

*Др Драгунин Аврамовић, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

ОДЛУКА ИЛИ НОРМА – СЛОБОДНО СУДИЈСКО УВЕРЕЊЕ КАО ПРЕТЊА ВЛАДАВИНИ ПРАВА *

Сажетак: *Принципи законитости и правне сигурности, као темељни појмови на којима безусловно почива и најтања (the thinnest) концепција владавине права, су данас у великој мери угрожени ширењем поља слободне судијског уверења. Такав тренд постоје ирисуван и у европским државама, с обзиром на то да долази до приближавања два велика правна система – англоамеричког и евроконтиненталног, при чему судска пресуда добија све већи фактички значај и у евроконтиненталном праву, иако не представља формални извор права. Аутор, након анализе ставова водећих писаца америчког правног реализма, указује на неретко постојеће велике тензије између судске одлуке и законске норме. У том конфликту, одлука често и релативно лако успева да се отприне слову закона. Приликом примене одређених правних норми у конкретном случају, крајивним прилагоджавањем права животи, с обзиром на нужну одређеност и адекватност законских норми, судија све више постоје стваралац права, а све мање примењивач права. Аутор налашава постојеће опасности од субјективности и различитих предрасуда судија, који с обзиром на ширину своје дискреције све више суде на основу сопствене схватања правде, а све мање на основу закона. На такав начин право се претвара у судску одлуку утемељену у субјективном доживљају правде и правичности.*

Кључне речи: *Правна норма; Судска одлука; Слободно судијско уверење; Владавина права; Амерички правни реализам.*

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду. Руководилац пројекта је проф. др Драган Милков.

1. Тумачење права – примена и/или креација права

Поступак тумачења правне норме, утврђивањем њеног правог смисла, јесте најделикатнија и најосетљивија област права. Исклизивање права из граница које су постављене крунским начелом законитости, врхунским императивом правне државе, најчешће се дешава приликом примене права, када мртво слово закона мора да „проговори“. Дефинисање основних принципа правне државе и владавине права, попут поделе власти и независног судства, неизоставно подразумева и најширу примену слободног судијског уверења. Принцип независности судства може се разумети на различите начине: као институционална независност, као одсуство различитих појединачних притисака на судију, али и као слобода судије да независно, у складу са својим уверењем, донесе пресуду, на шта такође указује овај термин. Слободно судијско уверење заправо представља овлашћење судије да доноси одлуке у складу са својом дискреционом проценом. Наиме, иако творци правних норми по правилу настоје да их што прецизније формулишу, постоји доста случајева када је немогуће унапред предвидети све животне ситуације које треба подвести под једну правну норму, која тада, силом прилика, постаје апстрактна, неодређена и подложна различитим тумачењима.¹ Уместо оног ко је креира, суверен тада постаје онај ко одлучује о домашају и примењивости правне норме у конкретним случајевима. Уосталом, англосаксонско право се великим делом ослања на оно што добија речит технички назив: *judge made law*. Судије се на тај начин од тумача права претварају у ствараоце права. Примена апстрактног правила на конкретан случај треба да створи правично решење, да установи „правду појединачног случаја“. Међутим, вештим коришћењем слободног судијског уверења из истог чињеничног стања и исте законске норме, под условом да норма подлеже могућности екстензивног тумачења, тј. да представља правни стандард, често се могу извући два различита закључка. Ширењем англоамеричког утицаја у савременим правним системима²

¹ Из тих разлога су неки законодавци у прошлости прибегавали екстремима у оба правца: док су се једни, попут писаца пруског Ландрехта из 1794. године (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten – ALR*), трудили да савим ограниче простор за слободно и флексибилно тумачење (па је кодификација због таквог настојања бројала чак око 17.000 чланова), дотле су други законописци, попут Еугена Хубера, главног креатора Швајцарског грађанског законика из 1912. године, свесно остављали велику слободу судијама у интерпретацији права.

² У евроконтиненталном правном систему у све већој мери постепено долази до рецепције извесних института *Common Law*-а нпр. увођење медијације, заштићеног сведока, ширење поротног суђења, итд. Видети на пример: M. Langer, „From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure“, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 1/2004; W. Wiegand, „Americaniza-

долази и до продора идеје о све већој потреби проширивања слободног судијског уверења и у континенталном, па тако и нашем праву.³ Међутим, као и када је реч о управи, постоји готово нерешив проблем: како суду дати неопходну слободу у одлучивању и не везати му руке строгим, општим, а понекад и неправичним законским правилима, јер *iudex aequitatem semper spectare debet*,⁴ а са друге стране спречити могуће злоупотребе, као и свесне или несвесне грешке, приликом коришћења широких дискреционих овлашћења? Избегавање овог проблема обично се скрива иза претпоставке о независном судству, при чему се оно третира као да је ван простора и времена, полазећи од хипотезе о неприкосновеном ауторитету и моралним квалитетима судија, што такође представља утицај англосаксонског система на правосуђе.⁵ Али, и судије су људи, а како би рекао Аристотел, сваки човек, па и онај са највећим врлинама, подложен је страстима. Силогистички се намеће закључак да је и судија несавршена личност. Судије могу бити суочене са додатним изазовима у државама у којима не постоје довољне гаранције судијске независности, као што су лична сигурност, материјална независност, сталност, непокретност, одсуство политичких и других утицаја. Субјективна процене судије о правичном исходу уводи право у поље неизвесности, чиме се врши страховит удар на један од основних принципа правне државе, на правну сигурност.⁶ Иако је широко прихваћен

tion of Law: Reception or Convergence”, *Legal Culture and Legal Profession* (ed. L. Friedman, H. Schreiber), Boulder, CO: Westview Press, 1996.

