Kristina Repanović[*]

UDK: 347.962.1(497.11)

DA LI SUDIJE STVARAJU PRAVO ILI GA SAMO PRIMENJUJU?

REZIME: Ovaj rad obrađuje pitanje sudskog stvaranja prava, kao jedno od retkih pitanja u pravnoj nauci koja su izazvala toliko interesovanja, nesporazuma i kontraverznih mišljenja. U pravnoj teoriji postoje oprečna shvatanja o mogućnosti stvaranja prava sudskim presudama, koji pored mnogobrojnih razlika imaju i zajedničke dodirne tačke. Mi smo prilikom postavljanja cilja ovog istraživanja ostali skromni i zadržali se u onoj problematici koja ne prevazilazi domen nauke, pa smo i postavljenom cilju prilagodili strukturu rada, u kojem smo analizirali sudsku presudu kao izvor prava, poredili sudsku presudu sa formalnim izvorom prava, odnosno zakonom, i bavili se ujednačavanjem sudske prakse u pravosudnom sistemu Republike Srbije.

Ključne reči: *sudska praksa, presuda, stvaranje prava*

Uvod

Kada nastane spor između stranaka i one se obrate sudu ili inicijativa za rešavanje sporne pravne situacije bude pokrenuta od strane državnih organa, nastaje obaveza suda kao državnog organa da reši takav spor. Ukoliko ne postoji takva inicijativa sud ne može rešavati sporne pravne situacije, pa stoga veliki broj pravnih odnosa ostaje izvan svake pravne regulative, dok je sa druge strane odricanje od pravosuđa inkriminisano kao poseban delikt, koji može dovesti do specifične odgovornosti sudije u onim situacijama kada dođe do njegovog izvršenja. Odricanje od pravosuđa s pozivom na to da sporna situacija nije regulisana pravnim propisima ili da je pravna norma neodređena ili apstraktna bi značilo posredno priznanje strankama da samostalno, sopstvenim snagama rešavaju nastali spor, iz čega bi kao posledica proizašlo

[*] Student doktorskih akademskih studija Pravnog fakulteta u Kragujevcu, sudijski pripravnik u Osnovnom sudu u Kragujevcu, e-mail: kristinakg94@gmail.com

unošenje bezakonja, anarhije, nesigurnosti i samovolje u pravni poredak, što je neprihvatljivo za svakog modernog zakonodavca. Neki zakoni sadrže izričito propis o ćutanju zakonodavca, dok drugi ćutke prelaze preko tog pitanja, ali to ćutanje nema nikakvog uticaja na sudsku praksu, koja izvlači iz suštine pravnog poretka obavezu za sudiju da reši svaki konkretni sporni slučaj. Ta obaveza postoji kako u oblasti građanskog, tako i krivičnog pravosuđa. Istina, stepen slobode sudije u stvaranju normi za rešenje spornog slučaja nije u njima isti: veći je u građanskom nego u krivičnom pravosuđu, zbog krivičnopravnog principa *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ipak, ni sloboda krivičnog sudije nije zanemarljiva, posebno zbog množine vrlo neodređenih pojmova u krivičnom zakonodavstvu, kao i zbog diskrecione vlasti koju ima sudija u određivanju vrste i visine kazne za učinjeno delo.[1]

Dugo je u pravnoj teoriji vladalo shvatanje da pravni poredak predstavlja zatvorenu logičku celinu u kojoj nema pravnih praznina, verovalo se u svemogućnost i savršenost zakonodavca, koji može sve da predvidi i da reguliše, a sudija se posmatrao kao automat koji nalazi gotovo pravo koje samo treba da primeni na konkretnu pravnu situaciju. Kada ne postoji posebna norma koja reguliše konkretan sporni slučaj sudija treba da primeni analogijom (argumentumom a contrario) normu za sličan slučaj, a u onim situacijama kada to nije moguće onda treba da izvuče normu iz opštih principa pravnog poretka. Dakle, polazilo se od toga da praznine mogu da postoje eventualno u zakonu, ali ne i u pravnom poretku kao celini i da sudija nije „ništa drugo nego usta koja izgovaraju reči zakona“, kako navodi Monteskje, bez prava da ih može menjati, vodeći računa samo o logičkoj neprotivrečnosti pojmova, a ne i o društvenoj implikaciji konkretnog slučaja i pravičnosti presude, lišen svake odgovornosti, koji je, što primećuje Filip Hek, uvek mogao samo mirno reći „Ja nisam kriv, krivi su pojmovi“[2] i prati ruke kao Pilat.

