

Др Брано Хаџи Стевић,*

DOI: 10.5937/zrpfni-57108

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву,

Пале, Република Српска, Босна и Херцеговина

НЕУТРАЛНОСТ КАО СУДИЈСКА ВРЛИНА: СУШТИНА, ЗНАЧАЈ И СРОДНИ ПОЈМОВИ**

Апстракт: Обично се као кључно својство судова и судија истиче њихова независност. Прецизније, независност суда се тиче његове одвојености од других грана (функција) државне власти које немају наредбодавна нити надзорна овлашћења према судовима, док се независност судије тиче непостојања утицаја на њега од стране других (нарочито државних) субјекта у погледу вођења и исхода поступка. Осим тога, значајно је да су судије непристрасне, тј. да према учесницима у судском поступку поступају без предрасуда. Другим речима, судија мора да учеснике у поступку (нпр. тужиоца и туженог) третира равноправно, тј. не сме да буде наклоњен било коме од њих.

Не умањујући значај независности и непристрасности судија, сматрамо да је једнако вредно и анализирање неутралности судије, тј. односа судије према важећем праву. Кад судија правно расуђује, дужан је да важеће право посматра као искључујући разлог за одлучивање и образлагање одлуке, тј. улога судије није да оцењује супстантивну ваљаност важећег права него да га примењује. Речју, није на судији да исправља супстантивне грешке законодавца или другог правотворца.

Уколико судија евалуира важеће право и одступа од њега услед својих супстантивних ставова (нпр. моралних), тад не може да се говори о правном расуђивању. То не значи да судија треба да игнорише вредности које су садржане у важећем праву, него да судија не сме да у право имплементираних вредносних ставова

* brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba ; <https://orcid.org/0009-0001-0844-3450>

** Основне идеје овог рада су изложене на научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, одржаној априла 2024. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

правотворца замењује својим вредносним системом, будући да је судијска дужност решавање спорова с правне тачке гледишта.

Кључне речи: судија; независност; непристрасност; неутралност; важеће право; вредности.

1. Увод

Суд је храм заштите нарушених права и слобода. Стога, Аристотелове речи – ићи судији значи ићи правди, исказују легитимно очекивање грађана од носилаца судске функције државне власти. Да би одлука била *правно прихватљива*, доносилац треба да буде независан, непристрасан и неутралан. У овом раду важан увид је да судија штити субјективна права која гарантује важеће право, а не „осмишљава“ право за потребе конкретног случаја, ценећи шта би било добро да је право. Дакле, очекује се од судије да донесе праведну одлуку,¹ али на основу важећег права као преклузивног разлога за одлучивање, макар важеће право било, по судијиној оцени, супстантивно мањкаво. Разуме се, одступања од строге правничке примене² су, изузетно ретко, прихватљива.

Како би судија донео правно прихватљиву одлуку у конкретном случају, самим се правом предвиђа низ механизма који би требало да осигурају да судија решава дати спор у светлу важећег права. Прво, правом се прописују институционални механизми који су усмерени на то да судија буде заштићен од утицаја носилаца других функција државне власти,³ али и других субјеката (политичара, капиталиста, носилаца економске моћи итд.). Речју, судија је *независан* од спољних нелегитимних и незаконитих утицаја, будући да одлука судије мора да буде плод правног расуђивања.

Друго, судија не сме да буде приватно заинтересован за исход случаја који решава. Право му прописује мерила која мора да (о)цени при одлучивању, нпр. доказе које су странке понудиле, а његови приватни утисци су ирелевантни. Речју, судија је *непристрасан* арбитар у спору који је пред њега изнесен. Треће, појединац од судије очекује заштиту гарантованих права. Дакле, легитимно очекивање према судији је и то да

1 Харт истиче да је општост правног правила „клица правде“ (Харт, 2013: 263).

2 Нпр. зарад остварења правде конкретног случаја који одликују посебности каткад се одступа од строге опште норме, што се означава термином „правичност“. Радбрух нас подучава да судија мора да нађе храбрости да се супротстави законском неправу зарад надзаконског права (Радбрух, 2016: 254).

3 Законодавац и егzekутива не би требало да располажу „институционалним средствима утицаја на правосуђе“ које је независна и неполитичка функција државне власти у ужем смислу (Marković, 2021: 86 фн. 1).

примени важеће право, а не „судијино право“, оно које судија ствара јер сматра да је важеће право мањкаво. Речју, судија је *неутралан* арбитар.

У овом раду смерамо да испитамо однос судије према важећем праву (неутралност), а да би се то реализовало, анализираће се и однос других субјекта према судији (независност), те судијин однос према странкама којима суди (непристрасност). Да би кључни циљ рад био остварен – утврђивање суштине и значаја неутралности, користиће се примарно метод концептуалне анализе.