³ Тако на пример Мајић заговара идеју о нужности проширења слободе наших судова на пољу стварања права. М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део), *Анали ПФБ* 2/2009. Аутор у овом раду чак аргументује да је правна извесност, а тиме и правна сигурност већа у земљама прецедентног права: „може се закључити да је предвидивост одлука у континенталном систему чак и нижа, имајући у виду да велики број чиненичних комбинација није обрађен кроз прецеденте, већ сваки судија, када се суочи са одређеном ситуацијом ову решава углавном независно од других, без организованог приступа претходним решењима истог проблема“, 45-46. Живковић стоји на истом становишту и тврди да „законски ниво стварања права треба редефинисати и схватити га првенствено као скуп оријентира за судску одлуку“, М. Живковић, „Теорија примене права и кривично право“, *Правни животи* 12/2006, 1004. Жестоку критику оваквих ставова, кроз залагање за „тврду“ примену начела законитости у кривичном праву изнео је М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФБ* 1/2010, 66-107.

⁴ Судија треба увек да води рачуна о правичности, Улпијан, D. 13, 4, 4, 1.

⁵ У англосаксонском, прецедентном систему судијска дискреција је делимично ограничена принципом *stare decisis*, што подразумева одржавање онога што је већ одлучено, односно везаношћу за претходни судски прецедент.

⁶ Међутим, Митровић лепо примећује да начело законитости никада не може да достигне стање правне сигурности, већ само стање правне извесности. „Правна извесност се односи на такво стање и квалитет права у коме се право и законитост крше у променљивој и толерантној мери која не квари нормално и ефикасно остваривање правног поретка. Правна сигурност, пак, означава такво стање у коме се правни поредак уопште не крши, тј.

став да се управни органи у свом раду руководе начелом законитости, али и целисходности, а поступање судија се искључиво везује за начело законитости, у светлости широке судијске дискреције, нарочито у англоамеричком правном систему, оваква тврдња постаје подложна критици. Судска власт јесте, али само номинално, руковођена начелом законитог поступања. Но, постоје и другачија мишљења. Тако Јеринг подвлачи оштру границу између могућег целисходног поступања управе и судије који „у неку руку не треба да буде ништа друго до оживљен закон који је у његовој личности стекао језик“.⁷ Постоји велика слобода и широко поље дискреције судија приликом утврђивања смисла правне норме, попуњавања правних празнина, а нарочито приликом тумачења „правних стандарда“.⁸ Чак и фудбалски судија када свира фаул или одлучује о жутом или црвеном картону, иако вођен одређеним правилима, на крају самостално, субјективно врши процену. Да ли смо на трагу Шмитовог децизионизма? Да ли и у случају судства превагу односи одлука над нормом? Да ли примат има „живо право“ или „право у књигама“? Да ли судија ствара или само проналази право?

2. Амерички правни реализам – „право у пракси“ v. „право у књигама“

Скоро неограниченој слободи судства су донекле допринеле и теорије о слободном, еволуционистичком тумачењу права, чији је истакнути представник покрет америчког правног реализма. Овај правац настаје тридесетих година XX века као реакција на правни позитивизам, односно „као екстремни израз антиформализма и антиконцептуализма“.⁹ Као разлоге размишљања ове правног покрета о праву у координатама судског поступка, Паунд истиче централну позицију коју суд заузима у англо-америчком правном систему, као и конкретни карактер правних прописа, који су у том систему „производ делатности судова, пре него резултат рада на универзитетима“.¹⁰ Љуелин прецизно дефинише заједничке теоријске и мето-

стање у коме је правни поредак постао морални поредак“, Д. Митровић, *Начело законитости – ѿјам, садржина, облици*, Београд 1996, 46.

⁷ Р. Јеринг, *Циљ у ѿраву*, Београд-Подгорица-Нови Сад 1998, 173.

⁸ Како судија Мајић истиче: „Ипак, за *lex certa* не треба превише жалити! Чак и када би у идеалним условима био остварен идеал *lex certa*, потпуно јасно и одређено кривично право, које заиста покрива све ситуације које је законодавац имао у виду, не препуштајући било шта тумачењу, био би сачињен вероватно најнекориснији закон у историји!“, М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (I део)“, *Анали ПФБ* 1/2009, 50. Видети и: Д. Поповић, „Аутономни концепти Европског права људских права“, *Анали ПФБ* 4/2009.