Moderna pravna doktrina, koja je uvidela nemogućnost pravnog regulisanja društvenog života i nužno postojanje praznina u pravnom poretku, priznala je sudiji slobodu stvaranja pravnih normi čiji se opseg dosta različito određuje. Nepotpunost pravne regulative ne nastaje samo kao posledica nužne nesavršenosti zakonodavca, već proizilazi iz složenosti i velike dinamičnosti društvenih odnosa, koji predstavljaju predmet pravnog regulisanja, a koji su prosto neuhvatljivi u precizne pravne formule. Neka gledišta insistiraju na

[1] Košutić, B., (1973). Sudska presuda kao izvor prava – doktorska disertacija, Beograd, Savremena administracija, str. 33.

[2] Simić, M., (1973). Uloga sudije u tumačenju prava – neka pitanja teorije tumačenja prava u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, str. 139.

slobodi sudije samo u slučajevima postojanja praznina i zastarelosti zakona, kako u vezi s tim Ž. Perić navodi da je sudija samo posrednik između zakonodavca i pojedinaca, dok druga ističu apsolutnu slobodu sudije i nemogućnost postojanja opšteobaveznih, unapred predviđenih pravnih pravila.[3] Kako se zakonodavac pokazao nemoćnim da sve reguliše u potpunosti, što i ne treba, jer ima puno stvari koje treba ostaviti životnom iskustvu sudija, koji će im tek dati definitivno obličje, te je on počeo da daje sve više slobode sudijama, i to tako što ih je upućivao na običaje i druge izvore, navodeći da u zakonu može biti praznina, koje ostavlja da sudija popuni.[4] Sudije treba da ocenjuju šta je pravo interpretirajući praksu drugih sudija koje su ocenjivale šta je ono.[5]

Ponekad je, zaista, teško snaći se u sudskom lavirintu. Društvo i pravo nisu razdvojene veličine, već čine neodvojivo jedinstvo. Sudija toga mora da bude svestan, kao i plemenite uloge prava u međuljudskim i društvenim odnosima. Ostati na slovu pravnih propisa znači ne saznati suštinu prava.[6] Po mišljenju nekih teoretičara loš sudija je kruti „mehanički" sudija koji sprovodi pravo prava radi, ne hajući pri tom za bedu, nepravdu ili nedelotvornost koji slede, dok dobar sudija daje prednost pravdi nad pravom.[7]

Sudska praksa kao izvor prava

Složenost i dinamičnost društvenog života utiče i na način pravnog regulisanja, pa u takvim uslovima nije moguće ostvariti zahteve za pravnom sigurnošću i pravičnošću, kao osnovne funkcije prava, bez apstraktnog pravnog regulisanja, bez opštih pravnih normi, koje se odnosi na niz slučajeva koji imaju izvesna zajednička obeležja. Tumač određene pravne norme, odnosno organ nadležan za njenu primenu, primoran je uvek da utvrdi da li konkretan slučaj obuhvata činjenice opisane u hipotezi pravne norme, koje predstavljaju uslov za primenu te norme, i to nije čisto mehanička već i kreativna delatnost, jer se opis činjenica vrši upotrebom neodređenih pojmova čija sadržina mora biti utvrđena u svakom konkretnom slučaju.[8] Zadatak sudije je da primenom normi koje sadrže opšte zapovesti o ponašanju te zapovesti precizira i da ih, u skladu sa okolnostima svakog konkretnog slučaja, dopuni. U pravnoj teoriji

[3] Košutić, B., op. cit. str., 13.
[4] Tasić, Đ., (1938). Uvod u pravne nauke, Beograd, str. 133.
[5] Dvorkin, R., (2003). Carstvo prava, Beograd, str. 445.
[6] Podgorac, T. I., (2000). Neka zapažanja o stvaranju prava u kontekstu pravne pojave uopšte u: Stvaranje prava, Beograd, str. 62.
[7] Dvorkin, R., op. cit., str. 19.
[8] Košutić, B., op. cit., str. 111.

je sa pravom istaknuto da što su opštije pravne odredbe, to je veća sloboda sudije.