2. Судијска независност: однос других према судији

У институционалној алокацији државних послова нарочито место припада судској функцији државне власти, те судијама као носиоцима те функције. Без обзира на облик државне власти, увек је утицај других функција (грана) државне власти на судове много мањи у поређењу с међуутицајима осталих грана. Рецимо, парламент утиче на владу путем гласања о поверењу, влада може да захтева од државног поглавара распуштање парламента, али слични механизми контроле у односу на судове не постоје. И не само да друге гране власти немају средства политичке контроле према судовима (нпр. не могу да разреше судију), него не постоји ни правна контрола других грана. Речју, судска функција државне власти је *независна у односу на друге функције државне власти*. Судови и судије су једино зависни од важећег права, а (законити и легитимни) инструменти надзора, усмеравања или контролисања судова и судија од стране других грана власти не постоје.⁴

У чему се огледа *ratio* независности? Укратко, циљ је да одлука судије буде резултат оног што право налаже, а не резултат било каквих неправних (ванправних) утицаја.⁵ Дакле, судија је независан од других субјекта, али је у целости зависан од права⁶ јер одлука у датом случају не сме да почива на игнорисању или изигравању важећег права. Таква одлука не може да буде *правно* прихватљива. Све то не значи да судија нема слободу у одлучивању, али одлука мора да буде плод судијиног разумевања права, а не нечије наредбе или очекивања.

4 Ипак, контрола постоји у оквиру судске гране власти, будући да виши судови могу да контролишу правност одлука нижих судова, а и уставни судови могу да испитују кршење уставних права и слобода и поступцима пред редовним судовима.

5 Независне судије одлучују „мимо политике, тј. независно од политичких елита“ (Marković, 2021: 87). „Људима би требало да владају закони, а не људи!“ (Флајнер, 2009: 102).

6 Вид. о томе и Флајнер, 2009: 114.

Дакле, судије не решавају само лаке, тј. неспорне (*easy case*) случајеве у којима је одлучивање проста примена права на чињенично стање конкретног случаја. Сем њих, судије се суочавају и с тешким, тј. спорним случајевима (*hard case*), кад је нужно тумачење, решавање компликованих правничких питања (одлучивање) и правно аргументовање у прилог приписаном значењу (образлагање одлуке о приписаном значењу које је једно од могућих *правних* значења). Стога, неспорно је да право не даје *нужно* једнозначан одговор на спорна питања, али то не значи да је судија слободан да ради шта хоће или оно што му други нареду, будући да право поставља оквир за одлучивање.

Иако су судови независни од других грана власти, у оквиру судске функције државне власти тврдња о независности мора да буде ублажена,⁷ утолико што судови имају (правну) обавезу да поштују важеће право, те (фактичку) обавезу да следе оно што хијерархијски виши судови одлуче. Судија је независан од свих и свега, осим од права, а фактички је дужан да поступа у складу са схватањима хијерархијски виших судова, из разлога практичне разборитост. Разуме се, ниједан од наведених захтева не мора нужно да буде реализован, али између њих постоји веза утолико што би виши судови требало да зауздају противправно одлучивање нижих судова у поступцима по правним лековима, те да уједначе судско одлучивање. Ипак, не постоје гаранције да ће највиши суд уистину да поштује право, али његов институционални положај онемогућава преиспитивање њихових одлука.

Мада се независност судова примарно анализира у односу судова према другим функцијама државне власти, значајна је и независност судова од других субјеката (политичких актера, капиталиста, лобистичких група, јавности итд.).⁸ Нарочито је значајно да судија није под утицајем јавности.⁹ Иако је могуће да јавност очекује да судија одлучи на одређени начин, ипак је и притисак јавности на рад судова појавни облик нелегитимног утицаја (CCJE, 2018: 15; Haltom, Silverstein, 1987: 30–31),

7 Европски суд за људска права истиче и значај независности судије од других судија или надређених у суду, попут председника суда. Вид. *Parlov-Tkalčić v. Croatia* [2009], пар. 86.

8 Дакле, судска независност обухвата и непостојање „политичких притисака различитих група или страначких ауторитета“ (Novaković, 2020: 54), а посебан модалитет утицаја на судове, те претња њиховој независности и непристрасности, су медији, који се каткад означавају као четврта грана власти (Mudrecki, 2017: 159).

9 О амбивалентном ставу јавности према судовима, вид. Флајнер, 2009: 93, а о претераним очекивањем јавности од судова, попут захтева да игноришу важеће право, вид. Coman, 2014: 910.

као што је то и случај с утицајем политичких актера и др. субјекта.¹⁰ При утврђивању да ли се суд може сматрати независним, мора се узети у обзир, између осталог, „начин именовања његових чланова и трајање њиховог мандата, постојање гаранција против спољних притисака и питање да ли тело одаје утисак независности“.¹¹ Јавност мора да види да су судије независне, непристрасне и неутралне, будући да је то пут за стицање поверења у правосуђе.