⁹ Г. Фасо, *Историја филозофије ѿрава*, Подгорица 2007, 607.

¹⁰ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, Књига I, Београд-Подгорица 2000, 337.

долошке премисе правних реалиста, уједно и представника социолошке јуриспруденције: посматрање права у кретању (права у променама), прихватање концепције судског креирања права и посматрање права као средства за остваривање друштвених циљева.¹¹ Према основним поставкама овог теоријског правца судије се не могу третирали као аутомати који врше функцију простог, механичког, силогистичког закључивања из претходно утврђених премиса, већ као људи чији су субјективни ставови и осећања уткани у пресуде. На место правне норме у центар пажње долази проучавање понашања, првенствено судија. Тако се уместо стварања права акценат ставља на примену права, општа правна норма уступа примат појединачној, а „право у књигама“ (*Law-in-books*) посустаје пред „правом у пракси“ (*Law-in-action*).¹² Вођа „побуне“ против силогистичког поступка који је пратио традиционално суђење јесте судија Оливер Вендел Холмс са својим чврстим прагматизмом и ставом да право не представља резултат логике већ искуства.¹³ „На амерички правни реализам снажно је утицала Паундова идеја да је право искуство развијено разумом, а не логичка дедукција или систем аксиома“.¹⁴ Наиме, Паунд је веровао да судска функција, премда је то била у првој фази развоја права, није само функција обичног арбитра, везана за механички начин суђења, формализам и круту процедуру. Таква визија је погодна, како описује, само за чисто пољопривредне заједнице у Сједињеним државама, „у којима је фармер, далеко од забаве градског живота, пронашао позориште у судници“ или за ултраиндивидуалистичко правосуђе деветнаестог века.¹⁵ Нема ничег новог, како вели Паунд, у одступању практичне судске активности од „права у књигама“ или „права на папиру“, чега је увек било у извесним периодима и низовима случаја.¹⁶

¹¹ Видети и: Ј. Станковић, *Основи ојшће социологије љрава III – љримена љрава*, Београд 2000, 156.

¹² О томе видети више: R. Pound, „Law in Books and Law in Action“, *American Law Review*, Vol. 44, 12/1910; А. Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2007, 5-18. О утицају Паундове дихотомије на идеје Ханса Келзена, Херберта Харта и Алфа Роса видети: J. L. Halperin, „Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change“, *Maine Law Review*, Vol. 64, 1/2011.

¹³ „Behind the logical form lies a judgement as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding“, O. W. Holmes, „The Path of the Law“, *Philosophy of Law and Legal Theory – An Anthology*, (ed. D. Patterson), Oxford 2003, 14. Или Јеринговим речником „законодавац не може да замени судијину главу“.

¹⁴ Г. Вукадиновић, *Теорија државе и љрава II*, Нови Сад 2007, 62.

¹⁵ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, I, Београд – Подгорица 2000, 531.

¹⁶ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, II, 402. На овом месту, Паунд даје као пример „Менсфилдове иновације“, одлуке судије Менсфилда који је кроз свој рад више изналасио,

Холмс се залагао и за промену метода судског одлучивања, те је уместо дедуктивног закључивања предлагао индукцију, при чему би се у сваком конкретном случају испитивало које ће конкретне последице имати судска одлука.¹⁷ За Холмса судови су пророчишта права, а судске одлуке, исто као и људска права и дужности грађана, ништа друго но пророчанство.¹⁸ Такву концепцију права Висковић назива „предиктивном концепцијом важења правне норме“.¹⁹ Наиме, Холмс, са становишта правне сигурности, целокупно право изводи на клизав терен, те га своди на прорицање онога што ће судови у конкретном случају одлучити.²⁰

Слично Холмсу, Љуелин сматра да супстантивна права и правила морају бити склоњена у други план, у корист судијског понашања или понашања других службеника који примењују право,²¹ те да је нужно ставити акценат на однос и интеракцију између права и остатка друштва. Овај аутор, следећи Холмса, оштро подвлачи разлику између „правих“ правила и права која произилазе из понашања и делатности судија и правила и права на папиру, који се налазе у законима. „Права“ правила су дескриптивна, а не прескриптивна. Она су на нивоу бивста, а не требања.²² Фактичко понашање судија јесте кључ разумевања права, док писана правила имају другоразредни значај. Љуелин посматра

него примењивао право. О једној таквој, инвентивној пресуди судије Менсфилда у случају *Сомерсет против Стјуарта* (*Sommerset vs. Stewart*) из 1772. године, видети више: А. Вотсон, „Лорд Менсфилд – судијски интегритет или његово помањкање: случај Сомерсет“, *Анали ПФБ* 1/2006, 9-23.

¹⁷ Видети: Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Нови Сад-Подгорица 1992, 110.

