставности закона и других општих аката, прецеденти који представљају вршење регулативне функције (јер се односе на допуну или „попуњавање“ закона) могу у сваком тренутку, уколико законодавно тело процени да су они, примера ради, супротни вољи законодавца, да буду новим законом „дерогирани“. На тај начин законодавац, како то вели Солан, „поново задобија контролу над применом закона“ (Solon 2016, 1171).

Други моменат је истакао још један од америчких „очева оснивача“, Александер Хамилтон, када је устврдио да је судска власт „неупоредиво најслабија од три врсте власти“ и да никад не може „успешно да угрози друге две власти“. С друге стране, иако је, према његовом мишљењу, тачно да судови у појединачним случајевима могу да нанесу неправду, слобода људи у целини узев „не може бити угрожена од стране судова уколико су судови истински одвојени од легислативе и егzekутиве“ (Federalist No. 78, нав. према Ervin 1970, 121). На основу тога се може закључити да судска власт, приликом вршења подједнако и адјудикативне и регулативне функције, не представља опасност за слободу појединца у мери у којој то могу бити друге две гране власти већ је, напротив, укупно узев, најефикаснија институционална гаранција те слободе. Стога се чини да по слободу појединца не само да није опасно да судска власт максимизује свој утицај, вршећи и регулативну власт, већ да је то, штавише, пожељно.

знато, и судије (барем према преовлађујућем теоријском ставу) понекад врше дискрециону власт, тако да је, упркос начелној исправности изнете тезе, она у многим ситуацијама подложна изузецима.

2.4. Пракса Европског суда за људска права

У случајевима у којима утврди да у држави-уговорници постоји правно-системски проблем у кршењу људских права ЕСЉП ће јој такозваном пилот-пресудом наложити да измени проблематичан национални пропис и тако га усклади с Конвенцијом (Поповић 2008, 117). Таквим пресудама суд у Стразбуру несумњиво утиче на стварање права, односно таква пресуда не делује само *inter partes* него има опште дејство. На тај начин ЕСЉП врши једну врсту уставносудске функције, то јест његове одлуке се могу упоредити с одлукама органа уставносудске контроле на националном нивоу. А будући да је тај суд на неки начин постао важан ауторитет за националне судове држава-уговорница, јасно је да је систем у којем је судска пресуда извор права ближи континенталним правним системима него икада раније.

Још важнији моменат у вези с праксом ЕСЉП, који је од значаја за поенту ове расправе, јесу његове пресуде које се тичу потребе за уједначеном судском праксом. Наиме, у складу с доктрином четврте инстанце (уп. Дајовић, Спаић 2016, 22–24), ЕСЉП у принципу не упоређује различите судске пресуде на националном нивоу, сматрајући да у свим правним системима постоји могућност разлика у пресудама поводом сличних или истих случајева, чак и пред истим судовима. Ипак, пракса највиших судова у држави мора бити конзистентна у највећој могућој мери. Конзистентност значи поштовање принципа правне сигурности, што подразумева пресуђивање које је претежно у складу с претходним одлукама највиших судова у случајевима који су исти или битно слични. Стога „судови не треба да одступају, без ваљаног разлога, од преседана успостављених у ранијим предметима“ (*Demir and Baykara v Turkey*, 34503/97, §153). Арбитрарна ће бити свака пресуда при чијем је доношењу суд, без прихватљивих или без икаквих разлога, одступио од устаљене праксе. У таквим случајевима судска власт ће прекршити право на правично суђење из члана 6.1 европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода.⁸

Уобичајени стандард ЕСЉП за оцену да ли неуједначености у судској пракси представљају кршење Конвенције јесте „постојање дубоких и дуготрајних разлика у пресуђивању“. Уз то, за уједначену судску праксу је са становишта националног правног система посебно значајно постојање функционалног механизма који би могао обезбедити

⁸ Опширније о том ставу Европског суда за људска права уп. Роровић 2021.

униформну примену права.⁹ Стога примена супстантивно сличних правних норма на лица која припадају скоро па идентичним групама мора бити уједначена, као што мора постојати механизам за решавање евентуалних неуједначености. Осим тога, тај механизам мора бити функционалан и употребљаван (*Nejdet Sahin and Perihan Sahin v Turkey*, 13279/05, § 53).

