

Александар Ђорђевић*

Београд

У ИШЧЕКИВАЊУ УСТАВНИХ ПРОМЕНА – ИЗМЕЂУ DE IURE И DE FACTO НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА

Сажетак

У раду аутор најпре указује на основна обележја независности судства као начела које је од кључне важности за остваривање владавине права. Он нарочито инсистира на теоријском разликовању *de iure* и *de facto* независности. Потом аутор анализира уставне и законске прописе, дајући кратак осврт на историју и садашњост правосуђа, закључујући да је јаз између правне независности судства и фактичке, односно суштинске независности судства у Србији још увек прилично велики, као и да би требало стратешки осмислити реформу Устава у делу о правосуђу, што до данас очигледно није био случај. Аутор на крају указује на све релевантне правне и политичко-културолошке факторе које треба остварити на путу ка правој независности судства као врхунској уставној вредности.

Кључне речи: *de iure* независност судства, *de facto* независност судства, индикатори степена независности судства, промена Устава

* Имејл-адреса: aleksandar.djordjevic@advokatdjordjevic.com.

УВОД – НЕЗАВИСНО СУДСТВО DE IURE И DE FACTO

Независност судства је једно од кључних начела владавине права. Тако теоретичар Раз у најбитнија начела, која произлазе из основне идеје владавине права, убраја: да закони морају деловати *pro futuro* и бити отворени, јасни и релативно стабилни, односно да се приликом стварања закона морамо руководити општим и јасним правним правилима. Он инсистира на томе да независност судства мора бити загарантована, да се морају имати у виду начела тзв. природне правде (*natural justice*), да судови треба да имају контролна овлашћења над применом других начела, те да судови треба да буду лако доступни (Raz 1977, 198). Таманаха (Tamana-ha 2009, 10–12) међу главне елементе формалног појма владавине права сврстава, уз посвећеност народа том политичком идеалу, утемељење правничке професије и правне традиције, независност судства као кључну институционалну претпоставку. Немачки класик Јеринг (Jering 1998, 174) сматрао је да је успостављање судијске дужности битно за ограничавање државне власти. Он је, такође, истицао да независност судства у великој мери зависи од личних квалитета судија. Интелектуалне претпоставке се односе на неопходно знање и оспособљеност за примену објективног права, односно теоријско и практично владање правом. С друге стране, неопходне су и моралне претпоставке на страни судија како би се ово у пракси и остварило. Карлан (Karlan 1998–1999, 535) своју анализу независности судства заснива на два принципа. Први, негативни принцип подразумева одсуство свих врста спољних притисака на судију, као што су физичка и психичка принуда, односно претња, притисак јавности, политичке власти, било каква врста посредних или непосредних економских притисака или уцена, или других утицаја на живот судије. Други, позитивни принцип подразумева слободу од контроле виших судова, слободу од обавезивања прецедентима, као и слободу да се следи схватање добра или правде које може бити и у супротности са позитивним правом. Може се слободно рећи да је овакво конципирање независности судства потенцијално опасно са становишта правне сигурности и владавине права,

јер даје превише слободе судијама, које би могле судити не водећи рачуна о пракси и не држећи се закона. Како истиче Кокс (Сох 1996, 580; 567), судија је приликом доношења одлуке, поред ризика политизације и различитих спољних притисака, подложен да наметне своје личне вредности или идеје о томе како би требало да изгледа друштвени поредак.

О значају независности судства као темељног принципа владавине права говори и посвећеност међународне регулативе овом питању. Генерална скупштина Уједињених нација је 1985. године усвојила Основне принципе независности судства. Државе чланице су се обавезале да установе гаранције независности судства, односно да конституционализују овај принцип, те су се обавезале да ће исто поштовати сви државни органи и институције. Друге обавезе држава чланица се односе на фер и непристрасно суђење искључиво на основу чињеница и у складу са законом, без утицаја, притисака, претњи, посредног или непосредног мешања и других противправних радњи. С друге стране, судијама су гарантована поједина права и слободе, као што су: слобода изражавања, слобода уверења, право на окупљање, слобода удруживања, која не подлежу конкретним ограничењима, изузев једног општег које обавезује судије да се увек понашају тако да чувају достојанство свог позива, непристрасност и независност правосуђа (вид. *U.N. Basic Principles on the Independence of the Judiciary*). Имајући у виду наведена права, поставља се питање да ли судије, ипак, могу бити чланови политичких странака. Сматрамо да би ово право свакако морало бити искључено, имајући у виду да би такав вид ангажовања несумњиво утицао на непристрасност и независност судства, а у државама са ниским нивоом политичке и правне културе, оно би произвело несагледиво штетне последице по функционисање правног поретка.