Да би се омогућила независност судија, нужно је да постоје јемства независности која су институционализована.¹² *Прво*, обично се уставима прописује да су судови (и судије) независни, те да судије суде по закону¹³ и другим актима. Дакле, установа независности судова има карактер уставне гаранције што имплицира њену важност. *Друго*, начин избора судија¹⁴ је специфичан јер неретко укључује више актера, политичких или стручних тела, који именују судије.¹⁵ Каткад се истиче да модел избора судија мора да измири три (сукобљена) принципа: демократски легитимитет, одговорност и независност судија (Marković, 2021: 90). У сваком случају, изузетно је пожељно решење по којем утицај извршне функције државне власти не постоји (ССЈЕ, 2018: 6–7). Стручност судија и морални углед су претпоставке њихове независности јер нестручан судија долази на то место политичком одлуком и његово пресуђивање неретко може да буде враћање дуга онима који су омогућили да постане судија.

Треће, судијама се гарантује сталност судијске функције јер њихова служба надилази променљиве и мандатом ограничене политичке функционере. Флајнер оцењује да несмењивост¹⁶ судије због донесених одлука или предочених аргумената, те немогућност извршне гране власти да поништи судске одлуке или издаје директиве судовима представљају

10 И други аутори говоре о групама за притисак у светлу независности судија (Novaković, 2020: 54).

11 Вид. одлуку *Pohoska v. Poland* [2012], пар. 34.

12 Вид. и *Bochan v. Ukraine* [2007], пар. 65.

13 Постоји концептуална веза између законитости и постојања суда – суд је истински суд само ако је установљен законом, а не одлуком извршне власти (Novaković, 2020: 60).

14 Флајнер истиче да су легитимност судског поступка и процедуре избора судија „основа гаранције независности и непристрасности“ (Флајнер, 2009: 103). Вид. и Бадо, 2014: 280.

15 Судије могу да бирају грађани, парламент или посебно стручно тело, али и да их именују органи извршне власти: шеф државе, влада или министар правде. Мада је значајно то да нема политичких утицаја током избора судија, то није могуће чак ни кад стручна тела попут судских савета бирају судије. Вид. Marković, 2021: 85, 95, 107–108.

16 О концептуалној вези између независности и несмењивости судија вид. *Campbell and Fell v. The United Kingdom* [1984], пар. 80.

„минималан стандард“ (Флајнер, 2009: 107). Четврто, положај судија карактерише забрана премештања. Пето, судије су финансијски независне. Шесто, правом се априорно одређују разлози због којих судија може да буде разрешен судијске функције.

Независност се тиче сваког аспекта одлучивања¹⁷ јер у судском поступку судија доноси низ одлука (нпр. одлука о значењу правног текста, одлука о (не)прихватању исказа сведока, одлука о искључењу јавности, одлука о санкцији итд.). При доношењу било које од тих одлука, судија треба да поступа *lege artis*, па и кад други субјекти износе своје очекивања, те настоје да их представе као легитимна.

Папајанис истиче да су судије независне уколико се „крећу у одговарајућем институционалном оквиру који их штити од спољних утицаја“, мада судије могу бити изложене притисцима путем „механизма који се разликују од оних за које правила о независности претпостављају да су уобичајени“. Дакле, институционални механизми заштитите независности „ограничавају одређене, али не све замисливе изворе утицаја“ (Papaianis, 2016: 8–9, 13), па се каткад говори о „оптималном нивоу независности“ (Coman, 2014: 913). Ипак, аксиоматски идеал ком се тежи је непостојање „налога или упутства трећих лица, унутар правосуђа или ван њега“ (CCJE, 2018: 8).

3. Судијска непристрасност: однос судије према странкама

У речницима се непристрасност разуме као објективност, праведност, неутралност, а објективан је истински, „непристрасан од субјекта и субјективног мишљења“ (Клајн, Шипка, 2006: 837). С обзиром на постулате овог рада оличене у појмовном разликовању неутралности и непристрасности, реч објективност би могла да се узме као најпрецизнији пандан речи непристрасност.¹⁸ Другим речима, непристрасност се односи на непостојање наклоности према једној од странака. Аристотелове речи „драг ми је Платон, али истина ми је дража“ (*Amicus Plato, sed magis amica veritas*) упућују на непристрасно одлучивање,¹⁹ тј. „ради одбране истине“ треба „одбацити и оно што нам је блиско... јер иако нам је обоје драго, треба дати предност истини“ (Aristotel, 1988: 6, 1096a).

17 Независност представља „неприхватљивост икаквог спољног мешања или притиска на судију у погледу пресуђивања датог случаја (Mudrecki, 2017: 158). Вид. и Papaianis, 2016: 5.

18 Вид. и Papaianis, 2016: 6.

19 Дословни превод ове изреке, који такође добро исказује суштину непристрасности, био би: Платон ми је пријатељ, али ми је истина већа пријатељица. Слично казује и Платон у делу *Држава*: „Човека не смемо ценити више него истину“ односно „мало се старајте за Сократа али зато много више за истину.“ Вид. Platon, 2002: 295, 394.