Конечно, будући да се пракса ЕСЉП „схвата озбиљно“ у државама-говорницама, тако јасан став о обавези уједначавања судске праксе указује на то да су државе под јурисдикцијом ЕСЉП додатно подстакнуте да судска власт у њима следи доктрину *stare decisis*, иако због различите природе националних правних система под његовом „јурисдикцијом“ ЕСЉП то изричито не захтева.

3. РЕГУЛАТИВНА ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ

3.1. Обавезност прецедента

Херберт Харт је веровао да у такозваним „лаким“ или једноставним случајевима, када не постоји спор око тога која је правна норма применљива и шта она значи у конкретном случају, судије треба да је примењују сходно њеном неспорном језичком значењу. Другим речима, они у таквим случајевима треба да расуђују на основу правних норма, као ауторитативних разлога, без уплива властитих идеолошких, моралних или политичких уверења, чак и ако им се чини да ће резултат њихове одлуке, с моралног, политичког, економског или другог релевантног аспекта бити непожељан (Hart 1958, 615).¹⁰ Такав став је у складу с његовим схватањем природе права, улоге званичника у правном систему и најпосле природе правних норма као ауторитативних разлога.

Такав Хартов став се може „превести“ и поопштити ставом савремене правне теорије према којем важећа правна правила (нарочито за судове, али не само за њих) представљају искључујуће (или преемптивне)

⁹ „Постојање двеју контрадикторних одлука Врховног суда у истој ствари неспојиво је с начелом правне сигурности [...] улога виших судова управо је у томе да разреши дилеме око различитих правних схватања, уклоне дилеме и осигурају јединствену примену права“ (*Vusić v Croatia*, 48101/07, §45).

¹⁰ Како Мекормик истиче, „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).

и садржински независне разлоге за делање.¹¹ Не улазећи у концептуалну прецизност такве карактеризације правних правила, она се ипак може показати корисном када се утврђује обавезујући статус прецедената, то јест однос судова према општим прескриптивним исказима који су изнети у пресудама у претходним сличним случајевима. Речју, уколико такви искази могу бити (1) искључујући и (2) садржински независни разлози за судове приликом доношења потоњих одлука у сличним случајевима, онда између њих и важећих правних правила у другим изворима права не би било значајне концептуалне разлике. И онда бисмо, најкраће речено, прецедентна правила могли сматрати општим правним правилима *simpliciter*.

Овом приликом ћу се задржати само на другој карактеристици јер је, најпре, искључујућа природа правних правила као разлога за делање¹² одвише сложена и контроверзна¹³ да би јој се на овом месту посветила потребна додатна пажња и, друго, због тога што се она најчешће повезује са садржинском независношћу правила, као разлога за делање.

Концепт садржински независних разлога (СНР) увео је у јуриспруденцију Харт (Hart 1982, 252–255), а на његовом трагу разрадио га је Џозеф Раз. Он СНР дефинише на следећи начин: „Разлог је садржински независан ако не постоји *директна веза* између разлога и радње за коју је тај разлог разлог“ (Raz 1986, 35). Ипак, Разова дефиниција није најпрецизнија јер је израз „директна веза“ неодређен, и у делу који се односи на то шта је „директно“ а шта не и у делу који се односи на израз „веза“. Стога Постема прецизније карактерише садржински независне разлоге када каже да њихово постојање и препознавање „ни на који начин не зависи од оцене пожељности или моралних вредности радње за коју је тај разлог разлог“ (Postema 1987, 86). Слично мисли и Грин када „суштину идеје“ садржинске независности види у томе да чињеница како је нека радња правно обавезна има нормативне консеквенце „независно од природе и исправности саме те радње“ (Green

¹¹ О природи правних правила уп. Alexander, Sherwin 2001, 26–35; Raz 1979, 21–22, 30–33.

¹² У најкраћем, ауторитативно правило је искључујући разлог за делање, уколико исказ ауторитета представља разлог првог реда за Х да учини радњу Р, али такође и разлог другог реда да Х не поступи према разлозима првог реда који говоре у прилог неизвршења радње Р. Дакле, тај исказ је у исто време и разлог првог реда и разлог другог реда. Као разлог другог реда, он је разлог да се не дела из (одређених) разлога првог реда, то јест искључујући разлог (Raz 1979, 17).

¹³ О дебатама о природи прецедената у *common law*, као искључујућим разлозима уп. опширније Perry 1987, 221 и.д.