Треба разликовати *de iure* и *de facto* независност судства. Већина држава на свету прокламује независност судства *de iure*, која је гарантована правним актима, пре свега уставом. Кад је реч о *de facto* независности, та стварна независност судства је обележје релативно малог броја развијених уставних демократија. Наравно, *de iure* независност јесте претпоставка *de facto* независности судства, тако да значај успостављених уставних и других институционалних гаранција не треба ни у

ком случају занемаривати (Feld and Voigt 2009, 501–504; Melton and Ginsburg 2014, 195–196; Rios-Figureoa and Staton 2009, 13). Међу институционалним механизмима независности судства нарочито важну улогу имају начин избора судија (интегритет особа, одговарајуће правничке квалификације, забрана сваког облика дискриминације), напредовање засновано на објективним критеријумима (броју решених предмета, искуству и сл.), судијски имунитет, утврђене процедуре разрешења (вид. Simović 2013, 85–113).

Од свих теоријских конструкција, може се рећи да највише пажње заслужује она коју су понудили Мелтон и Гинсбур. По овим ауторима, постоји шест кључних индикатора који могу указати на стање у ком се налази степен независности судства једне земље, односно чему *de iure* независност судства треба да тежи. То би били: 1) прокламација судске независности, под којом би се подразумевала уставом загарантована независност судства на такав начин да се истовремено омогућава њено остварење у пракси; 2) мандат судија, који треба да буде доживотни или у крајњој линији неограничен; 3) изборни поступак, који мора укључивати судско веће или минимум два односно више државних органа, али у сваком случају треба избећи ситуацију у којој судије бирају самостално извршна или законодавна власт; 4) поступак разрешења, што устав као највиши правни акт једне земље треба да регулише, и то на начин да предлог за разрешење подноси квалификована већина у законодавном телу или независном правосудном органу, а да о њему одлучује други држави орган, а не предлагач; 5) ограничени услови разрешења, који треба да буду прописани уставом и који морају бити ограничени на извршење кривичног дела или друге прекршаје, издају или повреду устава, односно због озбиљних и изузетних разлога и у строго прописаној процедури; 6) материјална сигурност, под којом би се подразумевала забрана смањивања плата, а која би требало да буде гарантована уставом, све у циљу онемогућавања посредног или непосредног деловања политичких чинилаца на економски статус судија (Melton and Ginsburg, 195–196).

ИНДИКАТОРИ НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Кроз сличну призму претходно наведених шест индикатора може се посматрати и независност судства у Републици Србији. Кад је реч о *првом индикатору* који би се односио на *конституционализацију начела независности судства*, Уставом од 2006. године конституционализовано је ово начело. Устав (Ustav RS, član 4) прокламује да уређење власти почива на подели на законодавну, извршну и судску, а однос три гране власти се заснива на равнотежи и међусобној контроли. Изричито је зајемчено да је судска власт независна. Овакав начин стилизација уставних одредби може довести до забуне, јер се може тумачити да судство у односу са друге две власти почива на међусобној контроли, што се коси са самим појмом независности. Много би било боље да законодавна и извршна власт почивају на равнотежи и међусобној контроли, а да судска власт буде независна (Petrov 2017, 18–20). И на другим местима у Уставу загарантована је независност судства. Наводи се да су судови самостални и независни у свом раду и да суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима (Ustav RS, član 142). Гарантована је и лична независност судија, па Устав каже да је судија у вршењу судијске функције независан и потчињен само Уставу и закону, те да је сваки утицај на судију у вршењу судијске функције забрањен (члан 149). Такође, у Уставу су утврђене и друге гаранције независности судства, попут непреместивости судије (члан 150), судијског имунитета (члан 151) и неспојивости судијске функције (члан 152). Законом о уређењу судова додатно се разрађују уставне одредбе које се односе на независност судства. У њему се наводи да судска власт припада судовима и да је независна од законодавне и извршне власти (Закон о уређењу судова, član 3). Такође, судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле, а судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, те да је свако дужан да поштује извршну судску пресуду (члан 3). Законом о судијама предвиђено је да