¹⁸ О. W. Holmes, *op. cit.*, 9. На исти начин као и Холмс размишљао је и судија Кардозо: „Треба да се ујединимо у томе да сматрамо правом онај скуп принципа и догми који се с разумном мером вероватноће може предсказати и као основ за пресуду у садашњим или будућим споровима. Кад предсказивање достигне високи ступањ сигурности или извесности, ми говоримо о праву као утврђеном, иако је, без обзира на то колики је ступањ те привидне утврђености, увек могућна грешка у предсказивању. Кад предсказивање не достиже тако високу меру, ми говоримо о несигурном или сумњивом праву“, В. Cardozo, *The Growth of the Law* (1924), 43, цит. према Х. Келзен, *Ојшита теорија права и државе*, Београд 1998, 226.

¹⁹ Видети више: Н. Висковић, *Појам права*, Сплит 1976, 241.

²⁰ Томас Флајнер, који инсистира на предвидивости права сигурно се не би могао сложити са Холмсом. Овај аутор сматра да је судство најсагласније са принципом предвидивости примене права, те упозорава да судије морају да гледају у прошлост, док политичари треба да гледају у будућност; Т. Флајнер, „Независност судства“, *Анали ПФБ* 4/2009, 119.

²¹ „Ја чак и не кажем да *ионекад*, ова `прихваћена правила` нису врло прецизан опис понашања судија. Оно што ја кажем је да је оваква прецизност описа ретка“, К. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step, Philosophy of Law and Legal Theory – An Anthology*, (ed. D. Patterson), Oxford 2003, 28.

²² *Ibid.*, 30.

право као мотор, односно као већи број различитих мотора који имају циљ, али не и вредност у себи. На крају, Љуелин излаз види у смањивању значаја који се придаје речима, а повећању значаја посматраног понашања.²³

Френков, изразито бихејвиористички приступ, заснован и на гешталт психологији, представља значајан помак овог теоријског правца. „Међутим, Цером Френк је отишао даље од Љуелина, пресмело устврдивши да израз `право` треба да престане да се употребљава, како је својевремено Келзен предлагао за `извор права`, пошто су судске одлуке и одлуке других ауторитета у тој мери `креативне` и `арбитрарне` да доводе до тога да исто право означава различите ствари“.²⁴ За Френка оно што пише у законима јесте мртво слово на папиру, а извесност права и правна сигурност представљају мит. У његовој, могло би се рећи, екстремној визури, правни исход није могуће предвидети до доношења пресуде. Од личности судије, тврди Френк, зависи исход судског поступка. Кључни чиниоци који делују на понашање судија јесу политичког, економског, образовног, класног, расног карактера.²⁵ Судаћи по Френку, схватање правде је индивидуално, те ће правда најчешће зависити од личних карактеристика судије. „Са гледишта судије, о праву се сасвим добро може рећи да представља судски поступак или овлашћење на доношење пресуде“.²⁶ Потребу људи за извесношћу и предвидљивошћу, која је како тврди незамислива у праву, Френк објашњава причом о дечијој, инфантилној психолошкој потреби за потпуном сигурношћу коју обезбеђују свемоћни родитељи. Одрастање и прихватање идеје да отац није свемоћан, у људима рађа инфантилну потребу за замену улоге оца у несигурном свету коју добијају судије, у чију се непогрешивост верује.²⁷ На тај начин је Френк „створио нови мит – мит о потпуној ирационалности права, и поставио питање самог значаја норме као такве“.²⁸

²³ *Ibid.*, 38. Жестоку критику Љуелинових ставова, називајући га чак фобичним у односу на правна правила је изнео L. Fuller, „American Legal Realism“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 82, 5/1934, 429-462.

²⁴ Д. Митровић, *Теорија државе и права*, Београд 2010, 315.

²⁵ Ј. Станковић, *op. cit.*, 174.

²⁶ J. Frank, *Law and Modern Mind* (1930), 274, цит. према Р. Паунд, *Јуриспруденција*, Књига I, 337.

²⁷ „Сада се наивна вера детета у могућност оца да савлада хаос и опасности света, претвара у веру, која прераста у мит, да је то могућно преко правног система, преко његовог ауторитета, одређености и предвидљивости“, Ј. Станковић, *op. cit.*, 181. Видети и: Г. Вукадиновић, *op. cit.*, 63.

²⁸ Б. Туцаков, „Правни реализам Церома Френка“, *Америчка јуриспруденција XX века*, (ур. Г. Вукадиновић, А. Картаг-Одри), Нови Сад 2006, 126.