1990, 225). Тако је, на пример, заповест, као разлог, независна од садржине заповеђене радње јер заповест у принципу може да буде разлог за било какве радње, укључујући и оне сасвим супротне садржине.¹⁴ Неки ауторитет ми може издати заповест да останем у просторији или да је напустим. У оба случаја, његова заповест ће представљати разлог за радњу, упркос пожељности или моралности саме те радње. На сличан начин, вели Раз, и обећања се, примера ради, могу посматрати као садржински независни разлози (Raz 1999, 70).

Како у овом смислу стоји ствар с „правилима“ која се налазе у образложењима судских пресуда? Као што је показано на примеру правног система САД (Дајовић 2022, 263 и.д.), извор из којег потиче или статус који ужива у правном поретку од других актера (а најважније, од самих судија) прецеденту даје његову обавезну снагу. Речју, прецедент не црпи ауторитет из свог *садржаја* или уверљивости резона којим се „прецедентни“ суд водио.¹⁵ Уколико би, примера ради, морална неисправност или утилитаристичка непожељност биле довољне за суд да у конкретном спору одбаци прецедент, онда од обавезности прецедента, то јест од доктрине *stare decisis*, не би остало ништа (Waldron 2007, 201; Lindquist, Cross 2005, 1161). Стога је, како истиче Шауер, снага прецедента највидљивија у случајевима у којима се судија из актуелног случаја не слаже с одлуком која је донета у прецедентном случају. Када судија доноси одлуку у актуелном случају зато што се слаже с исходом прецедентног случаја или зато што је убеђен у то ваљаном аргументацијом прецедентног суда, тада доктрина *stare decisis* постаје сувишна (Schauer 2012, 124). Према томе, *садржина* самог прецедента није одлучујућа за постојање његове обавезујуће природе. Стога су „и акти законодавца и пресуде судова *правно ауторитативне* директиве и једнако су (важеће) право, премда у различитој форми“ (Duxbury 2013, 20).

Поменути пример стоматолога који се сматра „лекаром“, у смислу члана Кривичног законика (Дајовић 2022, 257–258) може, у том смислу, бити илустративан и показати како функционише доктрина *stare decisis* и у чему се обавезујући прецеденти разликују од персуазивних. Приликом решавања тог правног питања, неки потоњи суд који би стоматологу судио за кривично дело несавесног лечења, могао би да прибегне језичком аргументу и да, на основу њега, закључи да се

¹⁴ „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).

¹⁵ Тај став до извесне мере ублажава и коригује Ламонд (уп. Lamond 2005).

у уобичајеној језичкој комуникацији стоматолози никад или безмало никад не називају лекарима. Уобичајено је да ћемо зубара ословити као „доктора“, као што то чинимо и са лекарима и познато је да они ту титулу стичу, баш као и лекари, на крају факултетских студија. Али језичка пракса свакако не иде у корист језичког тумачења да су стоматолози „лекари“. У прилог таквом језичком интерпретативном аргументу ишао би и један системски. Наиме, већ у члану два важећег Закона о коморама здравствених радника¹⁶ предвиђа се да постоје различите коморе за лекаре и стоматологе, то јест Лекарска комора и Стоматолошка комора и да је чланство тих комора, респективно, састављено од лекара и стоматолога, чиме се јасно не истиче само разлика између та два појма већ и разлика у природи њихове делатности. Најзад, приликом правне квалификације у актуелном случају, потоњи суд може у обзир да узме и првобитно, „прецедентно“ тумачење, као контрааргумент, али оно је тада само један од аргумената (тзв. интерпретативни аргумент прецедента), који суд одмерава и који не мора у коначној одлуци да однесе превагу над језичким или системским (или било којим другим) аргументима. И тада би у питању био само такозвани персуазивни прецедент.

Међутим, супротно овом аргументативном току, суд који би решавао потоњи случај, држећи се доктрине *stare decisis*, не би разматрао интерпретативне аргументе у прилог овог или оног значења законског термина „лекар“ и да ли оно денотира и стоматологе. Он би користио интерпретативни прецедент који је поставио прецедентни суд у претходном сличном случају и то не као аргумент у прилог значења термина „лекар“ које обухвата и стоматологе, већ у смислу интерпретативне „норме“ коју је обавезан да примени, не улазећи у њену оправданост нити аргументујући у прилог или против њеног садржаја и смисла.