судије морају бити независне у свом поступању (члан 1), као и да буду верне Етичком кодексу који доноси Високи савет судства – ВСС (члан 3). Прописана је и међусобна независност судија, односно слобода судија у заступању свог схватања и ослобођење од дужности објашњавања својих схватања другим судијама, укључујући и председника суда (члан 22). Дакле, иако има номотехничких пропуста и неконзистентности, може се рећи да наше позитивно право садржи све релевантне гаранције независности судства, што је први, али никако довољан услов за остварење ове уставне вредности.

Када је у питању *други индикатор – сталност судијске функције*, Устав Србије изричито гарантује сталност судијске функције, при чему се лица која се први пут бирају за судије бирају на три године. Може се слободно рећи да овај „пробни рад” од три године умногоме релативизује судијску независност (Simović i Petrov 2014, 265). Међутим, треба имати на уму да основни разлог због чега је уведен пробни период јесте потреба да се провери рад судије почетника пре него што буде изабран за сталног судију. Оправдано се могу очекивати ситуације у пракси да једно лице, иако испуњава све формалне услове за избор на судијску функцију, не испуњава оне друге, суштинске, подједнако важне, ако не и важније – у свом раду не показује неопходну способност и врлине које се од њега очекују, као што су моралност, одговорност, стручност, марљивост, делотворност и ефикасност. Пробни мандат омогућава да се на релативно једноставан начин из судске власти одстрани лица која су недостојна судијског позива или немају довољне способности за његово континуирано обављање. Свакако, не треба сметнути са ума негативну страну оваквог решења, јер се потенцијалне судије могу одредити за неки други лакши, мирнији и сигурнији посао, што би свакако утицало на смањење прилива, како квантитативног тако и квалитативног, судијског кадра. Није ни искључена ситуација где би се судије зарад добијања сталне функције оглушиле о поштовање закона, а пре слушале гласове и ставове оних који треба да их изаберу на сталну функцију. Опасност од реизбора судија нарочито постоји у вишестраначким системима, јер би суд потенцијално могао постати нестабилна институција коју би свака промена парламентарне већине могла да уздрма.

Свакако треба имати на уму да сталност судија није довољан, а ни нужан услов за постојање независности судства, будући да може постојати независан судија који није сталан, а може постојати и судија који је сталан, али ипак зависан. Уставно решење је, свакако, могло бити на бољи начин конципирано. Тако се, уместо решења да се након истека трогодишњег периода организује избор за сталну судијску функцију, могао успоставити систем где би истеклом поменутог периода судија аутоматски стекао сталност. Ипак, била би остављена могућност неком независном органу као што је ВСС, да накнадно преиспита избор судије уколико постоје унапред предвиђени разлози за његово разрешење. На такав начин би се терет доказивања да је неко лице након истека пробног периода недостојно вршења судског позива пребацило са законодавног органа на ВСС као независан орган, што би онемогућило арбитрарно и безразложно одбијање нечијег избора и створило већи степен правне сигурности и извесности.

Кад је реч о *трећем индикатору* – моделу избора судија, треба одмах нагласити да у теорији не постоји ни приближна сагласност о најбољем моделу избора судија (Petrov 2013, 40–43). Сигурно је да се судије морају бирати и разрешавати на начин, под условима и у поступку који истовремено обезбеђује способност за вршење судијске функције и независност изабраних судија. Устав предвиђа две врсте судија, привремене и сталне, те постоје два модела њиховог избора. Тако Народна скупштина, на предлог ВСС, бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију, док ВСС бира судију за трајно обављање судијске функције (Ustav RS, član 147). У циљу да се избегне утицај политике и да се умањи утицај законодавне, а пре свега извршне власти на избор судија, Уставом је установљен независан орган ВСС.¹ Међутим, овде је неопходно нагласити да већину чланова „независног органа” ВСС бира управо представничко тело, а оно не може бити гарант да ће бити изабрани чланови који су доиста стручни и у највећем могућем степену независни.