Neodređenost pravnih normi, koja je posledica ne samo opštosti pravnih normi, već i neodređenosti reči i pojmova koji se koriste, takođe prouzrokuje određeni stepen slobode sudije u primeni prava. Ideje se mnogo brže razvijaju nego imena za njih, a i sami prelivi između ideja su suviše fini da bi se mogli izraziti rečima, čak i kad bi postojala za svaku ideju reč.[9] Zato je sudija primoran da nalazi značenja neodređenih pojmova sa kojima se susreće prilikom primene pravnih normi, a koji se menjaju shodno situaciji i vremenu.

Zakonodavac nije u stanju da sve predvidi i sve reguliše zbog velike složenosti i dinamičnosti društvenog života, pa se u slučaju odsustva opšte norme o određenoj vrsti društvenih odnosa, kada društveni, klasni interes nalaže da ta vrsta odnosa bude pravno regulisana, nastaju pravne praznine koje je sudija obavezan da reši, jer se ne sme dozvoliti da ćutanje zakonodavca unese nered, nasilje i anarhiju u pravni poredak. Pravna praznina se obično određuje kao nedostatak odgovora u pravnim propisima na jedno pitanje, na koje se mora odgovoriti. Pretpostavlja se da ima više mogućih rešenja, jer ako postoji samo jedno moguće rešenje, onda to znači da je ono prećutno sadržano u propisu.[10] Sudija treba, kad ne postoji posebno zakonsko činjenično stanje, da predoči sebi najpre interesni konflikt u spornom slučaju, zatim je dužan da ispita da li je taj konflikt već rešen u zakonu u obliku nekog drugog činjeničnog stanja, a u slučaju da jeste onda će analognim prenošenjem zakonske vrednosne ocene jednako rešiti interesni konflikt u spornom slučaju. Međutim, sudija će biti primoran da u nizu slučajeva popuni pravnu prazninu vlastitim vrednovanjem životnih interesa.[11] Sud ne protivreči zakonodavcu nego nastavlja njegovo delo, crpeći takođe neposredno iz socijalnog života. U interesu jedinstva sud ne može uzimati na sebe funkcije koje pripadaju zakonodavcu i zato on ne može raditi protiv zakona.[12]

Prema Ustavu Republike Srbije sudska praksa nije izvor prava, već je predviđeno da sud sudi na osnovu Ustava, Zakona i drugih opštih akata. Međutim, u stvarnosti je situacija drugačija, a u pravnoj teoriji mišljenja o pitanju sudske prakse kao izvora prava su podeljena. Oni ne priznaju sudsku praksu kao izvor prava polaze od činjenice da sudija ne može stvoriti objektivno pravo – donositi propise koji bi obavezivali i njega i druge, već da je

[9] Tasić, Đ., op. cit., str. 85.
[10] Ibid.
[11] Košutić, B., op. cit., str. 15.
[12] Tasić, Đ., op. cit., str. 135.

sudska praksa samo primena, a ne stvaranje prava, jer se apstraktna pravna pravila primenjuju na konkretan slučaj. Drugi koji cene da je sudska praksa izvor prava polaze od aktivne uloge suda, koja se izražava stvaranjem prava primenjivanjem opšteprihvaćenog pravila, što dolazi do izražaja u slučaju neregulisanja određenih društvenih odnosa pravnom normom, odnosno postojanja pravnih praznina, kada sudija postupa po pravilu kao da je sam zakonodavac. Pošto se u izvesnoj meri cela primena prava u krajnjoj liniji usredsređuje kod sudova, pa se u vezi sa tim u teoriji navodi da iako sudije imaju poslednju reč, ne znači da je to i najbolja reč[13] i u tom cilju se obično predviđa izvesna nadležnost vrhovnih sudova da ujednačavaju postupanje sudova, ali i nezavisno od toga sudovi mogu spontano krenuti da jednako postupaju u izvesnim slučajevima u kojima su dotle nejednako postupali. Sudovi se te sudske prakse obično drže duže vreme, jer česta promena sudske prakse ruši pravnu sigurnost, ali ne zato što je ona za njih obavezna, već zato što smatraju da treba da je se drže i uvek su slobodni da od nje odstupe, što i čine jednog trenutka kada se uspostavlja nova sudska praksa i tako redom.[14]