3.2. Канонизација правила у прецеденту

Имајући на уму оно што је речено о практичном обнашању регулативне власти у англосаксонском систему (Дајовић 2022, 263 и.д.), а нарочито нормативне разлоге предвидљивости и једнакости, чини се да је битан фактор вршења и домашаја регулативне функције судске власти и начин на који је судови врше. Ту превасходно мислим на начин уобличавања прецедента у образложењима судских пресуда. Из примера

¹⁶ Закона о коморама здравствених радника, *Сл. гласник РС*, 107/2005 и 99/2010.

који су наведени у првом делу расправе (Дајовић 2022, 252–260) и могућности да кроз интерпретативне прецеденте судови тумачењем допуњавају право, а слично важи и за стварање права, јасно произилази да је најпожељнији облик креирања прецедената такозвано канонизовано опште правило или јасна норма-дефиниција.¹⁷ Јер, како Волдрон вели: „(А)ргумент (предвидљивости) генерише аргумент да се прецедент поштује, само у односу на онај прецедент чији је утицај на случај који се тренутно разматра *јасан и неспоран*“ (Waldron 2007, 201). А да ли је тај утицај „јасан и неспоран“ једноставније ће се утврдити ако је сам прецедент формулисан као јасно и одређено правило или као норма-дефиниција.

Уколико је, пак, прецедент у форми „имплицитног правила“ (Дајовић 2022, 270), често се, констатују теоретичари, појављује проблем разликовања између *ratio* и *dictum*-а, који оставља простор да се од имплицитног правила лако одступа у потоњим случајевима (Merrill 1993, 63). Као пример те „непоузданости“ Мерил наводи познату пресуду Врховног суда САД о абортусу, *Roe v. Wade*.¹⁸ „Шта је *holding* у случају *Roe v. Wade*? Да су државни закони који инкриминишу абортус неуставни (као што сугерише мишљење председника суда, Ренквиста у случају *Webster v. Reprod. Health Servs.*, 492 U.S. 490, 521 (1989))? Да се абортус мора допустити све док плод не оживи (као што се сугерише у заједничком мишљењу у случају *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791, 2804 (1992))? Да је (право на) абортус темељно људско право, које се може регулисати само ако треба остварити неки уверљив друштвени интерес (као што је означено у већини одлука након *Roe v. Wade*)?“ (Merrill 1993, 63, фус. 89).

Дакле, јасна је предност прецедента у форми канонизованог правила или норме-дефиниције у односу на прецедент у форми „имплицитног правила“ или стандарда. Упркос томе, ваља нагласити следеће. И када је прецедент у форми канонизованог правила или норме-дефиниције, то не значи да се он не може, потоњим пресудама, на изванредан начин градуелно развијати. Иако уобличавање прецедента у форми канонизованог правила има значајне предности, потешкоћа је у томе што су-

¹⁷ Подсећам да те норме-дефиниције Булигин назива дефиниционим сентенцама (Дајовић 2022, 258). Он изричито каже: „[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.“ И збор тора је „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, слично и 87).

¹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

дови нису идеална места за стварање правила која ће, да тако кажем, бити општеобавезујућа линеарно. Другим речима, и канонизована прецедентна правила и норме-дефиниције подложни су корекцијама или изузецима. Уосталом, примарна функција судске власти је адјудикативна. Судови су фокусирани, пре свега, на чињенице конкретног случаја, онако како су оне представљене од учесника у спору. То значи да субјекти права који би у будућим случајевима били подложни прецедентном правилу ни на који начин не могу да утичу на његово доношење и изван су видокруга суда у прецедентном случају (Sherwin 1999, 1188). Стога је у англосаксонској теорији општеприхваћена теза да сви потоњи судови, иако везани прецедентом, имају овлашћење да „праве разлику“. То, заправо, значи да могу да „допуњују“ прецедент или да у односу на њега успостављају изузетке, имајући у виду разлике између чињеничног стања у прецедентном и актуелном случају.¹⁹ На тај начин се прецедентно правило „прочишћава“ и грана кроз читав низ случајева и показује се његова (не)исправност у различитим, иако сродним, чињеничним контекстима (Sherwin 1999, 1189).