Кад је реч о односу независности и непристрасности, неспорно је да веза између ова два концепта постоји, што је уочљиво и из формулација у различитим актима.²⁰ Нпр. члан 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама²¹ и члан 10 Универзалне декларације о људским правима прописују да свако, у кривичном или грађанском поступку, има право да му суди независан и непристрасан суд, образован на основу закона. Ипак, концептуална разлика између независности и непристрасности постоји.

Док независност подразумева да судија није предмет утицаја, дотле се непристрасност односи на то да судија не поступа у конкретном спору сходно личним преференцијама према странкама. Дакле, судија је непристрасан ако у спору који решава не „навија“ за било коју странку, него, Тацитовим речима, *sine ira et studio*, искључиво професионално, тј. у складу с правом, решава односни случај. Непристрасан судија одлучује на одређен начин зато што право налаже такав исход, а не због пријатељства, познанства, личне импресије, предубеђења, приватног интереса према странци итд.²²

Насупрот томе, одлика пристрасног судије је „постојање повољног односа према једној и неповољног односа према другој странци“ (Ра-рауанис, 2016: 10). Дакле, пристрасности спречавају судију да дође до правног решења, тј. субјективне везе судије са странком спутавају судију да расуђује искључиво у складу с правом. Пристрасан судија тумачи право и оцењује доказе онако како то одговара једној од странака услед неког облика личних веза. Уместо тога би судија требало да тумачи право у складу с конвенционално прихваћеним правилима тумачења, омогући свим странкама поштено суђење и уживање процесних права, те брижљиво оцени предочене доказе.²³ Дакле, непристрасан судија не одлучује на темељима свог суда о људима, него на основу чињеница, извора права и правних налаза у конкретном случају.

20 Сходно Основним начелима независности судства, судови решавају случајеве „непристрасно, на основу чињеница и у складу са законом“, без „недостојних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или уплићања“, било посредних било непосредних, из било ког разлога и од било кога.

21 Неки аутори тврде да на поштено суђење, а *ipso facto* на независно и непристрасно суђење, утиче и преоптерећеност судија, те начин расподеле предмета (Mudrecki, 2017: 161, 164).

22 Вид. и *Bochan v. Ukraine* [2007], пар. 66.

23 Вид. принцип број 5, 3b Препоруке R(94)12 из 1994. године (*Recommendation No. R(94)12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency And Role Of Judges*).

Уставни суд Србије истиче да се право на непристрасно суђење односи на „одсуство предрасуда или наклоности поступајућег судије према некој од странака у спору“, а механизми за заштиту тог права су искључење и изузеће судије. Притом се разликују разлози који објективно могу изазвати сумњу у пристрасност судије, независно од његовог понашања (њих законодавац изричито нормира кроз институт искључења), док се субјективна непристрасност судије претпоставља, али супротно може да се доказује, што представља изузеће (одлука Уж-635/2009). Законска дикција је таква да се код искључења истиче да судија *не може* да врши судијску дужност, док се код изузећа прописује да судија *може да буде изузет* из вршења судијске дужности. И пракса ЕС/БП разликује субјективан и објективан тест непристрасности, при чему се објективан тест тиче мера за „елиминисање сваке легитимне сумње у погледу непристрасности“.²⁴

Поменути институти *изузећа и искључења* су устаљени процесни инструмент за допринос непристрасном одлучивању. Наиме, процесним законима се енумеративно наводи списак случајева у којима је судији *забрањено* да обавља своју дужност (нпр. ако је оштећен кривичним делом, ако је у сродничким везама са странкама, ако је учествовао у доношењу одлуке која се правним леком оспорава), али се обично додаје да разлог за изузеће јесу и друге околности које побуђују *разумну сумњу* у непристрасност. Такође, судија ког одликују етички квалитети ће и сам да одступи из поступка ако постоји било који разлог који га чини пристрасним *in concreto*, а и процесни закони прописују дужност одступања.

Шта још, осим искључења и изузећа, доприноси непристрасном одлучивању? Папајанис истиче да процесна правила (нпр. начин извођења доказа) представљају један од институционалних услова непристрасности, а она доприносе томе да „судије формирају своја уверења и мишљења“ (Papaianis, 2016: 14–15). Слично важи и за правило *audiatur et altera pars*, које пружа могућност да странке изнесу своје тврдње о чињеницама, чиме легитимно и законито утичу на судију стварајући му основу за оцењивање њихових тврдњи и доношење одлуке на основу предочених доказа. Дакле, непристрасност се тиче како „личног односа“ судије и странака, тако и судијиног „односа према чињеницама и доказима“ (Novaković, 2020: 54). Штавише, судија мора да се уздржи и од изношења „запажања која могу да разумно имплицирају одређен степен прејудуцирања исхода спора“ (ССЈЕ, 2018: 9).

²⁴ Вид. одлуку *Nicholas v. Cyprus* [2018], пара. 49, *Pohoska v. Poland* [2012], пар. 35–38, *Mudrecki*, 2017: 159 и ССЈЕ, 2018: 9.