Razlozi pravne sigurnosti ne omogućavaju odbacivanje sudske presude, odnosno sudske prakse kao izvora prava, jer se upravo sudskom praksom unosi veća određenost u pravni poredak i pružaju se garantije istovetnog postupanja u identičnim pravnim situacijama,[15] u skladu sa jednim od principa koji navodi britanski sudija Tom Bingam i to da „zakoni jedne zemlje moraju da važe jednako za sve, osim ukoliko objektivne razlike opravdavaju različitost".[16] Dakle, zakon ne sme da pravi razlike među građanima i mora jednako da ih tretira, odnosno građani koji idu na sud zbog identičnih činjeničnih okolnosti moraju dobiti istu presudu, a sudovi jedne države moraju rešavati identična pravna pitanja na isti način, bez obzira gde se nalazili, jer bi se drugačije građani mogli naći u situaciji da budu kažnjeni za ponašanje za koje su verovali da je u skladu sa pravom, što bi protivrečilo pravdi, jer pravednost zahteva da se unapred zna zašto se može odgovarati.

Za razliku od anglosaksonskog prava, u kome sudska presuda doneta od viših sudova za konkretan slučaj obavezuje isti sud ili sudove nižeg stepena na donošenje jednake presude i za sve ostale istovetne slučajeve, što se objašnjava razlozima jednakosti, pravičnosti i sigurnosti, jer se smatra da je nejednako postupanje u jednakim stvarima suprotno osećanju pravičnosti i

[13] Dvorkin, R., op. cit., str. 449.
[14] Lukić, R., (1964). Uvod u pravo, Beograd, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, str. 223.
[15] Košutić, B., op. cit., str. 119.
[16] Milojević, D., Andrejević, S., Krstajić, V., (2015). Ujednačavanje sudske prakse – izazovi i moguća rešenja, Beograd, Misija OEBS-a u Srbiji, str. 9.

jednakosti i predstavlja izraz samovoljnog a ne zakonitog rada sudije, koji su ograničeni pravnom tradicijom, ali su ipak originalni i lični,[17] a koji se definišu kao „rob prošlosti, a despot budućnosti", jer su vezani odlukama umrlih prethodnika a vezuju svojim odlukama buduće generacije,[18] u evropsko-kontinentalnom pravu jedna sudska presuda predstavlja obavezni precedent samo izuzetno, u onim slučajevima kada je doneta od najvišeg suda u zemlji ili od posebnih ustavnih sudova. Međutim, to ne znači da će svaka presuda vrhovnog suda biti opšteobavezni precedent, ponekad će presuda vrhovnog suda nailaziti na energične otpore nižih, posebno drugostepenih sudskih instanci i biće potrebno više istovetnih presuda kako bi se pravno shvatanje sadržano u njima ustalilo. Presuda mora biti takva po svojoj prirodi da se iz nje sa sigurnošću može zaključiti da predstavlja konačno mišljenje vrhovnog suda o spornom pravnom pitanju.[19] Vrhovni sud je obavezan da poštuje svoje ranije odluke pri rešavanju istovetnih pravnih pitanja, ali je istovremeno ovlašćen da od njih odstupi iz opravdanih razloga, pa tako kada vrhovni sud novim precedentom ukida stari, redovno za to navodi razloge, koji se po pravilu zasnivaju na potrebi adaptacije ili zamene starih pravila novim, zbog promene društvenih odnosa. Naime, i niži sudovi mogu biti inicijatori za ukidanje precedenata vrhovnog suda na osnovu kojih se već ustalila određena sudska praksa, pa bi vrhovni sud bio primoran da napusti sopstveni precedent ili zato što uvažava pravnu argumentaciju nižih sudova, ili zbog njihovog upornog protivljenja da se priklone njegovim pravnim shvatanjima. Kao najviši sud u sistemu sudske vlasti u Republici Srbiji, Vrhovni kasacioni sud obezbeđuje jedinstvenu sudsku primenu prava i definiše smernice za pravilno tumačenja zakona. Iako sudske odluke u našem pravnom sistemu ne predstavljaju izvor prava, odluke Vrhovnog kasacionog suda imaju veliku ulogu u ujednačavanju sudske prakse i deluju posebno snagom autoriteta najviše sudske instance. Obezbeđivanje konzistentne primene zakona u praksi je zahtevan zadatak jer se, između ostalog, suočavamo sa problemom obaveštenosti sudija o praksi njihovih kolega. Pre nego što sudija uopšte uzme u obzir presudu koju je doneo drugi sud i analizira argumente na kojima je njegov kolega zasnovao odluku, on mora da ima saznanja da se neki drugi sudija već bavio istim pitanjem, pa iz tog razloga presude moraju biti lako dostupne, razvrstane prema pravnom pitanju na koje se odnose i označene ključnim rečima koje omogućavaju drugim sudijama da ih pronađu. Da bi to bilo moguće, presude moraju biti dobro napisane