3. Владавина закона v. владавина судија

Овако радикална верзија реализма, је доживела критике чак и међу припадницима истог теоријског правца. Наиме, Феликс Коен, један од најзначајнијих представника америчког правног реализма, излаже критици Френкову теорију која, како тврди, „неоправдано пориче значајне, предвидиве, друштвене детерминанте које усмеравају правац доношења судске одлуке“.²⁹ Паунд, такође, примећује да је екстремни психолошки реализам исувише догматски ограничен, те да се њиме игнорише дејство судских већа, контроле судске делатности, ограничења која долазе од професионалне критике и теорије, као и дејство прихваћених идеала друштвеног и правног поретка.³⁰ Мада је и он сам свестан чињенице да „од кад постоје судије и саветници, правни саветник који даје савет свом клијенту знао је да, у извесној мери, мора водити рачуна и о идиосинкразијама и личним особинама и наклоностима конкретних судија“.³¹

Имајући у виду да су судије људи од крви и меса, а не божанства са снагом Херкулеса, како би сугерисао Дворкин, у великом броју случајева, нарочито „тешких случајева“, као што је то на пример Дворкинов „Случај Елмер“, они нужно имају лични, субјективни став и интимно се приклањају једној од страна у спору. Судија, „владалац у царству права“, доноси суд о постојању неког права на основу својих интуиција. Појединачне интуиције нису иманентне самом уму, како тврди Дворкин, већ су резултат живота, развоја и учења у одређеној политичкој и моралној заједници и склоне су ревидирању. С обзиром на то да се на том месту стиче осећај за правду и непристрасност, Дворкин критикује стриктно тумачење закона³² и препоручује да децу треба учити концепту, појму правичности, а не једној посебној концепцији ограниченој на пар примера. Дворкинов Херкулес свој суд формира према институционалној историји, моралној традицији заједнице, актуелној политичкој моралности која преовлађује у заједници, али мора да се у некој тачки ослони и на властити суд да би донео одлуку, јер и Херкулес живи у том контексту и стиче осећај за правду.³³

²⁹ F. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach,” 35 *Columbia L. Rev.* 809, (1935), p. 843, цит. према В. Таманаха, *Law as a Means to an End – Threat to the Rule of Law*, Cambridge 2006, 237.

³⁰ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, Књига I, 143.

³¹ *Ibid.*

³² „Уверење да судије увек проналазе право, а да га никад не стварају, је начело догме која се назива формализам. Оно је резултат жеље за нечим старомодним, неодрживим, и лошим, названим механичка јуриспруденција“, R. Dworkin, „Judicial discretion“, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 21/1963, 624. Видети и изванредну монографију на Дворкиновом фонду: М. I. Vila, *Facing Judicial Discretion*, Dordrecht-Boston-London, 2001.

³³ Дворкин истиче да судија мора да има јако оправдање када сматра да у пресуди мора да одступи од доследне примене неког начела, као и да је нужно правити разлику између извесног степена иманентне некохерентности и неаргументованих, неоправданих и

Дакако, да би судије задржале потпуну објективност, нужно би морале поседовати надљудске, херкуловске квалитете. Велики напор би морао бити уложен како би се човек издигао изнад својих предубеђења, предрасуда и индивидуалног моралног вредновања. Извесно морално вредновање мора постојати и оно се најчешће поклапа са прећутно прихваћеним етичким кодексом у датом друштву. Међутим, лако се може замислити, али и заиста десити, ситуација у којој судија, која је била жртва силовања, насиља у породици или преваре (или макар покушаја таквих дела), треба да пресуди у једном таквом случају. Или чак ситуација у којој су судију покрали у аутобусу ујутру када је пошао на посао, а на столу му стоји предмет крађе, који треба да пресуди истог дана. Тешко је и претпоставити да би се у таквим случајевима могла задржати потпуна објективност приликом доношења одлуке и механички искључити емотивна ангажованост било ког човека у проналажењу правичног решења. И велики број других момената могу утицати на формирање мишљења код судије о странкама: од начина облачења, гестикулације, манира, симпатије или антипатије, ангажованих адвоката, па све до физичког изгледа. Приликом утврђивања чињеничног стања, подвођења чињеничног стања под одговарајућу правну норму, прихватања или неприхватања појединих доказа, као и оцене доказа,³⁴ узимања у обзир олакшавајућих и отежавајућих околности, судијска дискреција, а понекад и арбитрерност је скоро неизбежна.³⁵ Чим судија процењује да ли ће применити одређену правну норму у конкретном случају, он више није везан том нормом. Правна норма нема значење које је независно од тумача, „а специфичности случаја су релевантне само уколико их тумач признаје, право произлази из тумачевог разумевања (схватања, тумачења) шта правни принципи и норме значе у конкретном случају, односно из тумачевог разумевања судара закона и случаја“.³⁶ Законска норма заправо добија највећу улогу у оправдању претходно донете, дели-

непоследних некохерентности које настају у лошој вољи, са некоректним мотивима, као на пример предрасуде. Херкулес, како каже Дворкин, мора да стекне осећај за меру о томе када више треба да следи активизам, а када пасивизам, што се може стећи само животом у конкретной, специфичној култури. О Дворкиној визији судије Херкула, видети више: Р. Дворкин, *Царство права*, Београд 2003.

³⁴ Тако на пример у чл. 16, ст. 3 Законика о кривичном поступку стоји: „Изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке суд оцењује по слободном судијском уверењу“, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011 и 101/2011.