Као што Јустиција симболично, везаних очију, одлучује, тако би и непристрасан судија требало да посматра искључиво предочене доказе, а не личности које су их предочиле, па да на основу доказа и извора права одлучи шта је право у конкретном случају. Речју, судија мора да се „супротстави сопственим проценама“ које почивају на његовом личном искуству, стереотипима и предрасудама (Mudrecki, 2017: 157). Као што нас Аристотел подучава: треба дати предности истини, тј. трагање за (правном) истином је пут ком судија треба да иде, ни по бабу ни по стричевима.

Начело *јавности суђења* такође доприноси непристрасном пресуђивању утолико што јавност има могућност да стекне утисак о томе како судија поступа према странкама, тј. да ли оставља утисак непристрасног одлучивања. Судија не сме да има већ формиран, априоран став у погледу исхода случаја. Речју, судија не сме да пође од одређеног става, него кроз поступак треба да до њега дође, а јавност је контролни механизам. У доктрини се истиче да је „од фундаменталне важности не само да правда буде извршена, него да се очигледно и несумњиво види да је извршена“.²⁵ Другим речима, можда је понекад суд одлучио непристрасно, али „то није било тако доживљено“ (Флајнер, 2009: 106).

О томе да је судија уистину донео непристрасну одлуку, може да се расправља и на основу *образложења* у ком се оправдава одлука и износе аргументи који је подупиру. Суд о неутралности се доноси на основу образложења одлуке, па се „врлина или мана пресуде“ у целисти тиче разлога на којима она почива (Wechsler, 1959: 19–20). С тим у вези, *право на правни лек* уистину може да буде лек за пристрасно одлучивање. Нпр. процесни закони прописују да учешће на главном претресу судије који је морао да буде искључен или изузет (јер се његова пристрасност претпоставља) представља апсолутно битну повреду одредба поступка која узрокује понављање поступка.

4. Судијска неутралност: однос судије према важећем праву

4.1. Концептуално одређење

Неутралан судија је дужан да „своје лично правно осећање“ подреди „ауторитативној правној заповести“,²⁶ тј. судија треба да се пита шта је прописано правом, „а никада да ли је то и праведно“. Овим речима

²⁵ Вид. пресуду *R. v Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924], 259. О неким од начина да се и странкама и јавности покаже независност и непристрасност судије, вид. Mudrecki, 2017: 160.

²⁶ Шауер истиче да расправа о неутралности подразумева четири расправе (Schauer, 2003: 217).

Радбрух описује да судија не треба да преиспитује да ли право које треба да примени испуњава супстантивне захтеве, те додаје да ћемо „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“ (Радбрух, 2016: 127).²⁷ Стога, неутралност је захтев за примењивањем права без исправљања његових супстантивних мањкавости. То је судијина дужност да пресуђује без обзира на своје представе политичко-моралног карактера (Waluchow, 2012: 205).

Без обзира на то да ли је важеће право супстантивно прихватљиво или не, оно судију обавезује, па судија треба одлучи шта значи законски текст (Scalia, 1997: 18–23), а не да ли је творац правног текста могао да створи боље право. Неутралан судија ће да разлучи примену правног правила од својих супстантивних ставова (Schauer, 2003: 228).²⁸ Судијама припада власт тумачења правних текстова,²⁹ али, како лорд Ектон вели, „власт квари, а апсолутна власт апсолутно квари“.³⁰ Брана судијској власти, тј. апсолутно слободном тумачењу је важеће право, али неспоран значај има и судијска етика као „саморегулаторни инструмент“ (CCJE, 2018: 9–10) јер је судијска врлина то да важећем праву подреди сопствену представу о бољем праву.

Неспорно је да су независност, непристрасност и неутралност вредности (Papaianis, 2016: 2), а могу и да се означе као конститутивни елементи владавине права (Celano, 2012: 182). Концепт „судијска неутралност“ није сувишан зато што не може да се подведе под независност или непристрасност. Папајанисовим речима, „постоји методолошки разлог да се неутралност третира одвојено“, при чему неутралност „не сме бити редундантна“, а мора бити „нормативно релевантна“ (Papaianis, 2016: 32–37), мада има и аутора који тврде да су непристрасност и неутралност „мање или више еквивалентни по значењу“ (Waluchow, 2012: 207, фн. 12). Ипак, у овом раду се заступа теза да је реч о различитим појмовима.

Мада се, језички посматрано, неутралност приближава непристрасности или поистовећује с њом (тј. разуме као њен синоним), питање судијиног односа према странкама није истоветно питању судијиног

²⁷ Ипак, историја познаје и примере екстремне супстантивне неприхватљивости позитивног права, попут нацистичког законодавства, што је и Радбруха навело да одрекне правни карактер таквим законима.

²⁸ Судије морају да буду једино под „утицајем закона“, али при тумачењу правних текстова узимају у обзир и „сопствена лична уверења, образовање и лична искуства“ (Флајнер, 2009: 103).

²⁹ Кад би доносиоци закона тај акт и примењивали, то би чинили у складу с „најподеснијим политичким приликама“ (Флајнер, 2009: 108).