1 Под називом Високи савет правосуђа овај орган установљен је Законом 2001. године. Две године доцније је донет посебан закон, којим је ово тело добило надлежност да одлучује о избору судија.

Четврти индикатор се испољава у постојању самосталног и независног тела, а то би, по нашем Уставу, требало да буде ВСС. Ова уставна новина се може сматрати значајним кораком унапред, имајући у виду претходна решења где је избор судија био у потпуној надлежности Народне скупштине, па самим тим искључиво политичког чиниоца. ВСС има 11 чланова, од чега су три члана по положају, председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежност одбора Народне скупштине. Осталих осам чланова представљају изборне чланове које бира Народна скупштина, међу њима је шест судија са сталном судијском функцијом и два угледна и истакнута правника са најмање 15 година искуства у струци, од кога је један адвокат, а други професор правног факултета (члан 153). Како изборне чланове Високог савета судства бира Народна скупштина, може се слободно рећи да је овакво институционално решење корак уназад у односу на период од 2001. до 2005. године, када је судије као чланове Високог савета правосуђа бирао Врховни суд. У сваком случају, одговарајућа равнотежа између судијског и несудијског кадра у ВСС-у само је привидно постављена, а она би, по нашем мишљењу, морала да постоји, па чак и да иде у прилог судијском кадру.

Пети индикатор је прецизност и ограниченост услова за разрешење судија. Осим личних разлога за престанак судијске функције као што су: смрт, испуњење услова за пензију или подношење оставке, није неспојиво са сталношћу судијске функције да судија може бити разрешен дужности под условом да нестручно и несавесно обавља своју функцију или се недостојно понаша. Према Уставу (члан 148), судији престаје судијска функција на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом прописаних разлога, као и ако не буде изабран на сталну функцију. Одлуку о престанку судијске функције доноси ВСС, а против ње судија има право на подношење жалбе Уставном суду. Овакво решење не може се сматрати као одговарајуће, зато што разлози за разрешење нису прописани Уставом. На такав начин судска власт бива потчињена Народној скупштини. О престанку судијске функције одлучује ВСС, те је бар формално спречен директан политички утицај. У крајњем случају, ту је

по жалби и Уставни суд. Законом о судијама је предвиђено да судијска функција престаје на захтев судије, када судија наврши радни век, кад трајно изгуби радну способност за обављање судијске функције, када не буде изабран на сталну функцију или када буде разрешен (члан 57). Закон прописује да се судија разрешава када је осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво кривично дело, која га чини недостојним судијске функције, када нестручно врши функцију или због учињеног тешког дисциплинског прекршаја (члан 62). Под нестручним вршењем функције Закон сматра недовољно успешно вршење судијске функције, ако судија добије оцену не задовољава (члан 63). Законодавац наводи исцрпан списак врста дисциплинских прекршаја, међу које спада повреда начела непристрасности, неоправдано кашњење у изради одлука, неоправдано незаказивање рочишта или претреса, неоправдано одуговлачење поступка, кршење одредаба Етичког кодекса, итд. Дисциплински прекршај представља разлог за разрешење само под условом да је тежак, који постоји ако је услед вршења већ наведених дисциплинских прекршаја дошло до озбиљног поремећаја у вршењу судске власти или обављања радних задатака у суду или до тешког нарушавања предмета, ако је наступила већа штета у имовини странке у поступку, као и у случају поновљеног дисциплинског прекршаја (члан 90). Овде треба имати на уму да недовољно прецизирани појмови могу отворити простор за арбитрарно поступање приликом одлучивања о разрешењу судије. С друге стране, јасно је да ти појмови не могу бити до краја прецизирани и одређени, тако да једна мера дискреционарности остаје у рукама ВСС-а, што додатно појачава захтев за његовим уређењем као органа који пружа веће гаранције независног поступања од постојећих.