Истовремено, у томе лежи можда највећа предност примене доктрине прецедената – прецеденти се могу финим подешавањима прилагођавати најразличитијим друштвеним околностима. Прецедентно право се на тај начин развија постепено и у складу с потребама и приликама окружења на које треба да делује. Оно је, попут крошње дрвета, која у повољним условима стално буја, терајући нове изданке, „гране“ и „гранчице“. И док, законодавац може цело „дрво“ закона или читавог дела правног система једним реформским потезом да „посече“ и посади ново, судска власт, путем прецедената, делује управо супротно.

У том светлу, корисно је подсетити се, на пример, одлуке Апелационог суда (Дајовић 2022, 256) о томе да се забрана ношења оружја не односи само на јавни простор него и на приватно двориште власника оружја. Прво, та формулација се, без сумње, може третирати као једна врста интерпретативне норме. Друго, она допуњује, разрађује или прецизира „изворну“ правну норму из закона – иако се њено значење може засновати на значењу законске норме, она ипак представља њено прецизирање или допуну те, у том смислу, и „стварање“ права.

¹⁹ „Прављење разлике (*distinguishing*) је пракса у којој каснији судови наводе неке разлике између чињеница прецедентног случаја и чињеница из каснијег случаја како би објаснили зашто не следе прецедент. Каснији случај може јасно да потпада под опсег ранијег *ratio*... али каснији суд може одбити да утврди (исти) коначан исход Ц на основу тога што постоји нека карактеристика у потоњем случају која није присутна у прецедентном случају која пружа добар разлог да се не утврди резултат Ц“ (Lamond 2005, 9).

И треће, све то не значи да такво правило не може будућим судским одлукама градуелно да се „развија“, односно да трпи изузетке, да буде дифизибилно. Замислимо, на пример, случај у којем је оптужени оружје носио кроз двориште, да би га одложио у ормарић за чување оружја који се налази у гаражи, поред куће. Или случај домаћинства у планинском крају, у којем се често догађа да опасне дивље животиње упадају на имања, па власник употреби оружје у дворишту како би отклонио опасност која прети његовој стоци. У свакој од тих ситуација, и у низу других, које се могу замислити као реалне, могуће је да ће суд, приликом примене прецедентног правила, имајући на уму *ratio* прецедента и чињенице актуелног случаја, доћи до закључка да је прецедентно правило неподесно да би се применило у датим околностима, то јест да га треба „допунити“, „развијати“ или у односу на њега успоставити изузетак.

Због тога је могуће, чак и када је у питању прецедент у облику канонизованог правила или норме-дефиниције, да суд у потоњем случају оцени како га не треба применити у актуелном случају јер су чињенични склопови прецедентног и актуелног случаја, премда сродни, ипак различити у релевантном смислу. Међутим, таквим поступањем суда не ослабљује се обавеза коју диктира доктрина *stare decisis*. Судије у таквим случајевима не поричу обавезност прецедента (јер им се он не „допада“, јер га сматрају „погрешним“ итд.) већ само резонују да су чињенице у актуелном случају *битно* другачије него у прецедентном случају (Lindquist, Cross 2005, 1163).²⁰

²⁰ „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).

Међутим, ваља истаћи да је то питање у теорији и пракси доктрине прецедента једно од најсложенијих. Овлашћење судова на „прављење разлике“ (*distinguishing*) природна је последица чињенице да је доктрина прецедента настала као дериват специфичне праксе у системима *common law*, а то је пракса судског одлучивања *case-by-case*. Фундаментална разлика између судова који одлучују казуистички и судова који одлучују на основу унапред постављених (обично законских) правила је то што су у првом систему судови упућени да опште правило или принцип (или *ratio*) на којем ће засновати пре-суду извлече из конкретног чињеничног контекста. Стога се и систем прави-

3.3. Промена прецедента

На извештајан начин, излагањем на крају претходног пододељка, пришао сам још једном битном питању у вези с доктрином *stare decisis* – питању промене прецедента. Кажем, „на извештајан начин“, јер том приликом није описано одбацивање или промена прецедента већ карактеристично својство примене доктрине *stare decisis* у системима *common law* да постојећи прецедент потоњи суд може да допуњава или развија. А када је реч о самој *измени* прецедента, према тој доктрини, други (по правилу, највиши) судови у сличним случајевима не треба да мењају прецедентна правила, осим да би се елиминисали прецеденти, који су од почетка били лоши или који су такви постали због промењених друштвених прилика.²¹ Стога је корисно установити разлоге због којих се може изменити или укинути постојећи прецедент јер се, у крајњој линији, и закони мењају или укидају па је друштвено и правно оправдано да се мењају и укидају и прецеденти. Ипак, разлози за ту промену морају бити рестриктивни – разлози за промену закона су ствар политичке воље законодавца, разлози за промену прецедента не смеју да буду ствар пуке воље тренутних судија.²²