³⁰ Наведено према: Флајнер, 2009: 107.

односа према праву, па је то разликовање аналитички корисно. Можда судија нема предрасуде према странка нити било који спољни фактор утиче на њега, али то не значи *ipso facto* да он неће „исправљати“ важеће право, нпр. због личних „политичких и идеолошких преференција“ које утичу на одлучивање (Marković, 2021: 95, 108). Тад је непристрасан, али није неутралан.

4.2. Значај судијске неутралности

Неутрално одлучивање је ненормативно одлучивање (Celano, 2012: 176). Судија Ландау у одлуци израелског Врховног суда *Dweikat et al. v. State* каже да судије имају „изворе за своје одлуке“ (важеће право) и кад пресуђују не смеју да у одлуке учитавају „лична виђења која имају као грађани“. Штавише, чак и кад јавности или њен део негодује, судија не сме да пренебрегне своју правну дужност, иако знатан део јавности „неће обратити пажњу на правно расуђивање, него само на крајњи закључак“, тј. крајњу одлуку.³¹

Иако судија треба да буде вредносно неутралан (тј. не треба да оцењује супстантивну ваљаност права), право није вредносно неутрално јер је оно „нормативни систем који промовише једне, а потискује друге вредности“ (Celano, 2012: 198, фн. 55), а правна правила нису осмишљена да промовишу неправду или да „вређају устаљена морална начела“ (Харт, 2013: 261). Право инхерентно оличава вредносни систем правотворца, а судија не сме да исправља његове вредносне пропусте. Такође, само неутрално пресуђивање се уклапа у „границе легитимне употребе судске власти“ (Haltom, Silverstein, 1987: 28).

Судија не може да право посматра очима политичара, него мора да „гледа у прошлост“, тј. већ донесено право, док политичари имају улогу да гледају у будућност (Флајнер, 2009: 119), те претварају политичке визије у право. Сем тога, грађани би требало да предвиде последице (не)примењивања права, а ако нема неутралног судије, нема ни предвидљивости као елемента правне сигурности, услед чега право отежано може да испуни функцију „усмеравања људског понашања“ (Celano, 2012: 183).

Неутрално одлучивање доприноси остваривању циља права. Наиме, истиче се да правни систем може да „промовише мирну друштвену интеракцију“³² ако његова правила могу да „усмеравају понашање грађана“,

31 Вид. и Haltom, Silverstein, 1987: 30. Каткад управо коментари на рачун пресуђивања могу да пољуљају поверење јавности у судове (CCJE, 2018: 13).

32 Папајанис истиче да су независност и непристрасност нужни али недовољни услови за несметано одвијање друштвене интеракције (Papaianis, 2016: 18).

а она то могу „само ако их правилно примењују судије“ (Papaianis, 2016: 17). Правне директиве, уколико потичу од легитимног ауторитета, постају „устаљено мерило“ понашања³³ и омогућују „релативно стабилна међусобна очекивања“ (Celano, 2012: 184, 186). Дакле, уколико судије, „одлучују на основу других разлога“ а не на основу „разлога прописаних правом“, грађани „губе све смернице у погледу свог понашања и функција права је потпуно обесмишљена“ (Papaianis, 2016: 17), тј. „узалудно је усмеравати људско понашање“ ако у случају спора суд неће применити право (Raz, 1979: 217). Тад би очекивања од других и од суда била попут „Божјег суда, жреба, прорицања од стране овлашћене пророчице“ (Celano, 2012: 187, фн. 28).

4.3. Примери

Судија који није неутралан редовно покушава да искористи неку одредбу чије је значење спорно из неког разлога. Нпр. аргумент система права у комбинацији с језичком неодређеношћу текстом може да буде плодно тло за судију да одступи од неутралног пресуђивања, а да притом то „замаскира“. Ако се правом прописује да је држава демократска или да почива на владавини права, судија би могао да правнополитичке визије имплементира у пресуду услед тих неодређених формулација.

Узмимо да устав државе А у члану 5 прописује да је она заснована на владавини права (уставни принцип), а у члану 225 прописује да уставни суд испитује уставност закона. Може ли уставни суд да испитује уставност уставних закона или уставних амандмана? Будући да је реч о актима највишег, уставотворног, органа и будући да устав говори о контроли уставности закона, не постоји правни разлог који оправдава контролу уставности уставних амандмана или уставних закона, тј. једино (обични) закони могу да предмет уставносудске контроле. Али уставни принцип који прокламује да је владавина права постулат правног поретка државе А представља користан инструмент за уставни суд и тест за судијску неутралност. Уколико судије уставног суда оцене да је нпр. политички целисходно да се оцењује уставност одлуке уставотворца, позивање на уставни принцип може да буде правни изговор за то. Рецимо, Савезни уставни суд Немачке је изричит у томе да уставни амандмани могу да буду неуставни.³⁴

33 Темелјне вредности на којима почива нека држава су прокламоване обично у уставима и могу да се означе као важећи „уставни морал заједнице“ (Waluchow, 2012: 205).