³⁵ Тешко је отргнути се утиску да наши судови у појединим кривичним предмета, често неоправдано, извршиоцима тешких кривичних дела, па чак и у поврату, као нарочито олакшавајуће околности приписују и то да је у питању млад, ожењен, породичан човек, што представља и основ за ублажавање казне испод законом прописаног минимума за одређено кривично дело.

³⁶ М. Живковић, *op. cit.*, 1005.

мично субјективне одлуке, односно у образложењу пресуде. Правничко умеће и „правничка гимнастика“ се тада откривају у пуној светлости.³⁷ Уколико судија процени да је, на пример, потребно некога блаже казнити или чак ослободити казне, у већини случајева он ће то и успешно реализовати одабиром „адекватне“ правне норме у мору могућих опција, другачије речено, вештим правним маневром. У таквим ситуацијама морално вредновање и креирање казнене политике остаје у рукама моћног судије, који често може да изигра законодавца или пак да изокрене *ratio legis*. Тако судске пресуде постају расадник априорних личних идеологија и филозофија појединаца (судија), а приватни ставови судија прерастају у право. Наравно, ниједан судија не би рекао да је пресудио на основу свог уверења и процене, већ свој став увек одене у рухо „одговарајуће“ правне норме.³⁸ Разлог таквог поступања јесте чињеница да ћемо ми „презрети свештеника који проповеда оно у шта није уверен, али ћемо поштовати судију који не допушта да његову верност закону помете опирање његовог правног осећања“.³⁹

Велику скепсу према судијској дискрецији, нарочито је исказао Хајек: „када поштујемо законе, у смислу општих апстрактних правила донетих без поштовања потребе да се она примене на нас, ми нисмо предмет туђе воље и зато смо слободни. То је због тога што законодавац не познаје конкретне случајеве на које његова правила треба да буду примењена, и зато судија који примењује правила нема избора у доношењу закључака који следе из постојећих правила и конкретних чињеница везаних за тај случај, тако да може да се каже да владају закони, а не људи. Из разлога што су правила постављена без знања о конкретном случају и ничија воља не одлучује о употреби принуде у њиховом спровођењу, закон није арбитран“.⁴⁰

На сличном правцу размишљања налази се и Таманаха, који тврди да у у данашње време судије све више постају прагматичари, који углавном разматрају сврхе и циљеве пресуда које се налазе изван права, као и могуће друштвене последице својих одлука. Таманаха сматра да има и судија који нису прагматичари, већ се чвршће држе законских правила, премда има и оних који се у појединим случајевима осећају везаним за законска правила, док у другим случајевима поступају прагматично.⁴¹ С обзиром на

³⁷ Живковић на том фону истиче да право извире из закона уз помоћ правног знања и вештине судија, те да у том смислу и правно знање и правне вештине представљају извор права, *ibid.*, 1013.

³⁸ „На површини ствари, неупућеној јавности судска одлука увек се представља као логички нужна последица садржаја законске норме“, *ibid.*, 1005.

³⁹ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1998, 90.

⁴⁰ F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London - New York 2010, 134-135.

⁴¹ B. Tamanaha, *op. cit.*, 232.

то да нема, а и не може бити чврстих правила о томе када ће судија бити вођен „правом у књигама“, а када слободном проценом, право улази у сферу неизвесности и несигурности, што представља атак на један од основних принципа правне државе и владавине права.⁴² Међутим, праву претњу за владавину права Таманаха види у скептицизму судија, осталих правника и јавности и у њиховом уверењу да је немогуће бити потпуно објективан приликом суђења, а не у самој немогућности објективног одлучивања.⁴³ Таманаха уочава низ социјалних и институционалних препрека потпуној субјективности судија, а међу главним средствима су неодобравање и неслагање са таквим одлукама од стране колега и контрола одлука од стране виших судова. „Свеукупност правне традиције – правнички језик, скуп правних правила, концепата, принципа и идеја, правни поступци и пракса, хијерархија правних институција, адвокатска струка – има за резултат стабилизовање правног значења и обезбеђивање ограничења утицају субјективних ставова“.⁴⁴ Мада и сам Таманаха постаје скептичан, јер на крају ипак закључује да и поред ових ограничења судија уколико жели може манипулисати правним правилом како би постигао жељени циљ, са ризиком укидања пресуде. Може се приметити да и он у крајњем исходу полаже наду у херкуловске моћи судије и у његову могућност издизања изнад сопствене субјективности.⁴⁵ Таманаха потом излаже критици прагматизам заступљен код судије и представника покрета економске анализе права Ричарда Познера, садржан у једном новинском чланку: „Начин на који као судија приступам случају је да се пре свега запитам шта би био рационалан, разуман исход, као што би га и поротник разумео, и онда, пошто нађем одговор на то питање, испитам да ли такав исход противречи некој уставној или законској одредби, важећем прецеденту или било којем другом уобичајеном ограничењу судијске дискреције“.⁴⁶ Таманаха, попут љутитог детета, истиче да таква пресуда није у складу са законом, већ је у складу са осећајем судије о томе шта је исправно, те због тога не предста-

⁴² „Не само да су правна правила мање обавезујућа због више циљног и прагматичног резонувања, него и правни системи у целини манифестују виши степен непредвидивости, јер судије имају различита мишљења међу собом“, *ibid.*, 233.