Шести индикатор је материјална сигурност судија. Да би судије могле да самостално и независно делају, њихова материјална и финансијска сигурност мора бити обезбеђена, односно загарантована. У Закону о уређењу судова прописано је да средства за рад судова треба да обимом и приливом одржавају независност судске власти и омогућавају уредан рад судова. Међутим, како Народна скупштина одобрава буџет за судове, иако Високи савет судства предлаже обим и

структуру буџетских средстава неопходних за текуће расходе, уз претходно прибављено мишљење министарства надлежног за правосуђе, могући су економски притисци на судове од стране владајуће већине.

Анализа наведених индикатора ипак није довољна да би се стекла потпуна слика о степену независности судства у једној земљи. Потребно је узети у обзир правну и политичку културу, али и историјат правосуђа. Тај историјат, најкраће речено, препун је турбулентних догађаја који нису могли повољно утицати на развитак начела независности судства (Orlović 2010, 171–174). Још је за време владавине кнеза Михаила извршена одмазда према судијама Апелационог суда који нису осудили актере Мајсторовићеве буне, усмерене на отпочињање борбе против режима кнеза Михаила. У скорој прошлости, тачније 1993. године, догодио се масовни одлазак судија у адвокатуру како због лошег материјалног положаја, тако и због различитих политичких притисака. Даље, 1999. године разрешено је 30-ак судија међу којима су били и истакнути чланови Друштва судија Србије. Исто тако 2000. године, незаконито су разрешени двојица судија у Пожаревцу, што је касније потврђено судским пресудама. Непосредно затим, 2001. године Министарство правде покренуло је иницијативу за разрешење 118 судија, 2002. године поднет је захтев за разрешење 120 судија, од којих су разрешени само пет, док је 2003. године Народна скупштина разрешила 35 судија са образложењем да су испунили законске услове за остварење права на пензију, а као последица притиска тадашњи председник Врховног суда Србије поднео је оставку. Коначно, након спровођења реформе правосуђа 2008. године, 837 судија је остало без судијске функције.

Имајући у виду све наведено, поред прокламоване, односно *de iure* судске независности, њена *de facto* независност се може ставити под знак питања. Наиме, као што је већ наведено, заштита независности судства представља неопходан услов за остваривање начела владавине права. Успостављање *de iure* судске независности је само први корак ка успостављању *de facto* независности, без које иста нема смисао. У Републици Србији постоји тежња за успостављање *de facto* независности, али на том путу препрека су, на првом месту, поједина

нормативна решења. Као што је већ речено, Устав садржи многа решења којим се деградирају постигнути стандарди. И поред успостављања посебног органа, Високог савета судства, који треба да гарантује независност и самосталност судова и судија, уставотворац није у потпуности успео да елиминира утицај представничког органа као политичког тела на избор судија. Реформа правосуђа из 2008. године, која је подразумевала реизбор свих судија, обесмислила је начело сталности судијске функције и унела правну неизвесност, због чега је правосудни систем постао рањив и подложен политичким утицајима (вид. Rakić Vodinelić, Knežević Bojović i Reljanović 2012).

Постоји много начина путем којих би се могли учинити помаци у правом смеру. На пример, променом начина избора чланова Високог савета судства, где би изборне чланове бирао Врховни касациони суд, а не парламент. Такође би требало разлоге за разрешење судија поставити рестриктивније. Материјална независност судства би требало да буде чвршћа, успостављањем одређене врсте фиксног буџета који ће остати изван домаћаја Народне скупштине. Политичка култура, саздана од морално-политичких и друштвено-политичких принципа и норми, као што је истакнуто, јесте неизоставни део на коме увек мора бити простора за напредовање, нарочито имајући у виду поменућу нашу прошлост.

НА ПУТУ КА ПРОМЕНИ УСТАВА У ДЕЛО О ПРАВОСУЂУ ИЛИ НА СТРАНПУТИЦИ

Имајући све претходно наведено у виду, закључује се да је неопходна израда озбиљне стратегије за промену важећег Устава у делу који се односи на судску власт, те пуна имплементација оних решења која би, у крајњем исходишту, заиста довела до „независности и ефикасности” правосуђа, те вечне идеје водиле, која је толико пута у прошлости остајала само испразна прокламација без адекватне потпоре у правној пракси, претварајући се тиме у своју сушту супротност.