34 Вид. одлуку 2 BvE 2/08 [2009].

Могуће је да се судија не слаже са садржином важећег права, али неутралност се управо односи на „расуђивање у складу с правом прописаним вредностима“, тј. расуђивање „с правне тачке гледишта“ (*from the legal point of view*) (Papaianis, 2016: 38). Зато је основаност критиковања неке одлуке уско везана с разлозима који (треба да) се наводе у судским одлукама (Wechsler, 1959: 11). Притом, не сме да се пренебрегне да судија каткад мора да одлучује на основу више принципа истог ранга који долазе у колизију. Судија тад мора да „одвага“ која је од њих претежнија *in concreto*. Примера ради, слобода изражавања и људско достојанство могу да дођу у колизију, али кад је тачко прекорачена граница слободног изражавања у тој мери да нарушава туђе достојанство, питање је балансирања између сукобљених права, и то се решава тестом пропорционалности.

Такође, некад судови имају јасан правни текст, али и очигледну намеру да „исправљају“ грешке правотворца. Такав вид одлучивања, које неспорно није неутрално, уочљив је у пракси италијанског Уставног суда. Овај орган у одлуци број 10/2015 из 2015. године признаје да италијанско право прописује да одлука о неуставности делује *ex tunc*, али додаје да би у датом случају поштовање те одредбе узроковало „озбиљно нарушавање буџетског баланса“ и наметнуло „значајна оптерећења државном буџету“, тј. финансијске интересе државе. Стога, контролор уставности занемарује правне директиве и пресуђује да одлука делује *pro futuro*.

Судија који није неутралан прави од акта који тумачи „нешто што тај акт није“ (Schauer, 2003: 230), тј. значење које правним одредбама приписује није правно прихватљиво, што не значи да је оно једновременно и морално, економски, политички итд. неприхватљиво. Упоредна пракса показује да каткад вредносно расуђивање доводи до позитивних и неспорно легитимних исхода, попут прогреса у заштити људских права. Али ко гарантује да ће кршење неутралности да увек унапређује људска права, тј. може да доведе и до недемократских исхода. Напослетку, зар је демократски да се одлука судије, већа или неколико судија уставног суда претпостави вољи законодавног тела, институције с највишим демократским легитимитетом, кад не постоје правни разлози за то?³⁵

35 Ипак, пракса контролора уставности показује да се они неретко зарад, по њиховој оцени, виших циљева садржаних у уставним одредбама, удаљавају од акта који „тумаче“ и „штите“. Стога, упоредна пракса показује да судови неретко не одлучују неутрално. Хоће ли та пракса да се заустави? Векслеровим речима: „што више размишљам о прошлости (уставног судовања), то сам скептичнији према предвиђањима будућности“ (Wechsler, 1959: 26).

4.4. Може ли судија да буде увек неутралан?

Неутралност се доводи у вези с неоцењивачким судијом (*non-evaluative adjudicator*), тј. расуђивање судије треба да почива само на важећем праву (Papaianis, 2016: 38). Ипак, осим питања шта неутралност јесте и како судија треба да одлучује, поставља се и питање да ли судија може увек да буде неутралан? Флајнер правилно тврди да су судије „део друштвене и политичке реалности“ те да „нису имуне на општеприхваћене политичке и друштвене ставове државе и друштва“, али да се од њих очекује да оправдавају одлуке наводећи „аргументе који су прихватљиви правничкој професији“ (Флајнер, 2009: 110–111). С једне стране су захтеви према судији да избегне оцењивање права, али с друге стране и сама правна одредба може да буде изазов судији да склизне с пута неутралног одлучивања.

Неке уставне одредбе имају политичко-морално порекло и представљају правне принципе, нпр. одредбе о људским правима или прокламације да држава почива на принципу владавине права. Тад судија тумачи одредбе које оличавају „величанствене општости“ (*majestic generalities*) (Schauer, 2003: 225).³⁶ Дакле, кад судија примењује правне одредбе које прокламују „једнакост пред законом“, забрањују „окрутну и необичну казну“, „неразумне претресе“ или гарантују „слободу говора“, тешко је тврдити да је судија неутралан (Schauer, 2003: 229) тј. да његови супстантивни погледи не играју улогу при тумачењу. Тешко је бити неутралан у пресуђивању јер природа принципа сама по себи имплицира „супротстављене визије о томе шта би дати принципи требало да буду“, представу о пожељности, тј. „неутралан принцип напосто не може да постоји“ (Schauer, 2003: 234; Wechsler, 1959: 15; Waluchow, 2012: 203).