[17] Dworkin, R., (1984). Taking rights seriously, London, str. 86.
[18] Košutić, B., op. cit., str. 22.
[19] Ibid.

i imati strukturu koja omogućava lako uočavanje pravnih pitanja kojih se tiču i argumentacije na osnovu koje je sudija doneo odluku.[20] Svaka odluka ima svoj autoritet, koji je utoliko veći ukoliko potiče od drugostepenog ili najvišeg suda i ukoliko u određenoj oblasti nema pozitivnih propisa već su sudovi upućeni da primenjuju pravna načela iz recimo predratnih propisa. U takvim situacijama je nemoguće zabraniti sudiji, čija je glavna osobina praktičnost, da se ne ugleda na razloge jedne ranije presude, a koji su vrlo ubedljivi za taj pravni slučaj.[21] Iako pravno shvatanje višeg suda nije obavezno za niži sud, osim u konkretnom slučaju za koji je dato, a ponekad nije čak ni za njega, sudije idući linijom manjeg otpora da im odluka po žalbi ne bi bila ukinuta poštuju i primenjuju stavove višeg suda, suprotno tome što su uočili da u konkretnom slučaju izraženi stav drugostepenog suda nije na Zakonu zasnovan. Autoritetu sudskih odluka viših sudova doprinose stranke i advokati stranaka, koji se redovno pozivaju na njih u postupcima pred nižim sudovima, kako bi ukazali sudu da je u sličnom slučaju neki drugi sud presudio na način na koji oni misle da treba presuditi i u njihovom slučaju, a i sami sudovi navode često u obrazloženju presuda koje donose precedente viših sudova ili stanovišta konstantne sudske prakse.

Prema tome, iako sudske presude i praksa sudova u našem pravnom sistemu nisu formalni izvor prava, one se u stvarnosti javljaju kao značajan činilac koji utiče na rad sudova i drugih organa u donošenju njihovih odluka. Sudska praksa je vrlo slična izvoru prava, jer se sudovi dok tu praksu usvajaju drže kao da je ona zaista izvor prava. Čak i kada se negira da je sudska praksa izvor prava, ne može se osporiti njen veliki značaj za dalje usavršavanje prava. Priznanje sudske presude, odnosno prakse za izvor prava ne znači umrtvljavanje prava i u pravnoj teoriji se neosnovano navodi da priznanje sudske prakse za izvor prava sputava neophodnu samostalnost u radu sudija i nižih sudova, odnosno da bi pravo bi tapkalo u mestu, dok bi se život neprestano menjao[22], zato što bi vezanost sudija za prethodno donete odluke onemogućila prilagođavanje prava stalno promenljivom društvenom životu.

[20] Milojević, D., Andrejević, S., Krstajić, V., op. cit., str. 10.

[21] Milanović, T., (2001). Pravo u sudskoj praksi, Niš, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije u saradnji sa Privrednim sudom u Nišu, str. 75