ла и принципа *common law* развија градуелно, постепено и органски се грана, као што је управо и описано. Он је веома условљен чињеничним контекстима конкретних случајева. То, наравно, није случај у континенталним системима у којима су општа законска правила независна од конкретних чињеничних контекста, већ су чињенице описане у хипотези правила на апстрактан начин. У овој расправи, која је сасвим начелне природе, немогуће је подробније размотрити то важно питање. Ипак, мени се чини да примена доктрине прецедента и на тумачење писаних, законских правила веома добродошла управо стога што ублажава крутост апстрактних формулација у пракси, чинећи судове сензибилнијим на конкретне чињеничне контексте. И то је један од кључних разлога због којих сматрам да судска власт регулативну функцију може и треба да врши само кроз конкретне, појединачне пресуде, а не, рецимо, кроз начелне правне ставове, којима недостаје та повезаност с конкретним чињеницама случаја (Дајовић 2022, 259 фн. 43).

²¹ Поменуо сам на почетку претходног одељка да је Холмс говорио да доктрина прецедента може бити „одбојна“. Том приликом, он је истакао и да „је још одбојније ако су основи на којима почива (прецедентно правило) већ одавно ишчезли, а то правило просто наставља да перзистира на слепој имитацији прошлости“ (Holmes 1897, 469).

²² Ипак, поједини аутори примећују да није увек тако. Или, боље речено, да је тако када је суд релативно незаинтересован за природу спорног питања у актуелном случају. Међутим, када су, са становишта моралних, политичких или других личних преференција судија, „улози“ високи, оне су склоне детаљнијој анализи прецедентних одлука и одлучније да успоставе нови прецедент (Lindquist, Cross 2005, 1165–1166).

Кључан рестриктивни разлог би могао да буде стандард који полази од претпоставке у корист одржања прецедента на снази, што значи да се прецедент може „оборити“ само ако је *очигледно и озбиљно неоправдан* (Alexander, Sherwin 2001, 26). Стандард очигледног и озбиљног недостатка оправдања је стандард свеукупне процене правила, а не стандард којим се оцењује оправданост примене прецедентног правила у конкретном случају. Суд мора применити правила на случајеве у којима одлучује, чак и ако је уверен да одлука у конкретном случају доводи до непожељног исхода, узимајући све разлоге у обзир. Јер и добар прецедент може у конкретном случају довести до лошег исхода. Но, то не оправдава његово одбацивање у сваком таквом случају. Само ако је суд уверен да ће прецедентно правило, ако се доследно поштује, у будућности произвести много више грешака него што ће их спречити, суд не мора одржати прецедент на снази. Другим речима, прецедент је оправдано променити или укинути само ако ће та промена универзално водити до праведнијих или моралнијих исхода.²³

Други, допунски и објективнији стандард, када је у питању пристајање суда уз прецедентно правило, ослања се, на нама добро познат, концепт судске праксе. Наиме, прецедентно правило, према том стандарду, неће бити обавезујуће за суд који није „склон“ његовој примени у конкретном спору уколико оно није примењивано и од других судова, током извесног периода времена. Тек када је вишекратно преиспитано у процесу судијског расуђивања и одлучивања у различитим конкретним случајевима, прецедентно правило стиче потврду да је поменути критеријум како ће оно пре спречити него што ће произвести непожељне последице у целини задовољен. Може се, у извесном смислу, рећи да је критеријум судске праксе у ствари само мултипликована или „ојачана“ верзија доктрине прецедента. Јер, у крајњој линији, и та судска пракса је морала да започне од неке прецедентне пресуде. Ипак, ваља нагласити да се применом тог допунског критеријума „коригује“ порекло обавезности прецедентног правила. Ауторитет на основу којег га потоњи судови прихватају као обавезујуће више није *само* суд који је први креирао правило већ низ судова који су га касније усвојили и примењивали (Alexander, Sherwin 2001, 22).²⁴

²³ Сличан принцип, уосталом, важи и за примену писаних, законских правила (Feteris 1999, 81).