⁴³ *Ibid.*, 236.

⁴⁴ *Ibid.*, 239. И Паунд на сличан начин описује обезбеђење од самовољног и опресивног вршења судијских овлашћења, па и спровођења дискреционе власти. Наиме, као главне препреке судијској арбитражности Паунд подвлачи: образовање, стручност, разумни приступ, навику изналажења принципа, осетљивост судија на стручну критику адвокатске професије и теоретичара, видети: Р. Паунд, *Јуриспруденција*, Књига I, 527.

⁴⁵ В. Таманаха, *op. cit.*, 240.

⁴⁶ R. Posner, “Tap Dancing,” *The New Republic Online*, доступно на: <http://www.tnr.com/doc.mhtml?i=w060130&S=heymanposner013106>; цит. према В. Таманаха, *op. cit.*, 243.

вља чврст правни исход, иако производи правно дејство. Нажалост, чини се да је Познер рекао велику истину, коју већина других судија ретко изговара или чак ни интимно не прихвата. На крају, у борби за владавину права, Таманахи је као једино оружје остала тврдња да је „*sine qua non* владавине права тежња за решавањем случајева у складу са законом“.⁴⁷ И заиста, док се појми статички, као искључиво теоријски концепт, владавина права не представља проблем. Међутим, када овај принцип треба да доживи примену, када се стави у динамички дискурс, отварају се питања заштите појединачних интереса, дискреције власти, могућности самоограничавања власти.⁴⁸ Треба увек имати у виду упозорења на која указује правни реализам да владавина људи (*rule of men*) увек постоји с владавином права (*rule of law*). Јер, када је судија принуђен да норму не примењује стриктно, он владавину права претвара у владавину човека.⁴⁹ Пут успеха Таманаха налази у превазилажењу мрачних углова човекове природе оличених у самоинтересу и ширем посвећивању владајућих структура разумности, општем добру и благостању, њиховом издизању изнад страсти, те верности уставним ограничењима.⁵⁰

Критици ставова америчког правног реализма се у великој мери приклањају позитивисти, али је на овом месту нужно поменути чврсти Разов став да чак и када дискреција није ограничена, судови остају везани правом и морају да делају онако како мисле да је најбоље у складу са својим уверењима и системом вредности. Уколико то не учине и арбитрерно одлуче, као да бацају новчић, они крше правну обавезу.⁵¹ Немоћ Разове аргументације је више него очигледна, а пред судије се због тога постављају нереални, херкуловски захтеви издизања изнад сопствене субјективности. Настојање позитивиста да се поставе јасна правила и приликом коришћења судијске дискреције, представља узалудно губљење времена, иако постоји свест о томе да је насушна потреба правне државе и владавине права спречити свако арбитрерно поступање. И Јеринг покушава да обезбеди владавину права кроз замишљеног судију са надљудским способностима:

⁴⁷ *Ibid.*, 244.

⁴⁸ Видети: I. Sánchez-Cuenca, „Power, Rules, and Compliance“, *Democracy and the Rule of Law* (ed. J. M. Maravall, A. Przeworski), Cambridge 2003, 71.

⁴⁹ Често се срећу ставови аутора, нарочито бивших судија, попут бившег енглеског правног лорда Тома Бингама, да владавина права „не захтева да званичници или судије треба да буду потпуно лишени дискреције, али захтева да ниједна дискрециона одлука не буде без ограничења“. (Т. Bingham, *The Rule of Law*, London 2011, 54).

⁵⁰ В. Tamanaha., *op. cit.*, 226.

⁵¹ „A judge must always invoke some general reasons. He has no discretion when the reasons are dictated by law. He has discretion when the law requires him to act on reasons which he thinks are correct, instead of imposing its own standards“, J. Raz, „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 5/1972, 847-848.

„Прави судија не зна за углед личности, странке које се појављују пред њим нису за њега те одређене индивидуе него апстрактне личности под маском тужитеља и туженог, он види само маску, а не индивидуу која се налази иза ње“.⁵² Иако Јеринг верује у Херкулеса, ипак је свестан да би искључива владавина закона била истозначна са „одрицањем друштва од слободне употребе својих руку“, које би беспомоћно стајало пред свим животним ситуацијама.⁵³

4. Тријумф одлуке над нормом?

„Бискуп Ходли је рекао: `Сваки ко има апсолутну власт да тумачи било који писан или усмен закон, јесте онај који је стварни законодавац у сваком погледу и смислу, а не лице које је право написало или изговорило закон`; *a fortiori*, свако ко има апсолутну власт не само да тумачи право, него и да каже шта је право, јесте прави законодавац“.⁵⁴ И заиста, судије данас нису само „уста закона“.⁵⁵ Судије представљају праве творце истине, од релативне, претварају је у апсолутну категорију. *Res iudicata pro veritate accipitur*, то нам налаже императив правне сигурности. Међутим, треба бити обазрив, јер како упозорава Монтењ: „Истина ових дана није оно што стварно јесте, већ оно што сваки човек убеди другог да верује“. Несумњиво, лична уверења у мањој или већој мери уобличавају судску одлуку. А како судијска моћ расте, повећавају се сви облици притисака на судије, а нарочито политички. Због тога, истанчан осећај за истину и правду јесте нужан предуслов обављања судијске функције или Јеринговим речима „трајно вежбање врлине“. Али, с обзиром на то да је правда, исто као и истина, релативна категорија, те да је нешто што је за некога праведно или истинито, другоме неправедно и неистинито решење, тешка дилема између норме и одлуке остаће вечна апорија.

Право јесте врло флуидна, али истовремено и ригидна друштвена категорија, тако да се као императив намеће потреба извесне флексибилности у његовом тумачењу. Уколико би се приклонили ригидном позитивизму и формализму, право у великом броју случајева не би могло бити примењено, остало би мртво слово на папиру. С друге стране, право се мора стално развијати и прилагођавати промењеној друштвено-политичкој

⁵² Р. Јеринг, *op. cit.*, 177.

⁵³ *Ibid.*, 186.

⁵⁴ J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1927), 102, цит. према Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1998, 212.

⁵⁵ Монтеѕкје је сматрао да су судије „само уста која изговарају речи закона, безживотна бића која не могу да му ублаже ни снагу ни строгост“, Ш. Монтеѕкје, *О духу закона*, Том I, Књига XI, глава 6, Београд 1989, 183.

стварности, новим системима вредности и конкретним животним ситуацијама, иако оно најчешће каска за животом. Тај задатак може извршити једино судија. Мора се живети са свешћу о постојању и потреби слободног судијског уверења, дискреције органа управе, права на помиловање од стране председника државе, итд. Злоупотребе ових овлашћења, оличене у могућности арбитрерног поступања, заиста могу задрати у саме темеље правне државе нарушавањем начела законитости, правне сигурности, људских права. С обзиром на то да право није савршено, једино што остаје јесте вера у моралне, херкуловске врлине које имају, или би требало да имају, носиоци највише државне власти, а у овом контексту правосуђа.

Разумевање права као нечег чврсто утемељеног и унапред постављеног, апстрактног и статичног, нико не може узети за озбиљно. Креативно прилагођавање конкретним безбројним животним ситуацијама, и то не само када су у питању бланкетне норме, је нужно. Слобода судија у одлучивању мора постојати у оној мери у којој и хирург приликом операције, иако вођен прописаним правилима поступања, има слободу одстрањивања оних делова органа захваћених малигнитетом који можда нису били примарни фокус и разлог започињања операције. Исто тако, судијска децизија се показује као нужан инструмент прилагођавања и унапређивања права, које у конкретној (не)примени може довести до катастрофалних исхода. Одлука која ће правна норма или правни принцип бити употребљен при постојању одређеног чињеничног стања, лежи искључиво у рукама судије, који мора бити способан за такво расуђивање. То не значи да он не треба да се обазире на норму. Процена судије у конкретном случају, када ће више бити ослоњен на правну норму, а када на свој стручни суд, лежи само на њему и на кодексу судијске етике, који представља једину праву брану евентуалном арбитрерном поступању. Одлука односи превагу над правном нормом! Као да се круне традиционални принципи доктрина правне државе и владавине права. Јер, и поред свих критика које је истрпео покрет правног реализма, тешко је не признати да се пресуда најчешће своди на оно што је судија унапред одлучио на основу своје субјективне процене, у мери у којој му закон за то пружа ту могућност.

*Dragutin Avramović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Decision or Norm – Judicial Discretion as a Treat to the Rule of Law

Abstract

Principle of legality and legal certainty, as key notions even of the thinnest concept of rule of law, are largely endangered in our times by widening of judicial discretion range. That trend is more and more at hand in European states as well, due to convergence of common law and civil law legal systems. Judicial decision acquires higher and higher factual importance in European legal systems, although it is generally not considered as a source of law. After analysis of standings by leading scholars of legal realism theory, the author admits that a very high level of tension frequently exists between judicial decision and legal norm. Within that conflict often and relatively easy decision succeeds to tear off by the strict letter of the law. In application of general legal rules upon concrete case, by creative adjustment of the law to life, due to necessary general and abstract character of legal norms, judge becomes more creator of law, rather than the one who applies it. The author points to danger of subjective and prejudiced attitudes of the judges, as they, due to their wide discretion, make a decision more upon their own feeling of justice, rather than upon law itself. In that way the law transforms itself in judicial decision based upon subjective understanding of justice and fairness.

Key words: Legal Norm; Judicial Decision; Judicial Discretion; Rule of Law; American Legal Realism.