[22] Košutić, B., op. cit. str. 120

Premoć presude u odnosu na zakon

Sudovi su, pre svega, pozvani da primenjuju zakon, pa tako i kada su zakonske odredbe nedoređene ili nedostaju sudija se mora inspirisati istim razlozima kao zakonodavac, što znači da nije dozvoljena sudska praksa *contra legem* (protiv zakona), već samo eventualno *praeter legem* (mimo zakona),[23] odnosno ukazuje se na to da sud prilikom odlučivanja mora da ima u vidu ne samo slovo već i duh zakona, tj. nameru koju bi zakonodavac imao u problematičnoj situaciji s obzirom na način svog mišljenja iskazan u drugim odredbama zakona.[24] Sudska presuda kao izvor prava ne sme protivrečiti zakonu, a takođe zakonom se može ukinuti opšte pravno pravilo uobličeno u precedentu vrhovnog suda ili izazvati preobražaj ustaljene sudske prakse. To znači da sudija i kada deluje kao zakonodavac, nema ovlašćenja koja on ima, jer je, za razliku od zakonodavca, sudija uvek ograničen. Prilikom vršenja ovlašćenja za stvaranje prava sudija će uvek morati da ima neke opšte razloge koji opravdavaju njegovu odluku i moraće da postupa kako bi postupao zakonodavac, odlučujući u skladu sa sopstvenim uverenjima i vrednostima. Ovlašćenja sudija ne samo da su 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 trenutne slučajeve, oni ova ovlašćenja ne mogu da koriste da bi uveli široke reforme ili doneli nove zakone, pa su na taj način njihova ovlašćenja dopunska.[25] Sudija ne može da ne primeni jedan zakonski propis ako isti postoji, jer bi time kršio zakonitost.[26] Iako su ova ograničenja takve prirode da ostavljaju sudiji relativno širok prostor za slobodu stvaralaštva, ona su ipak dovoljna da podvuku njegovu podređenost zakonodavcu, koja nije uvek ista, već zavisi od apstraktnosti pravnih normi, odnosno od vrsta praznina u pravu, pa ukoliko su norme apstraktnije ili praznine obimnije, utoliko je i veća sloboda sudije i obrnuto.[27] Sudska presuda treba da dopuni zakon u slučaju postojanja neregulisanih društvenih odnosa ili da precizira i prilagodi sadržinu normi zakona dinamičnim i stalno promenljivim društvenim odnosima, što je veoma značajno za pravo jer čini zakon „gipkim i večnim“. I u slučaju kada je jedan zakon dugo u primeni sudska praksa postaje sve smelija u prilagođavanju zakona izmenjenim potrebama života, kao što je primer *Code Civil* u Francuskoj,

[23] Ibid., str. 145
[24] Živković, M. A., (2000). Pojam, stvaranje i tumačenje prava, u Stvaranje prava, Beograd, str. 140.
[25] Hart, H., (2013). Pojam prava, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu i JP Službeni glasnik, str. 327.
[26] Vulićević, V., (1966). Sudska praksa kao izvor prava, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, (7), str. 10.
[27] Košutić, B., op. cit. str. 146.

koji važi još od 1804. godine.[28] Sudija presudama daje takva značenja zakonskim normama, koja one nisu imale, niti mogle imati u trenutku donošenja, ali koja odgovaraju novonastalim društvenim odnosima. Dok neki smatraju da su ta značenja objektivno i prećutno sadržana u tekstu zakona i sudija ih samo izvlači na svetlost dana, drugi navode da nije reč o tome da sud samo ostvaruje zakon, već da je on njegov apsolutni gospodar koji može da ga suzi, proširi, okrene ili potpuno preokrene.[29] Zakon stiče svojstvo izvora prava samim momentom stupanja na snagu, nezavisno od toga da li će biti i jednom primenjen, ako pripada u celini efikasnom pravnom poretku, dok to nije nikada slučaj sa sudskom presudom koja postaje izvor prava tek primenom na konkretne slučajeve i čije neprimenjivanje ima za posledicu prestanak obaveznosti pravnog pravila, koje je u njoj sadržano, i to kako za sudove, tako i za građane.[30] Naime, sudska presuda se donosi tek kada nastane spor, tako da sudija može svestrano da sagleda sve relevantne činjenice i izabere najbolja rešenja, pa tako kao prednost sudske presude u odnosu na zakon možemo navesti njenu gipkost i bolju adaptiranost promenljivom društvenom životu. Postupak donošenja zakona je uvek duži i složeniji, a nekada i dodatno otežan političkim odnosima i to zbog potrebe obrazovanja potrebne većine za njihovo izlasavanje,[31] a društveni odnosi tako dinamični, pa samo sudija može da sledi taj brzi ritam društvenog života i pre od zakonodavca da uoči zastarelost pojedinih zakona i nastanak novih neregulisanih društvenih odnosa, i za njih da brže nađe nova rešenja. Sudska presuda se, zbog svoje elastičnosti, smatra nužnom u onim slučajevima kada se zakon ispoljava kao kočnica za dalji razvoj novonastalih neregulisanih društvenih odnosa, pa je potrebno da se zakonodavac uzrdrži od regulisanja takvih odnosa, i takođe omogućava da se usvojeno rešenje napusti čim se uvidi da ono nije bilo ili više nije pogodno. Rešenja koja se prihvataju ili odbacuju u sudskoj praksi mogu služiti i služe zakonodavcu kao neka vrsta eksperimenta za odabir najboljeg pravca pravne regulative, jer se zakonodavac često koristi stečenim iskustvima u sudskoj praksi i samo pretače u njoj prihvaćena rešenja u članove zakona, što predstavlja potvrdu veće adaptiranosti sudske presude kao izvora prava društvenom životu od zakona.[32] U pravnoj teoriji se navodi da kada bi se sudska praksa priznala kao izvor prava to bi značilo da ona, čim se stvori, postaje izvor prava, tj. postaje obavezna za sudove, iz čega bi kao