Почетком 2014. године, Комисија за спровођење Националне стратегије за реформу правосуђа за период 2013–2018. образовала је Радну групу за израду анализе измене

уставног оквира. Радна група се договорила да ради у две фазе. У првој, да изради правну анализу Устава Србије у делу који се односи на правосуђе; у другој да изради Нацрт измена Устава, редигован по члановима (вид. *Ministarstvo pravde Republike Srbije*, 2014). Радна група на челу са председником Врховног касационог суда, а у чијем саставу су била четири професора уставног права, завршила је у врло кратком року први део посла и тај текст Анализе добио је подршку Комисије за спровођење стратегије реформе правосуђа. Анализа је постала званични документ и званично представљена тек крајем новембра 2016. године. Тада је добила подршку на скупу којем су присуствовали сви председници судова у Републици Србији. Министарство правде је расписало и јавни позив за јавну расправу о овом документу. Текст који је идентификовао практично све слабе тачке у важећем уставу које се тичу правосуђа, предложио решења имајући у виду компаративно искуство, стандарде које је углавном утврдила Венецијанска комисија, као и поуке домаће уставноправне науке и који је, за разлику од многих ранијих докумената добио једнодушну подршку релевантних међународних и унутрашњих стручних тела, био је убрзо заборављен. У жижу јавности је дошла расправа, која се нешто касније, током јесени 2017. године претворила у отворени конфликт између представника Министарства правде, с једне, и припадника једног дела сектора цивилног друштва и стручне јавности, с друге стране. Консултације су прекинуте након што су Друштво судија Србије, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Центар за правосудна истраживања, Удружење судијских и тужилачких помоћника Србије, Комитет правника за људска права и Београдски центар за људска права обавестили Министарство правде о напуштању ових консултација. Једна од замерки је била да држава није поставила полазне основе за доношење Устава нити је омогућила јавну дебату и укључивање већег броја истакнутих правника у процес уставних промена у делу о правосуђу. Министарство је излазило са измењеним верзијама нацрта уставних амандмана о правосуђу, али се конфликт само распиривао уз главну начелну примедбу припадника једног дела струке и цивилног сектора да су све измене првог нацрта уставних амандмана козметичке, а да је основна интенција да се, номиналним ширењем надлежности Високог савета

судства, у ствари, ојача доминација извршне власти у свим кључним питањима у вези са статусом и функционисањем судске власти (вид. Društvo sudija Srbije, 2018).

Чак ни Мишљење Венецијанске комисије о нацрту уставних амандмана у делу о правосуђу (вид. Venice Commission CDL-AD(2018)011), касније допуњено пошто је Министарство правде реаговало на првобитно мишљење и унело извесне корекције у свој нацрт, није успело да „помири” две стране у конфликту – Министарство правде и део струке и цивилног сектора. По неким ауторима, у основи је тај конфликт био политичке природе (Petrov 2017a), мада се управо из тога могло закључити колико мало има елемената оног што се, социолошким речником, назива „базични консензус” и што је неопходно за сваку темељну, озбиљну и потенцијално дугорочну уставну промену. Када је Влада крајем новембра 2018. године, поднела Народној скупштини званични предлог промене Устава (вид. Vlada Republike Srbije, 2018), који, узгред буди речено, није био ни приближно онако детаљан као раније верзије нацрта промене Устава које је израдило Министарство, конфликт је коначно утихнуо у јавности, а сам предлог промене Устава, остао је да чека неке повољније дане да Скупштина о њему расправља. Наравно, не треба подсећати да је, по Уставу, Народна скупштина била дужна да предлог овлашћеног предлагача узме у разматрање и да о њему одлучи. Одбор за уставна питања и законодавство усвојио је предлог Владе за промену Устава у делу који се тиче правосуђа у јануару 2019. године.