²⁴ Наравно, увођење судске праксе, као надоградње доктрине прецедента, „поставља“ додатна питања, која се тичу критеријума *постојања* прецедента. Колико пута нека одлука треба да се потврди? Или колико дуго треба да

Најзад, постоје и неки специфични стандарди, контекстуално прилагођени конкретної јурисдикцији. Примера ради, Европски суд за људска права одступа од ранијих прецедената када се друштвене околности и схватања промене тако да измењена схватања и праксе прихвата највећи број држава-уговорница. Када је, рецимо, ЕСЉП у случају *Риз против Уједињеног Краљевства*²⁵ први пут одлучивао о томе да ли је одсуство правног признања извршене промене пола у складу с Конвенцијом, јасно је заузео став да одлучивање о томе спада у домен слободне процене (*margin of appreciation*) државе чланице. Тог „прецедента“ ЕСЉП се држао наредних петнаестак година.²⁶ Међутим, у случају *Годвин против Уједињеног Краљевства*²⁷ ЕСЉП је, дајући за право подносиоцу представке, истакао да је „прецедентна“ пресуда у случају Риз донета у другачијим околностима јер у то време није постојао ни приближно заједнички став држава-чланица о правном признању промене пола. И будући да се тај контекст временом променио и да су многе државе прописима уредиле признање новостеченог полног идентитета транссексуалаца, ЕСЉП је у случају Годвин утврдио повреду права на приватни живот из Конвенције.

4. ЗАКЉУЧАК

И први и други део расправе доминантно су били посвећени излагању добро познатих, неконтроверзних и једноставних тврдњи о подели власти, судској власти, природи права, примени права те општеприхваћеним вредностима које право треба да промиче. Иако су те тврдње махом неспорне, њихово изношење на видело одређеним редоследом послужило је да се дође до закључка који није неспоран. И поготово није ни практично ни теоријски неспоран у континенталној правној култури. А тај закључак се може сумирати речима Ентонија Кронмена: „Поштовање прошлих одлука, прецедента, није карактеристика само неких правних система. То је пре карактеристика права

се потврђује? Да ли мора да се потврди само од истог суда или судова истог ранга? (Alexander, Sherwin 2001, 23). О судској пракси као „извору права“ уп. Кошутећ 1974.

²⁵ *Rees v. The United Kingdom*, no. 9532/81 од 17. октобра 1986.

²⁶ Уп., на пример, случај *Cossey v. The United Kingdom*, no. 10843/84 од 27. септембра 1990 и случај *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, no 31–32/1997/815–816/1018–1019 од 30. јула 1998.

²⁷ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95 од 11. јула 2002. Захваљујем се Софији Ковачевић, која ми је скренула пажњу на те случајеве.

уопште. И где год постоји скуп пракси и институција за које верујемо да се основано могу назвати 'правом', доктрина прецедената ће бити на делу, утичући у мањој или већој мери, на понашање оних који су одговорни да управљају тим институцијама и праксама“ (Kronman 1990, 1032, нав. према Spaić 2018, 28).

Већ на први поглед је јасно да тако универзално постављена теза значи да се у њеном заснивању и извођењу занемарују многи партикуларни, али не мање важни моменти. Долазак до тако општег закључка подразумева да се ти моменти само овлаш представе, али не и да се детаљније анализирају. Чини ми се да су међу њима најважнија питања, која су спомињана, али не и детаљно разрађена, формулисање односно издвајање прецедента из пресуде, као и допуне и измене прецедента. Без потпунијег одговора на та питања и основна идеја ове расправе, премда, чини ми се, у основи исправна, остаје недовршена или непотпуна.