[28] Milanović, T., op. cit., str. 77.
[29] Živković, M. A., op. cit., str. 141.
[30] Košutić, B., op. cit., str. 147.
[31] Kutlešić, V., Golić, D., (2018). Uvod u pravo, Novi Sad, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, str. 91.
[32] Košutić, B., op. cit., str. 148.

posledica proizašlo da se ona više ne može menjati, za razliku od zakona i drugih izvora prava koji to mogu,[33] što se smatra neprihvatljivim za naše prostore gde se društvo vrlo brzo menja, i ističe se da je preokret sudske prakse opasniji nego promena zakona, jer sudovi menjajući svoju dotadašnju praksu ukidaju za prošlost norme koje su doneli i stvaraju nove s retroaktivnim dejstvom.[34] Ukoliko pravo nastaje tek sa sudskom odlukom glavni nivo stvaranja prava, pa i sam pojam prava podudara se sa sudskim stvaranjem prava, tj. sa sudskom odlukom. U tom slučaju zakonski nivo stvaranja prava treba definisati i shvatiti ga prvenstveno kao skup orijentira za sudsku odluku, pa se smatra da zakon nije čak ni okvir sudske prakse, jer je okvir nešto što se ne sme prekoračiti, dok je kod tumačenja vrlo čest slučaj da se kao pravno značenje zakona uzima nešto što čisto jezički i logički ne bi bilo moguće.[35] Nova škola priznaje sudiji aktivno učešće u tumačenju zakona i njegovoj primeni, ali navodi da se to ne odnosi na izdavanje opštih propisa, jer on to ne čini, već se govori o tome da daje jedan određeni smisao zakonu pri tumačenju i jednu određenu vrednost pri primeni, pa smatramo da opravdano navodi Tasić da „*Zakon postaje ono što od njega načine sudije prilikom njegove primene u životu*“.

Zaključak

Prema našem Ustavu sudska praksa nije izvor prava, dok je u stvarnosti situacija drugačija. Nemoguće je zabraniti sudiji da se ne ugleda na razloge jedne ranije presude, koji su vrlo ubedljivi za konkretan pravni slučaj. Sudske odluke i od strane stranaka u postupku na prećutan način dobijaju snagu, malteno zakona, jer se upravo od stranaka nude kao izvor prava, kada u toku postupka, pre donošenja odluke ili u postupku po žalbi, prilažu odluke viših sudova, kako bi dokazale da je u sličnom slučaju neki drugi sud presudio na način na koji oni misle da treba presuditi i u njihovom sporu. Sudija u ovakvoj situaciji mora voditi računa i o tim argumentima stranaka, bez obzira na to što sudska praksa nije formalni izvor prava, jer se u kreiranju prava njen uticaj ne može izbeći. Prilikom izrade presude nije dozvoljeno da se sud poziva formalno na sudsku praksu, već te stavove iskazuje kao svoje u odnosu na konkretan slučaj, osim kada su u pitanju pravna shvatanja i stavovi Vrhovnog kasacionog suda. Možemo primetiti da mali broj sudija, za razliku od onih koji iz straha da im odluka ne bude po žalbi ukinuta, primenjuju stavove sudske prakse, postupa