ЗАКЉУЧАК

Независност судства није сама себи циљ, нити је апсолутни принцип. Владавина права је највиша уставна вредност, а независност судства је њен битан саставни део. Ма колико изгледало неприхватљиво, нарочито из угла судија, независност судства је инструмент, истина, не било какав. То је врхунско правно-политичко средство за остварење владавине права. Оно је, свакако, више правно него политичко, јер се независност судства мора остваривати правним механизмима, али је адекватан политички амбијент, то јест политички

оквир несумњиво потребан. Политика једног друштва које тежи демократији и заштити људских права и слобода, мора почивати на независности судства као једном од стратешких циљева.

Шта је, у ствари, независност судства? То је постојање система у ком судови могу неометано, али не и неодговорно да обављају свој посао. Њихов посао је да штите државу тако што ће у сваком конкретном случају штитити људска права и слободе. Дакле, заштитом људских права не штите се грађани од државе, него се штити и обезбеђује демократска и правна држава. То је изводљиво само уколико се судови максимално руководе принципом правне сигурности и правне једнакости. Уколико тога нема, нема ни поверења у судове и судство, а онда је независност судства испразна флоскула.

Устав у том погледу може да обезбеди много, али није од кључне важности за оно што смо у раду назвали *de facto* независношћу. Практично, устав, па и овај наш, будући, делимично или тотално измењен, мора да уреди на ваљан начин неколико питања. То су: 1) конзистентно дефинисана подела власти у духу савремене европско-континенталне уставности; 2) јасно и недвосмислено дефинисана начела о судској власти; 3) избор судија; 4) основи и разлози за престанак судијске функције, а посебно за разрешење. То уопште није мало. Напротив, то је много, јер је правни темељ. „Операционализација” начелно дефинисаних питања у вези са судском влашћу мора бити надлежност одговорног законодавца, оног који неће бити искључиво мотивисан формом и европским „прохтевима”, него суштином и равнотежом између остварења флуидних европских стандарда, с једне, и практичних потреба грађана да добију фактички, а не номинално независно правосудје које ће судити праведно и у разумном року.

Правни оквир који ће бити добар предуслов за успостављање правог независног судства мора пратити и изградња политичке културе у којој ће се различите „политике” сусретати и проналазити заједничка и најбоља решења. Ту мислимо на „политику” извршне власти, па и законодавне, које не могу да се одрекну свега, али које морају бити спремне да дају очигледно више од оног што су политичке власти у

Србији одувек чиниле. Ту мислимо и на „политике” разних невладиних организација, струковних и лаичких, које својим деловањем више подсећају на политичке странке или бар политичке организације, него на представнике цивилног друштва. Докле год напетост између највиших државних и цивилног сектора буде доминантно обележје њихових односа, тешко је очекивати суштински напредак уопште, а нарочито у области правосуђа.

Без сумње, судска власт никада не може бити до краја независни систем који се руководи наводно потпуно објективизираним критеријумима у вршењу своје функције. Нити може бити систем у систему, нити систем ван система; нити може бити неутрална, јер како неко рече, судије нису „политички евнуси”, они и уз ригидне формално-правне забране, имају своја политичка предубеђења и у крајњој линији као део интелигенције своје политичко мишљење у ширем смислу. Они, међутим, морају у што мањој мери да буду „евнуси”, а у што већој људи од интегритета, добри познаваоци широке лепезе прописа, али и надасве културни људи. Дакле, целокупни систем образовања, од породице, преко основног и средњег школства, до високог образовања, мора претрпети темељне и суштинске реформе. На крају тог „ланца”, државни и респектабилни приватни факултети (да нам се не узме за зло што правимо извесну дискриминацију између државног и приватног с овим „респектабилни”), адекватно позиционирана правосудна академија – оспособљена да пружа стручно и практично усавршавање дипломираних правника друкчије од факултетског, као и реформисани правосудни испит, неке су од суштинских претпоставки да би се будућом уставном реформом обезбедила како *de iure* тако и *de facto* независност судства.

Имајући у виду наведене, као и друге, ненаведене друштвено-политичке и правне претпоставке на путу ка истинској правној држави или владавини права, важно је уставну реформу дочекати спремније него у ранијим случајевима.