* * *

На самом почетку првог дела расправе поменуо сам да је један од повода за њен настанак био покушај да се променама Устава Србије део судске „власти“²⁸ измести изван судова (Дајовић 2022, 234). Ипак, интенција није била да се бавим правним системом Србије. Иако претпостављам да обавештени читалац може да се запита „како би доктрина *stare decisis* функционисала у судовима у Србији?“, намеравао сам само да покажем докле (могу да) се простиру границе судске власти редовних судова у *било ком* развијеном правном систему у којем судске пресуде нису признате као формалан извор права. Закључак је да те границе *могу* и *треба да* обухватају уобичајену адјудикативну функцију, али, и на њој засновану, регулативну функцију. Према томе, *могућност* и *пожељност* да судска власт врши регулативну функцију испитивао сам генерално, а не како би она могла да се врши у конкретном

²⁸ Термин „власт“ се користи под наводницима јер у Србији судови формално немају онај „комад“ власти који у чланку називам регулативном функцијом власти, а коју би имала конституционализована судска пракса, као формални извор права. Осим тога, контекстуално условљен проблем је то што се судство у Србији не перципира као власт, што су представници судске власти слабо видљиви и непрепознати у јавности као представници власти, напokon, што саме судије у јавности не одају утисак да сами себе препознају као носиоце власти (Јовановић 2020, 7–8). Ипак, то није значајно за расправу чија је поента да објасни и нормативно оправда капацитет савремене судске власти, *као такве*, да врши регулативну функцију.

правосудном систему. Отуда нисам залазио у питање конкретног устројства судске власти (па ни домаћег) и његовог утицаја на ефикасност и модалитет извршавања тих функција. Примера ради, један јединствен и строго хијерархијски устројен систем судске власти вероватно би олакшао ефикасније успостављање њене регулативне функције. Ипак, и у таквом систему остаје, међу осталим, отворено питање обавезности *хоризонталних* прецедената. И то није само питање организационо-судске већ и правнотеоријске природе. Стога је овај текст, методолошки посматрано, прилог из концептуалне и аксиолошке, а не из емпиријске анализе институција.

Најзад, судску власт врше судови, односно судије, али уколико треба да досегне своје крајње границе и искористи све капацитете власти које има, судство треба да се саморазумева као целина. То значи да сваки појединачни судија остаје независан у односу на друге гране власти, као и на друге судије. Али не треба да буде независан у односу на претходне судске одлуке, баш као што није независан у односу на законе. Уколико не говори једним гласом када су у питању прецеденти, судска власт не може да врши регулативну функцију, слично судском већу које не би вршило адјудикативну функцију ако не би постојала јединствена пресуда у конкретном случају него би сваки члан већа могао да доноси пресуду какву жели.²⁹

Стога је вршење регулативне функције судске власти и питање правнополитичке, идеолошке и социјалне природе. И тако се долази до једног другачијег, али тесно повезаног проблема који је у вези с темом ове расправе: *да ли ће и колико власти судска власт у једном правном поретку заиста имати није питање за правну теорију или за правну филозофију већ је питање културних, политичких, економских и социјалних околности у којима судије и судство у целини делују*. Јер само ако припадници судске власти развију особену културу и идеологију која им је релативно заједничка и коју солидарно подржавају, могуће је да судску власт заиста врше онако *како могу и како би требало да је врше*. А да ли ће и на који начин такву културу и идеологију развити, то је емпиријско питање. Зато је одговор на питање *о условима* који су потребни да би судска власт постала грана власти која аутономно врши адјудикативну и регулативну функцију ствар емпиријских, а не концептуалних и нормативних истраживања.

²⁹ „Како би осигурали да њихови властити прецеденти остану на снази, судије морају развити норму реципроцитета у погледу поштовања одлука једних према другима“ (Lindquist, Cross 2005, 1165). О једној врсти „заједничког“ прихватања правила признања, као нужном услову за његово постојање и обавезност, опширније сам писао у Дајовић 2010, 255.

ЛИТЕРАТУРА

- [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 Mazzaresse, 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.
- [6] Дајовић, Горан, Бојан Спаић. 2016. *Право на образложено пресуду: Пракса Европског суда за људска права / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Подгорица: Центар за демократску транзицију.
- [7] Дајовић, Горан. 1/2022. Могућност регулативне функције судске власти. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Јовановић, Миодраг. 2020. Предговор – О судству као власти. 7–8. *Судство као власт*, ур. Миодраг Јовановић, Ана Здравковић. Београд: Цеприс.
- [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] Кошутећ, Будимир. 1973. *Судска пресуда као извор права*. Београд: Савремена администрација, 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] Поповић, Драгољуб. 2008. *Европски суд за људска права*. Београд: Службени гласник.
- [31] Поповић, Драгољуб. 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, последњи приступ 29. новембар 2021.
- [38] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. New York – 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 Grzegorzczuk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting statutes: A comparative study*. Eds. Neil MacCormick, 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.