[33] Lukić, R., Izvori prava, op. cit., str. 13.
[34] Košutić, B., op. cit., str. 149.
[35] Živković, M. A., op. cit. str. 138.

drugačije u onom konkretnom slučaju kada uoče da stav suda više instance nije na Zakonu zasnovan, odnosno u svojim odlukama uz drugačije tumačenje zakona kreativnošću i dobru argumentaciju istog pokušava da važeću sudsku praksu promeni. Da bi sudija mogao na ovakav način da utiče na sudsku praksu, on mora biti stručan, mora biti obavešten o praksi njegovih kolega, da stalno prati stavove sudske prakse, da je odvažan i da u tumačenju prava poseduje posebnu kreativnost. Na sudijama svih sudova je velika odgovornost prilikom korišćenja sudske prakse kao izvora prava. Sudija koji donosi odluke mora biti svestan toga da njegovo rešenje treba da bude takvo da važi i u drugom takvom slučaju i da ga može primeniti i svaki drugi sudija.

U skladu sa napred navedenim i sa značajem sudske prakse, za koji smo utvrdili da je nesporan, već se samo razlikuje njegov obim u zavisnosti od pravnog sistema i slobode sudije koja je predviđena u istom, navodimo da naš zakonodavac možda treba da razmotri pitanje sudske prakse kao izvora prava ograničenog obima, jer, kako navodi Košutić, kada se drže oči otvorene ne može a da se ne zapazi da sudska presuda – u obliku sudskog precedenta ili sudske prakse – predstavlja sekundarni (formalni) izvor pozitivnog prava. Bez proučavanja sudske prakse ne može se dobiti potpun uvid u važeće pravo bilo koje zemlje.

Kristina Repanovic
A student of doctoral academic studies at the Faculty of Law in Kragujevac
A judicial trainee at the Municipal court in Kragujevac

DO THE JUDGES CREAT A LAW OR ONLY APPLY IT?

Abstract

This paper analyzes the issue of creating a law by the Court, as one of a few questions in jurisprudence which have caused so much interest, misunderstanding and controversial opinions. In a legal theory there are opposing opinions about the possibility of creating a law through the court

decisions, which, beside many differences, also have some common connecting points. By setting a goal of our research, we took a modest way and stayed in the area, which did not exceed the domain of science. We also adapted the structure of the paper to the goal being set, in which we analyzed the court decision as a source of law, compared the court decision with the formal source of law, respectively with the law itself, and dealt with the harmonization of the court practice in the judicial system of Republic of Serbia.

Keywords: *the court practice, the court decion, creating a law*

Literatura

1. Dvorkin, R., (2003). Carstvo prava, Beograd, Filip Višnjić
2. Dworkin, R., (1984). Taking Rights Seriously, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd.
3. Hart H., (2013). Pojam prava, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu i JP Službeni glasnik
4. Košutić, B., (1973). Sudska presuda kao izvor prava – doktorska disertacija, Beograd, Savremena administracija
5. Kutlešić, V., Golić, D., (2017). Uvod u pravo, Novi Sad, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe
6. Lukić, R., (1964). Uvod u pravo, Beograd, Savez udruženja pravnika Jugoslavije
7. Lukić, R., (1976). Izvori prava, u: Izvori prava u samoupravnom socijalističkom društvu, Beograd, Savremena administracija
8. Milanović T., (2001). Pravo u sudskoj praksi, Niš, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije u saradnji sa Privrednim sudom u Nišu
9. Milojević, D., Andrejević S., Krstajić V., (2015). Ujednačavanje sudske prakse – izazovi i moguća rešenja, Beograd, Misija OEBS-a u Srbiji
10. Podgorac T. I., (2000). Neka zapažanja o stvaranju prava u kontekstu pravne pojave uopšte, u: Stvaranje prava, Beograd
11. Simić, M., (1973). Uloga sudije u tumačenju prava (Neka pitanja teorije tumačenja prava), u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Preuzeto sa: http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z15/10z15.pdf
12. Tasić,, Đ., (1938). Uvod u pravne nauke, Beograd
13. Vulićević, V., (1966). Sudska praksa kao izvor prava, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, (7)

14. Živković, M., A., (2000). Pojam, stvaranje i tumačenje prava, u Stvaranje prava, Beograd, Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava