

Др Ирена Пејић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.4:342.56](497.11)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ: УПОРЕДНО И ИСКУСТВО СРБИЈЕ**

Апстракт: Циљ овог рада је да се укаже на гаранције судске независности које треба уставом уредити и које у систему владавине права стварају *de iure* оквир судске независности. Ауторка је свесна да уставне гаранције нису саме по себи довољне и да њихова примарна својства могу изазвати различита дејства у зависности од политичког окружења и културолошког обрасца у коме се оне остварују. Судски систем функционише у условима поделе власти, која подржава независност судства као гаранцију правне државе. Отуда се мора паралелно излагати о институционалним и персоналним гаранцијама судске независности, али и о одговорности, најпре политичких власти за стварање друштвеног амбијента у коме ће судство независно деловати, као и о одговорности судске власти за самостално обављање функције. Намера је да се у раду компаративно истраже гаранције независног судства и минимум правила која чине кохезионо језгро око кога се окупљају не само чланице Европске уније, већ све земље у систему континенталног права, у настојањима да обезбеде независност судства као примарни услов правне државе.

Кључне речи: судство, независност судства, уставне гаранције.

1. Увод

Упркос томе што у првим правнополитичким расправама није виђено као посебна грана власти, судство је са развојем правне државе обезбедило позицију „трећег“, политички неутралног чиниоца у функционалној расподели власти. То је захтевало константну уставну пажњу ради

* irena@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

његове заштите од нараслих утицаја других грана власти, те су гаранције независности судства развијане на неколико нивоа. Први је ниво унутрашње заштите, који треба да осигура непристрасност судије да одлучује у одређеној правној ствари у складу са старом максимумом *sine spe ac metu* („без страха и очекивања“). Дакле, најпре је требало искључити арбитрерност и самовољу у субјективном смислу, односно обезбедити да судија поступа без предрасуда и пристрасности у пресуђивању. Други је ниво спољашње заштите, који искључује сваки облик политичког или другог утицаја и притиска од стране других грана власти на остваривање судске функције (Lič, 2007: 267; Smith, 2003: 255).

Европски суд за људска права користи у својим одлукама одвојено појмове „непристрастан суд“ и „независан трибунал“.¹ Непристрасност суда може се утврдити на основу два критеријума: „према субјективном тесту“, који је заснован на личном уверењу судије, и „према објективном тесту“, који је заснован на уверењу да је судија пружио гаранције којима искључује „легитимну сумњу“ у конкретном случају.² Како идеја непристрасности може бити доведена у питање под утицајем спољних фактора, то се гаранције независности морају применити како у односу на органе политичке власти, тако и у односу на стране у спору.³ Сваки од ових аспеката независности почива на институционалним и персоналним гаранцијама којима се штити статус судија и вршење судијске функције, међу којима правила о избору судија представљају не само правну, већ и моралну премису на којој почива правна држава.⁴

1 Европски суд за људска права је, штитећи чл. 6. Европске конвенције, у бројним одлукама дао своје виђење независног и непристрасног суда, при чему су главни критеријуми за одређивање степена независности следећи: избор судија, дужина трајања њиховог мандата, уставне гаранције од спољних притисака, као и да ли суд може да делује као независан како у односу на извршну власт, тако и у односу на странке у поступку. Видети: Случај Ringeisen v. Austria, пресуда од 16. јула 1971, серија А бр. 13.

2 Случај Saraiva de Carvalho v. Portugalia, пресуда од 22. априла 1994, серија А бр. 286-В, с. 38.

3 Случај Campbell IFell v. Ujedinjeno Kraljevstvo, пресуда 28. јун 1984, серија А бр. 80, с. 39.

4 Поред Европске конвенције за заштиту људских права, најзначајнији документ у погледу афирмације независног и непристрасног судства представљају Препоруке 94 (12) о независности, делотворности и улози судија, које је усвојио Савет министара октобра, 1994. године. (Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, Adopted by the Council of Europe, Committee of Ministers on 13 October 1994, at the 518th meeting of the Ministers' Deputies, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdB lobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2>)

2. Независност судства

Стварање коректног правног оквира за функционисање судске гране власти извире из основних, уставом утемељених гаранција судске независности. Као примарни услов правне државе, уставне гаранције изражавају начелан став уставотворца о основним вредностима правног поретка. Међутим, независност судства често је сведена на гаранције независности које су израз пуког копирања упоредних и/или међународних извора, без јасне представе о њиховим рефлексијама у националном правном поретку. Овај тренд „угледања“, односно копирања уставних модела, постао је готово универзалан у савременим конституционалним токовима. Према речима академика М. Јовичића (Јовичић, 1977: 300) ова ситуација била је позната и раније, приликом доношења првих устава некадашњих колонија, које су се угледале на уставне акте метрополе.⁵ „Угледање“ на туђа уставна решења изазвало је двоструке последице: једне са негативним, а друге са позитивним учинком. Са једне стране, просто преузимање решења у одсуству правне оригиналности и неприлагођености политичком и друштвеном окружењу изазива последице супротне онима које уставни институт треба да произведе. На овај начин, међутим, достигнућа демократске уставности проширују се на нове демократије, у којима постоји тежња да се перманентном уставном интерпретацијом пројектује нови вредносни поредак. Данас је тешко говорити о постојању универзалних и успешних формула о начину избора судија, о формирању правосудног савета и о другим сегментима организације и функционисања судске власти. Зато би било сврсисходније формирати „минимална“ правила на универзалном плану, која би чинила срж владавине права и обезбедила независност судства *in abstracto*. Разрада ових правила у националном законодавству могла би да доведе до стварања гаранција *in concreto* које би одражавале слику одређеног система, уважавајући његове посебности у историјском и у културолошком смислу.

Конституционализација судске независности не треба да буде схваћена као „дрвени тепих“ који обезбеђује искључиво „церемонију“ формирања уставних органа. Управо обрнуто, циљ је створити и развити (само)свест код судија о њиховој независности и самосталности у одлучивању. Пут кроз који пролази Србија последњих година није непознат земљама Источне Европе. Оне су у настојању да спроведу реформу судства често наилазиле на сличну институционалну мимикрију у покушају да се прикрије оно што се заиста дешава у функционисању судске власти. С обзиром на то да је већина источноевропских земаља прошла неки

⁵ На примеру постколонијалних устава друге половине двадесетог века може се говорити о процесу „глобализације конституционализма“ (Go, 2003: 72).

облик „револуције“, чешки аутор М. Бобек (Bobek, 2008: 100) објашњава однос независности и одговорности судства на следећи начин: у кратком периоду после револуције настаје ситуација „минималне независности и максималне одговорности“, а потом се прелази у стање „максималне независности и минималне одговорности“. Међутим, важно је пронаћи добру меру у пропорцији између ова два сегмента, као што је то закључио италијански компаративиста М. Капелети: „Судови врше власт. Са влашћу долази и одговорност. У рационално организованом друштву морала би постојати пропорција између њих“ (Capelletti, 1985: 556).

Као легитимни циљ у стварању вредносног поретка, независност судства може бити остварена само кроз сагласје свих елемената: коректан нормативни оквир (уставне гаранције); друштвени амбијент у коме се независност судства развија и штити; развијена (само)свест судије о самосталности у одлучивању и разрађен механизам одговорности како политичких, тако и судске власти за остваривање уставних функција. Независно судство не може бити схваћено као ултимативна вредност правне државе, тј. вредност сама по себи, она треба да има инструментални карактер. Стога, уставне гаранције независности не треба тражити само у правном обликовању треће гране власти, већ оне морају бити садржане у свим уставним правилима којима се обезбеђује како функционисање власти, тако и заштита људских права са материјалним и процесним гаранцијама.

У литератури постоје различити покушаји дефинисања судске независности: независност у одлучивању, административна независност и лична или индивидуална независност (Bobek, 2008: 101); персонална наспрам структуралне независности (Russel, 2001: 6), колективна наспрам личне, независност у одлучивању, унутрашња независност и друге (Shetreet, 2001: 234). Најчешће се независност изражава кроз следећа два појавна облика: 1) институционална, која обухвата супстанцијалну и персоналну независност; 2) бихевиорална или независност судија у понашању и поступању (Russel, 2001: 7). За разлику од *de iure* гаранција, које обезбеђују област институционалне независности, бихевиорална независност је *de facto* независност, која се може достићи и мимо формалног оквира, а може бити мерена различитим параметрима (друштвени систем, историјско наслеђе, културолошки образац и др.). Иста подела се понекад означава као „негативна независност судства“ када је реч о формалним гаранцијама, док је „позитивна независност“ она која се огледа у реалном понашању судија, носилаца ове функције.

3. Избор судија и гаранције независности

Начин избора судија представља окосницу институционалних гаранција судске независности.⁶ Мада се поступак избора разликује по својим битним елементима у националним правним системима, ипак су те различитости најочљивије између два доминантна правна система: англосаксонски (*common law*) и европски континентални систем (*civil law*). Њихово заједничко обележје је настанак уставности на темељу владавине права у осамнаестом веку и његов развој сагласно токовима уставне демократије двадесетог века. Овакав пут захтевао је прилагођавање гаранција судске независности, што је подразумевало већи утицај грађана на вршење јавних послова у уставној држави. То се у континенталном праву (*civil law*) није директно одразило на начин избора судија, као што је то случај са англосаксонским системом (*common law*) у коме је непосредан избор судија прихваћен као модел. Међутим, основни постулати уставне демократије утицали су на снажење принципа јавности приликом селекције и именованја судија, али и касније, у поступку пресуђивања.

Од настанка поделе власти императив независног судства био је да се избор судија учини што је могуће више „политички неутралним“. Овај захтев је било тешко остварити у потпуности, јер су поступак избора и престанак судијске функције били претежно у надлежности парламента. Тиме је законодавној власти било омогућено да врши утицај, мада се не може рећи да су на овај начин биле потпуно ускраћене институционалне гаранције независног судства.⁷ Потребу да се судије учине независним у сваком погледу, не само од утицаја политичких власти, већ и од сваког облика притиска или корупције, одлично је описао Бенжамин Констан (Констан, 2000: 149) у условима политичке нестабилности Француске на почетку 19. века: „Храброст којом се, у бици, пркоси смрти, лакша је од јавног проповедања независног мишљења усред претњи тирана и

6 У пракси, међутим, постоје случајеви у којима персоналну независност судија треба одвојити од институционалне независности судства, јер има примера да се ова два нивоа не морају увек и безусловно поклапати. Тачније, постоје примери „независног“ судије у „зависном“ систему, и обрнуто.

7 Има примера да се „политизација“ судства може развити кроз различите форме, које нису директно везане за избор судија или уставне гаранције њихове независности. У Италији, на пример, од седамдесетих година прошлог века постоји пораст броја судија који се кандидују на националним или европским парламентарним изборима. Мада је правно ова ситуација потпуно решива, може се само претпоставити на који начин судије врше своју функцију, улажући у своју будућу политичку каријеру, што је својеврстан облик прикривене политизације која ескалира и у другим системима (Gallagher, Laver, Mair, 2001: 31; Federico, 2004: 15).

страначких смутљиваца.⁸ У земљама које су очувале уставни континуитет у примени владавине права, првенствено на темељу принципа уставности и законитости, законодавна и извршна власт нису успеле да судство задрже на “политичкој узици”. Томе је допринела и гаранција сталности судијске функције, што је обезбедило да судије у обављању своје функције поступају у складу са правилима професије, која представља најснажнију брану од уплива политике.⁹

Настала на темељу потребе одвајања судства *vis-à-vis* извршне власти у деветнаестом веку (прецизније, да судови не одлучују у страху од владиних налога), независност судства се током двадесетог века морала развијати и у другим правцима, као на пример, у правцу јачања заштите од утицаја виших судова. У европском континенталном моделу овај облик утицаја нарочито је дошао до изражаја, јер је судство организовано по моделу државне службе где су разне форме уплива унутар апарата скривене, али увек присутне. Због тога је избор судија од посебног значаја како за персоналне, тако и за институционалне гаранције независности. Оно представља основу на којој ниче и развија се самопоуздање и морална представа судије о сопственој вредности у правној држави. Стога је најтеже говорити о моралном аспекту независности у државама које још нису развиле институционалне механизме и које овом питању приступају строго позитивистички: „докле год нема повреде позитивног права, дотле се може сматрати да је понашање судије морално“ (Vobek, 2008: 109). Разлог томе треба тражити у извору и начину стицања судијске функције, које почива претежно на (технички проверљивом) правничком знању, а у складу са Монтескјеовом представом о судству: „Они нису ништа више него уста која изричу речи закона, пасивна бића која не могу да промене ни његову снагу ни његову строгост“ (Montesquieu, 1914: 14). Међутим, идеја о „беживотном телу“ судства и о судијама, као „устима“ кроз која проговара закон променила се и еволуирала на исти начин на који се развијала уставна држава и организација власти у њој. Упркос бројним расправама, данас се не може спорити „дух“ активизма и потреба да се закону удахне живот кроз сваку појединачну пресуду. При томе, ово је све

8 Б. Констан је надаље описао судску независност овим речима: “Судија који се може сменили или опозвати опаснији је од судије који је купио своју функцију. Купити своје намештење је мање корумпирајућа ствар него се стално прибојавати да се ова не изгуби” (Констан, 2000: 149).

9 Сталност судијске функције темељи се на традицији енглеског правног система, где је Act of Settlement из 1711. године по први пут заштитио ову функцију од уплива монарха и омогућио судијама несметано обављање и независно од воље краља (*durante bene placito nostro*), док је функција зависила само од доброг понашања судије (*quam diu bene gesserint*) (Dika, 1992: 518).

мање искључиво обележје *common law* система, а све више представља семе на којем ниче нова судска пракса у континенталном праву, првенствено под утицајем Европског суда за људска права.

У највећем броју земаља континенталног права судије започињу своју професионалну каријеру након универзитета, са положеним стручним испитом, а на основу кратког професионалног искуства. Напредовање у судијској каријери најчешће је последица „стажа и заслуга“, а за усавршавање и специјализацију не захтевају се посебни услови, осим онога што се претпоставља као професионално искуство у обављању судијске функције. Појава специјализованих школа, тзв. правосудних академија, најпре у Француској, а потом и у другим европским земљама, представљала је додатни импулс у професионализацији и специјализацији судског кадра.

Избор судија у континенталном праву почива на приоритету познавања права или техничком знању, док се у англосаксонском систему на првом месту налази искуство судије и оцена његовог приступа у примени права.¹⁰ Мада се у континенталном правном систему обесхрабрује кретање из других професија у судство, има примера да се искусним правницима допушта улазак у судијску професију, тј. да у некој каснијој фази свог професионалног стажа правници могу да конкуришу за избор судије. У Француској, на пример, постоји могућност да за Националну школу магистрата конкуришу како дипломирани студенти права до одређених година живота, тако и јавни службеници са најмање четири године искуства и практичари из других правних професија са најмање осам година искуства. Са друге стране, Немачка је задржала традиционални модел по коме судство „само себе производи“, што значи да се судије регрутују из редова дипломираних правника, са изузетком специјализованих судова у којима могу бити ангажовани професори.

Поступак избора судија у континенталном праву спроводи се на три начина: системи у којима законодавна или извршна власт врше избор судија (експлицитни утицај политичке власти), системи у којима независно правосудно тело, састављено претежно од судија, врши селекцију кандидата и избор судија (онемогућен утицај политичке власти) и трећи, тзв. комбиновани систем, где независна тела врше селекцију кандидата, а поступак именовања спроводи законодавна или извршна власт. Трећи модел се примењује све ређе, али је још увек задржан у Немачкој, где министар правосуђа именује судије на предлог независног правосудног

¹⁰ Зато се унутрашња организација судства у европским земљама може дефинисати као „хијерархијско чиновништво“, док у *common law* систему оно функционише као „координирано чиновништво“ (Bobek, 2008: 113).

савета, који има својство консултативног тела. У немачкој јуриспруденцији сматра се да је савет одиграо значајну улогу у одбрани судства од политичког утицаја, јер је обезбедио стручно и колективно одлучивање приликом селекције кандидата. Надлежни министар само потврђује предлоге савета и своје уставно овлашћење користи ретко, те изузетно зауставља неке од предлога овог независног тела (тзв. неформални вето).

У циљу јачања институционалних гаранција независног судства данас су у великом броју европских земаља образована посебна правосудна тела која имају улогу посредника између политичких власти и судства.¹¹ Први правосудни савети формиран су у Француској и Италији педесетих година, а потом су Шпанија и Португалија формирале исте савете након раскида са ауторитарним системом као значајну правну гаранцију којом је требало учврстити владавину права. Крајем прошлог и почетком овог века независни правосудни савети установљени су у највећем броју земаља Источне Европе и у земљама Северне Европе, као што су Ирска (1998), Данска (1999) и Холандија (2003), (Voermans, 2003: 2134). Установљавање правосудног савета представљало је лакмус папир за институционалну реформу судства, јер се сматрало да он обезбеђује основна својства поделе власти: баланс, који треба постићи између законодавне и извршне власти, не мешајући их у домен судске, као независне гране, као и одговорност у функционалној расподели, којој подлежу све три гране власти, укључујући и судску власт. Међутим, иако састав и овлашћења правосудног савета представљају јаку гаранцију независности судства, још увек није пронађена уставна формула о одговорности овог тела, што би омогућило да се јасније сагледа његова позиција у уставној подели власти.

4. Уставне гаранције независног судства у Србији

Основна питања на која би требало тражити и пронаћи одговор у недовршеној правној држави су следећа: како осигурати судску власт од директних и индиректних притисака извршне власти и како ограничити законодавну власт у покушају да потчини правосуђе арбитрерности оних који одлучују о њиховом избору и статусу?¹² Ова питања се перманентно постављају не само у „новим“ уставним демократијама, већ и у оним

11 Историјски посматрано, корени овог тела могу се наћи у француском законодавству од 1883. године, које је предвиђало посебну надлежност савета у погледу „дисциплиновања“ судија (Dika, 1992: 529).

12 Историјски корени судске независности у Србији сежу у деветнаести век, а прави квалитативни помак у гаранцијама представљао је Закон о судијама из 1881. године (Стојичић, 1977: 293–316).

у којима постоји дугогодишњи правни континуитет у остваривању постулата владавине права.¹³

Устав Републике Србије у оквиру уређења власти један одељак посвећује судовима, мада се тиме не завршава уређење ове гране власти јер се посебна пажња посвећује Високом савету судства. Према броју уставних одредаба и ширини правног простора, који је посвећен судовима и Високом савету судства, рекло би се да је доносиоце Устава посебно занимала одбрана независности судства у „младој“ правној држави. Међутим, нормативна недоследност и системска противуречност одредаба Устава изазвала је бројне расправе и критике стручне јавности. Проблем институционалних гаранција независног судства добио је на значају тек касније, током процеса реформе судства и „општег“ (ре)избора судија у Републици. Не само домаћа, већ и европска стручна јавност указале су на недостатке у процесу избора судија, указујући на бројне проблеме везане за поступак пред Високим саветом судства, као и у погледу његове структуре и састава (Ракић-Водинелић, Кнежевић Бојовић, Рељановић, 2012; Ивошевић, 2010).¹⁴

Основна начела судства (чл. 142) налазе се на почетку седмог одељка Устава Републике Србије (2006) о уређењу судске власти. Намери уставотворца да се једном одредбом обухвате сви принципи на којима почива организациони и функционални капацитет ове гране у систему поделе власти не може се приговорити, али мора се рећи да се у томе није успело. У наведеном члану Устава прокламована су следећа „начела судства“: независност и самосталност судова, законитост, тј. везаност судова правом, јавност у раду, начело зборности (суђење у већу) и начело пороте. Овакав приступ у регулисању не пружа јасну слику о томе какав концепт независности заступамо, с обзиром на то да је независно судство у основним одредбама Устава (чл. 3) проглашено за темељну вредност правне државе. Системско тумачење Устава подразумева да се морају начелно уредити како институционалне, тако и персоналне гаранције. Стога се не могу само ове прве (институционалне) сматрати начелима, док се другима препушта ниво уставног правила којим се уређује вршење судијске функције. Начелни карактер персоналних (индивидуалних)

13 Тако се у француском Уставу 1958. године први пут појављују различити изрази којима се означавају политичке власти (законодавна и извршна) и судска власт. Док се за прве две користи израз власт (*pouvoir*), дотле се за судство користи израз ауторитет (*autorite judiciaire*), чиме се жели указати да је ова трећа настала као грана *per se* и да она не зависи од моћи и утицаја политичких власти (Triva, 1989: 226).

14 О спорном првом саставу Високог савета судства, видети и: Издвојено мишљење О. Вучић, судије Уставног суда Србије, у предмету VIIIU-413/2012, и у предмету VIIIU-402/2012.

гаранција треба да оствари исти циљ као и код институционалних гаранција: уобличити физиономију независног судства као примарне вредности владавине права.

Уставне гаранције персоналне независности, као што су: сталност судијске функције (чл. 146), независност судије (чл. 149), непреместивост судије (чл. 150), непредвидивим редоследом разбацане су по читавом одељку о уређењу судства. С обзиром на то да структура правног акта проистиче из редоследа приоритета уређивања и значаја појединих института, остаје необјашњиво зашто је гаранција индивидуалне „независности судије“ у вршењу судске функције смештена иза (непотребно детаљне) одредбе о председнику Врховног касационог суда, затим одредбе о судским одлукама и о престанку судијске функције. Управо обрнуто, независност судије у обављању судске функције чини примарни услов за самостално одлучивање и заслужује позицију у начелном уређењу ове гране власти. Питање систематике уставних гаранција није само техничког карактера, оно директно утиче на „дух“ уставних гаранција и може довести у питање обликовање судства као независне гране власти. Стога је од посебног значаја да основна начела судства буду конципирана тако да се на почетку одељка наведу темељне уставне гаранције, институционалне и персоналне, којима ће бити начелно уређен положај суда и носилаца судске функције.

Посебне одредбе Устава (чл. 143. и 144) посвећене су организацији судова, при чему је потпуно непотребно готово половину „правног простора“ заузело уређење избора, мандата и престанка функције председника Врховног касационог суда. Не треба посебно образлагати став да из назива највишег редовног суда треба избацити префикс „касациони“, који не само да не одговара природи овог органа, него може створити заблуду приликом тумачења његових основних надлежности. Начин избора председника Врховног касационог суда не само да је непотребно детаљно уређен Уставом, већ је у основи контрадикторан и наводи на сумњу да постоји намера да се овај избор учини „важним“ да би се сакрио утицај политичке власти. Ни у једном другом изборном процесу који Устав уређује (избор судија Уставног суда, чланова Високог савета судства и чланова Државног већа тужилаштва, Републичког јавног тужиоца и др.) није предвиђено толико субјеката у поступку, а нарочито није предвиђена процедура у којој се не може са сигурношћу утврдити правни капацитет сваког од њих.

Избор судија (чл. 147) уређен је Уставом на кратак и концизан начин, те се ово питање може у потпуности сагледати само у корелацији са уставним одредбама о Високом савету судства. Са изузетком првог избора, судије

се бирају на сталну судску функцију од стране Високог савета судства. Овде се мора отворити питање: како судије постају и како напредују у својој каријери? Да ли је овде реч о уставној мимикрији којом се покушава сакрити политички утицај приликом одабира судија тиме што „сваки“ први избор мора да прође парламентарну инстанцу, да би се потом Високом савету судства препустила „широка“ надлежност, која се суштински може кретати само у границама „првог“ одабира, претходно учињеног од стране Скупштине? У основи, избор „сваког“ судије почива на одлуци парламентарне већине која се, упркос свим механизмима у процесу селекције кандидата, увек руководи политичким разлозима. Искуство земаља у свету, као на пример, источноевропских и латиноамеричких држава, које пролазе или су прошле сличан пут у процесу демократизације, показује да је опасност од политичког утицаја парламента далеко већа од опасности утицаја органа извршне власти (шеф државе или надлежни министар). Први избор судија на ограничено временско трајање може се образложити аргументима „за“ и „против“. У континенталном правном систему, чије вредности делимо, приликом избора судија приоритет је дат критеријуму стручног образовања и познавања позитивног права. Судије започињу своју професионалну каријеру након универзитета са положеним стручним испитом, а на основу кратког професионалног искуства. Стога се може рећи да први избор на ограничено време има утемељени разлог и да он служи сврси у смислу провере способности кандидата да се баве овим позивом. Међутим, ограничено трајање првог избора доводи у озбиљну опасност концепт поделе власти у коме је судству обезбеђен статус независне гране, јер одступање од сталности судске функције приликом првог избора може послужити као опасан извор за касније, перманентно вршење утицаја на рад судства.

Са друге стране, престанак судске функције (чл. 148) нормиран је у једном члану Устава, којим се генерално наводе основи за престанак функције, надлежност Савета и право на правни лек кандидата у поступку избора. Законодавцу је препуштено да ближе уреди основе и разлоге за престанак судске функције, као и разлоге за разрешење од дужности председника суда. Међутим, ова питања представљају важне елементе у композицији судске независности, па је непримерена овако широка енонсијација закона. Обезбеђивање институционалне независности и гарантовање индивидуалне самосталности судија у једнакој мери је условљено разлозима за престанак функције, као и начином њиховог избора. Може се рећи да у двополности објективне независности претеже сигурност и заштита од арбитрерности у погледу прекида функције, чак и више него што је то сам иницијални чин избора. Задатак је Устава да заштити

судску грану власти и од „самовоље“ самог законодавца, утолико пре што се њихове надлежности простиру у истој, хоризонталној равни поделе власти. Зато разлози за престанак судске функције и разрешење судија морају бити Уставом детаљно уређени.

Имунитет и неспојивост функција (чл. 151. и 152) последње су у низу уставних гаранција независности судства. Гарантована је имунитетска заштита судија материјалног и процесног карактера. Материјални имунитет судија требало би прецизније уредити, јер постојећа правна формулација уноси забуну и отвара питање: да ли су судије заштићене од одговорности за изражено мишљење само приликом одлучивања или се ова заштита простира на цео поступак пресуђивања? У складу са циљевима имунитетске заштите судија, одредбу би требало појаснити уношењем синтагме „за изражено мишљење у судском поступку и за гласање приликом доношења судске одлуке“. Коначно, неспојивост судске функције је институт који произилази из начела поделе власти и требало би га Уставом детаљно уредити. Забрана политичког деловања судија је важна гаранција институционалне и персоналне независности судства и она тражи прецизно уређен правни садржај.

5. Високи савет судства и избор судија

Србија је одабрала модел избора судија који није непознат у европском континенталном праву. Судије бира на сталну судијску функцију Високи савет судства, осим у случају првог избора који врши Народна скупштина и који је временски ограничен на три године. Утицај законодавне власти у поступку првог избора и ограничено трогодишње трајање били су предмет бројних критика у домаћој правној литератури.¹⁵

Институционализација правосудног савета у Републици Србији започела је 2001. године и спроведена је на основу Закона о Високом савету правосуђа, који је прерастао у Високи савет судства са снажним правним гаранцијама у оквиру системских јемстава независности и самосталности судства предвиђених Уставом 2006. године. Надлежност и структура Високог савета судства уређени су Уставом, док је избор његових чланова у целости препуштен Народној скупштини. На овај начин, отворено је

15 Највише критика изазвао је „политички“ став да је реч о уставном дисконтинуитету, којим је требало „оправдати“ општи реизбор судија. Домаћа правна теорија стала је на становиште да је реч о уставном континуитету, односно, да измене Устава у целости не представљају искључиви услов да би се створили услови за дисконтинуитет и на тај начин оправдала потреба потпуног „прекида“ са носиоцима судске функције из претходног уставног раздобља (1990–2006) (Марковић, 2008; Хасанбеговић, 2008; Маринковић, 2009: 287).

питање легитимацијског основа независног правосудног тела, јер његова и независност судства мора бити обезбеђена у извору, приликом избора или именовања чланова Савета. Ако се за величину, тј. постојећи број чланова (једанаест) Савета може рећи да је одговарајући, дотле се начин њиховог избора мора значајно променити како у погледу чланства по положају, тако и у погледу представника струке.

Три члана по положају у структури Високог савета судства битно нарушавају основне институционалне претпоставке за самостално деловање независног правосудног тела. Народни посланик, у својству председника надлежног скупштинског одбора, у најмању је руку некоректно политичко чланство у структури Савета. Његова позиција је таква да он, по природи своје функције и у складу са уставним овлашћењима законодавног органа, учествује у остваривању гаранција независности судства као члан парламента. С обзиром на то да скупштински Одбор даје мишљење о предлогу одлуке за избор председника Врховног касационог суда и Републичког јавног тужиоца, следи да се у функцији председника надлежног одбора стапа више овлашћења која би требало да буду функционално раздвојена и која доводе у питање друга уставна правила о подели власти (неспојивост функција и сукоб интереса). Јасно је да преко ове, на први поглед, танке персоналне везе Народна скупштина успева да координира и обезбеди политичку контролу над радом Савета. С обзиром на парламентарну праксу да партије потпуно „располажу“ посланичким мандатима, нема никаквих гаранција да ће представник законодавне власти наступати са позиција општег интереса. Управо обрнуто, увек ће постојати опасност да приликом селекције и избора судија дође до „нагодбе“ и „прерасподеле“ функција између политичких партија.

Други члан по положају је министар правосуђа коме се не може оспорити уставна компетенција да се стара о гаранцијама независности судства (првенствено у домену судске администрације и буџетирања), али се не може ни афирмисати његово активно суделовање у овом телу јер је овде политички уплив сасвим јасан. Министар правосуђа би могао да буде укључен када се расправља о буџетским питањима, чиме би се обезбедила равнотежа између финансијских потреба судства и укупних финансија, које Влада предлаже парламенту. Упркос политичкој одговорности владе за стварање амбијента у коме ће функционисати независно судство, присуство министра у овом телу може бити протоколарно и без права гласа. Коначно, председник Врховног касационог суда, као трећи члан по положају је прихватљиво решење, под претпоставком да одредбе о избору председника највишег суда буду измењене. Позиција Савета и његова уставна овлашћења представљају утемељену претпоставку да је ово тело

способно да изабере „свог“ председника међу „својим“ члановима, али без правног аутоматизма у погледу председавања правосудним саветом.

Укидање чланства по положају значило би да се број представника струке повећа, а уколико се жели ојачати професионалност и самосталност, онда судије – чланови Савета треба да буду бирани директно од стране судске власти. Активно право гласа треба да имају све судије које су изабране на сталну судијску функцију, док би у погледу пасивног права било неопходно прецизирати услове које треба да испуњавају кандидати за положај члана Високог савета судства. Процес селекције кандидата представљао би додатну гаранцију са аспекта професионалности и заштите струке, јер би било омогућено да судије бирају најбоље међу собом. Структура чланова Савета треба да буде заснована на функционалном критеријуму, који у потпуности одражава постојећу организацију судова у Републици. Корекција овог принципа допустива је у мери у којој би био афирмисан легитимни циљ равномерне заступљености свих судова. Тако на пример, територијалну заступљеност, која се у позитивном праву појављује као политички коректив заснован на уважавању покрајинске аутономије, требало би заменити и обезбедити заступљеност представника све четири републичке апелације у саставу Савета.

На крају, требало би потражити одговор на питање о одговорности Високог савета судства у уставној организацији власти. *In rerum natura* поделе власти је правило да свака грана полаже рачун, што укључује и функционисање судске гране, са циљем одбране примарног извора суверене власти. Овде није реч о парадоксу поделе власти, већ о „негативним“ гаранцијама институционалне независности судства. Независност је у основи негативан појам, његовој природи не одговара таксативно побрајање или *explicite* одређење облика „зависности“. Стога се мора осигурати да неко полаже рачун ако нису испуњене претпоставке за „амбијент“ у коме треба да функционише независно судство. Функционална расподела власти подразумева да се о томе стара влада, те је ресорни министар први на удару у случају да нису испуњени основни услови за функционисање независног судства. Међутим, остаје отворено питање: коме одговара правосудни савет? С обзиром на то да директна контрола од стране надлежног министра не би била у складу са природом овог тела, пожељна је контрола од стране грађана која се може остварити јачањем јавности у раду Савета, што би значило његову обавезу да публикује годишње извештаје, предлог буџета и остале акте. Јавност у раду правосудног савета треба да пружи двоструки учинак: у погледу грађанске, тј. цивилне контроле и у погледу струковне, тј. професионалне контроле. Поред тога, потребно је уредити правни пут и могућност жалбе на одлуке правосудног савета, чиме би

систем добио заокружену целину независности и одговорности. У најширем смислу, овде се може применити правило о праву на законитог судију, као гаранцију за све оне на које се односи јуриспруденција специјалног правосудног органа: гаранција да се захтева судска одлука и гаранција од неовлашћеног уплитања у рад судства. Одговорност Високог савета судства може бити обезбеђена и ограниченим мандатом његових чланова, који треба да траје дуже од мандата представника политичких власти (најмање шест година), а по протеклу мандата чланови Савета би требало да положе рачун грађанима и правној струци.

6. Закључак

Конституционализација судске независности представља окосницу сваког система који почива на вредностима правне државе, уз пуно уважавање разлога који указују да нормативна реалност није довољна да би систем био свеукупно позитивно оцењен. Судски систем функционише у условима поделе власти која је, као и независност судства, примарна гаранција правне државе. Отуда је потребно паралелно разматрати системске гаранције судске независности и правила о одговорности, најпре политичких власти за стварање друштвеног амбијента у коме ће судство деловати као независно, као и о одговорности судске власти за самостално обављање функције. С обзиром на то да су судови носиоци власти, а власт са собом носи и одговорност, задатак је пронаћи рационалну и пропорционалну везу између њих.

У процесу изградње уставне демократије у Србији доношење устава требало би да представља израз поштовања традиционалних вредности владавине права, уз уважавање савременог политичког оквира за функционисање парламентарне демократије. Проналажење добре мере између ова два, понекад супротстављена, подручја представља тежак задатак, нарочито у условима прекинуте традиције грађанске уставности. Начело поделе власти треба уставом уредити као темељно начело, које остварује захтеве уставне демократије и у потпуности подржава гаранције владавине права. Стога је неопходно извршити конституционализацију независног судства на начин који ће гарантовати владавину права кроз поделу власти у којој нема места „међусобној контроли“ политичких власти у односу на судски ауторитет.

Литература

- Vobek, M. (2008). The Fortress of Judicial Independence. *European Public Law*. 14 (1). 99–123
- Voermans, W. (2003). Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models, in F.F.Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid: Dykinson, S.L. 2133–2144
- Gallagher, M., Laver, M., Mair, P. (2001). *Representative Government in Modern Europe*. New York: McGraw Hill
- Go, J. (2003). A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945–2000. *International Sociology*. 18 (71). 71–95
- Guarnieri, C. (2004). Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self–government, *Legal Studies*. Vol. 24. Iss. 1–2. 169–187
- Dika, M. (1992). O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadno-evropskom civilizacijskom krugu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 42. 511–531
- Ивошевић, З. (2010). Мане општег избора судија. *Пешчаник*. Преузето 18.6.2014. са: <http://pescanik.net/2010/01/mane-opsteg-izbora-sudija>
- Јовичић, М. (1977). *О уставу*. Београд: Институт за упоредно право
- Констан, Б. (2000). *Принципи политике и други списи*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства
- Лић, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права* (knjiga I). Београд: Београдски центар за људска права
- Маринковић, Т. (2009). О уставности општег реизбора судија. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. 283–291
- Марковић, Р. (2008). Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“. (одржаном 8. новембра 2008. у Београду). *Информатор Друштва судија Србије*. 2. 5–14
- Montesquieu, Ch.S. (1914). *The Spirit of Laws*. (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard). London: G. Bell & Sons, Ltd
- Рајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*, Београд: Konrad Adenauer Stiftung

Ракић-Водинелић, В., Кнежевић Бојовић, А., Рељановић, М., (2012). *Реформа правосуђа у Србији 2008–2012*, Београд: Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Службени гласник

Russell, P.H. (2001). *Toward a General Theory of Judicial Independence*. In Russell, P.H., O'Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 1–24

Russell, P.H., O'Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Smith, R.K.M. (2003). *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Стојичић, С. (1977). Закон о судијама у Србији 1881. године. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 17. 293–316

Shetreet, S. (2001). *The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel*. In P.H. Russell, D.M. O'Brien (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy, Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Triva, S. (1989). *Profesionalni sudci u Francuskoj: Obrazovanje, regrutiranje, napredovanje i odgovornost sudaca*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 39/2. 1989. 223–251

Federico, G. (2004). *Independence and accountability of the judiciary in Italy. The experience of a former transitional country in a comparative perspective*. in A. Sajo and R. Bentch (eds.). *Judicial Integrity*. Leiden: Brill. 1–15

Хасанбеговић, Ј. (2008). *Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“*. (одржаном 8. новембра 2008. у Београду). *Информатор Друштва судија Србије*. 2.19–27

Capelletti, M. (1985). *Who watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility*. In Shetreet, D. Deschenes, J. (eds.). *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher. 550–589

Irena Pejić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Constitutionalization of Judicial Independence: in Comparative Law and in Serbian Legislation

Summary

The aim of this paper is to point out that the guarantees of judicial independence have to be regulated by the Constitution as they create *de iure* framework for the independence of the judiciary in the rule of law system. The author is aware that the constitutional guarantees are *per se* insufficient and that their primary features may yield different effects depending on the political environment and cultural matrix in which they take effect. The judicial system operates in the circumstances of the separation of powers, where the independent judiciary is corroborated a guarantee of the rule of law. Hence, it is important to concurrently elaborate on the institutional and personal guarantees of judicial independence, focusing on the responsibility of the political authorities to create a relevant social environment for the operation of the independent judiciary as well as on the responsibility of the judiciary to independently exercise their judicial function.

The author's intention in this paper is to provide a comparative analysis on the guarantees of independent judiciary and the minimum rules that constitute the cohesive core which serves as the common meeting grounds not only for the EU member states but also for all countries of the European-Continental legal system in their efforts to ensure the judicial independence as the primary condition for exercising the rule of law. The corpus of constitutional guarantees on independent judiciary includes the following elements: the judicial appointments and termination of a judicial office; the permanence of the judicial office and impartiality in decision-making processes; the professional responsibility and judicial immunity; as well as the recently established judicial councils, which have been given the constitutional authority to protect the independence of the judiciary.

Key words: Judiciary, Independence Judiciary, Constitutional guarantees.