РЕФЕРЕНЦЕ

- Cox, Archibald. 1996. "The Independence of the Judiciary: History and Purposes." *University of Dayton Law Review* 21 (3): 565–584.
- Društvo sudija Srbije. 2018. *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*. Beograd: Društvo sudija Srbije. https://www.sudije.rs/images/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf.
- Feld, Lars and Stefan Voigt. 2003. "Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators." *European Journal of Political Economy* 19: 497–527.
- Jering, Rudolf. 1998. *Cilj u pravu*. Beograd-Podgorica.
- Karlan, Pamela. 1998-1999. "Two Concepts of Judicial Independence." *Southern California Law Review* 72: 535–558.
- Melton, James and Tom Ginsburg. 2014. "Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence." *Journal of Law and Courts*: 187–217.
- Ministarstvo pravde Republike Srbije. 2014. *Pravna analiza Ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji*, prvi deo. <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/22785/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>.
- Orlović, Slobodan. 2010. „Stalnost sudijske funkcije v. opšti reizbor sudija.” *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2: 163–186.
- Petrov, Vladan. 2013. „Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava.” U *Sudije u pravnom sistemu: izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ur. Edin Šarčević i Vladan Petrov, 39–74. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Petrov, Vladan. 2017. „O nekim antiidentitetskim mestima u srpskom ustavu.” U *Dileme Ustavnih promena u Republici Srbiji*, ur. Vladan Petrov, Darko Simović, Slobodan Orlović i Živojin Đurić, posebno izdanje, *Srpska politička misao*: 18–20. doi: 10.22182/spm.specijal2017

- Petrov, Vladan. 2017a. „Ustav i sudska vlast.” *Pečat*: 482. <http://www.pecat.co.rs/2017/08/ustav-i-sudska-vlast/>.
- Rakić Vodinelić, Vesna, Ana Knežević Bojović i Mario Reljanović. 2012. *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008–2012*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik.
- Raz, Joseph. 1977. “The Rule of Law and Its Virtue.” *Law Quarterly Review* 93 (2), 198–202.
- Rios-Figureoa, Julio and Jeffrey K. Staton. 2009. “Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures.” In *CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, eds. Daniel M. Klerman and Mathew D. McCubbins. <http://ssrn.com/abstract=1434234>.
- Simović, Darko. 2013. „Institucionalna jemstva sudijske (ne)zavisnosti u Republici Srbiji.” U *Sudije u pravnom sistemu: izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ur. Edin Šarčević i Vladan Petrov, 85–113. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Simović, Darko i Vladan Petrov. 2014. *Ustavno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Tamanaha, Brian Z. 2009. “A Concise Guide to the Rule of Law”. In *Relocating the Rule of Law*, eds. Gianluigi Palombella and Neil Walker, 3–6. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- United Nations, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>
- Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS”, br. 98/2006.
- Vlada Republike Srbije. 2018. *Predlog za promenu Ustava Republike Srbije*. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/akta_procedura/2018/010-3691_18_Predlog.pdf.

Venice Commission, CDL-AD(2018)011. *Opinion on the Draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary*. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)011-e).

Zakon o uređenju sudova, „Službeni glasnik RS”, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – dr. zakon, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – odluka US, 87/2018 i 88/2018 – odluka US.

Aleksandar Đorđević*

Belgrade

**WAITING FOR THE CONSTITUTIONAL CHANGES
– BETWEEN *DE IURE* AND *THE FACTO* JUDICIAL
INDEPENDENCE**

Resume

In this article the author before all points out the main characteristics of judicial independence as a principle of key importance for realization of the rule of law, especially insisting at theoretical differentiation between *de iure* and *de facto* independence. Further, the author analyzes constitutional and legal regulations, giving short review of history and presence of the judiciary, concluding that intolerance between legal independence of the judiciary and factual, which is substantial, independence of judiciary in Serbia is still pretty big, as well as that reform of the Constitution in the part concerning judiciary should be strategically prepared, what has not been the case by now. At the end, the author points out all relevant legal, political and cultural factors that should be realized on the way to real judicial independence as superb constitutional value.

Keywords: *de iure* judicial independence, *de facto* judicial independence, indicators of the level of judicial independence, change of the Constitution**

* E-mail address: aleksandar.djordjevic@advokatdjordjevic.com

** Овај рад је примљен 23. априла 2020. године, а прихваћен на састанку Редакције 4. јуна 2020. године.