Имајући у виду то да су уставне одредбе најплодније тло за напуштање неутралног одлучивања, јасно је да су контролори уставности институције која најлакше могу да напусте „неутралне принципе“ и упусте се у *ad hoc* доношење одлука ради постизања исхода који се суду чини „политички и морално привлачним, иако тај исход нема прихватљиво уставноправно оправдање“ (Schauer, 2003: 218, 223). Кад контролор уставности не може да наведе „довољне разлоге“ и то правне разлоге за „поништавање вредносних избора других грана власти... ти избори морају да остану“ (Wechsler, 1959: 19). Управо оправдање (образложење) одлуке треба да послужи као мерило за оцену да ли је судија био неутралан или није. Ако се у образложењу одлуке увиди да она почива на ванправној аргументацији (нпр. заштита финансијских интереса државе из раније помињане одлуке), нема говора о томе да је судија био неутралан. Нека

³⁶ О вези између неутралности пресуђивања и општости правила вид. и Schauer, 2003: 231.

су питања напосто политичке природе и зато не треба да их решавају судови, иако њихово решавање захтева и тумачење устава (Wechsler, 1959: 7).

Увек ће неодређена одредба да буде смоквин лист за судију који није неутралан зато што, како Скалиа мудро тврди, тумач који покушава да схвати шта је законодавац мислио, треба да се пита шта би „мудар и интелигентан човек мислио“, а то ће вероватно да га одведе до закључка да право значи оно што он (судија) мисли да значи (Scalia, 1997: 18). Међутим, судија треба да на најбољи начин промовише ставове демократске заједнице уткане у право, а не личне ставове (Waluchow, 2012: 208). Неутралан судија правно аргументује своју одлуку, а онај који то није, поткрепљује одлуку ванправним разлозима.

Промовишу ли италијанске судије оно што је уткано у право кад занемарују одредбу која прописује да одлуке о неуставности имају ретроактивно дејство? Легитиман је циљ заштита финансијских интереса државе, али аргумент финансијске заштите у циљу консолидације буџетских тешкоћа није правни аргумент. Код таквог стања ствари, неутралност судије је капитулирала пред заштитом финансијских интереса, а ванправни разлози су превагнули над правним. Посматрана кроз сочиво економске политике, одлука је крајње легитимна, али судија не сме да посматра право кроз то сочиво.

Судство је независна и неполитичка функција државне власти у ужем смислу, али очито „ванправна разматрања играју важну улогу“ чиме судије „утичу на уобличавање друштвених односа“ (Marković, 2021: 86 фн. 1). Ипак, једно је питање шта судови чине, а друго да ли би требало то да раде. Ако судија не може да правним аргументима оправда одлуку, треба да се уздржи од напуштања терена права и препусти политичким органима да доносе политичке одлуке.

4.5. Како да се обезбеди судијска неутралност?

Правом не може да се у свим случајевима створи аранжман у ком ће судија да буде попут аутомата, али што може да одврати судију од идеје да не буде неутралан? Најпре, на судију се утиче путем правних текстова, али они, као што и показано у овом раду, некад нису истинска ограничења. Може ли да судије буде неутралан ако треба да одлучи да ли је законска одредба у складу с уставним принципом владавине права? Ако не постоје правни разлози који би оправдали одлучивање, судија би требало да се уздржи од решавања политичких питања и препусти то политичким органима.

Даље, устаљене технике тумачења јесу конвенционално прихваћена правничка апаратура и ограничења при утврђивању значења правних

текстова. Осим тога, сваки орган, па и суд, има институционалну улогу, а судије би требало да имају то на уму. У вези с тим, контрола више судске инстанце је значајна, будући да се пред вишим судовима може тражити „исправљање“ грешака учињених пред првостепеним судом, што укључује и оспоравање правности аргументације на којој одлука почива. На крају, али свакако не најмање важно, судијска етика би требало да одвраћа судије од тога да исправљају грешке надлежног правотворца и претпостављају му своје визије о бољем праву.

Напуштање неутралности зарад легитимног циља је супстантивно прихватљиво, али то не може да буде *правно* прихватљиво. А констатовано је да вредност права и пожељност неутралности лежи управо у томе што право представља мерило понашања за све јер управо оно елиминише могућност да се *ad hoc* оцењује шта је најбоље у конкретном случају. Како то судија Горсуч исказује, судија ком се допада сваки исход до ког дође је вероватно лош судија. А судија који поштује право које му се не свиђа, каже Горсуч, је „најбољи део наше професије и то завређује дивљење“.³⁷

5. Закључак

Врлина је морална изврсност личности, а што је улога неке личности важнија, њене су врлине све пожељније. О важности судије за појединца чија су права угрожена довољно говоре Аристотелове речи поменуте на почетку овог рада. У раду су анализирале независност и непристрасност, вредности које се уобичајено повезују са судијама, али је показано да пажњу завређује и судијска неутралност. Реч је о врлини и спремности судије на то да сопствене супстантивне визије о бољем праву жртвује зарад верности важећем праву. Судија нема задатак да *оцењује* важеће право, него да тумачи право и утврђује чињенично стање конкретног случаја, тј. судија *примењује* право казујући шта је право *in concreto* (а не шта би било добро да је право).

Да би се дошло до *правне* одлуке, нужно је да се оствари више претпоставки. Показано је да су у питању различити институционални механизми и правни захтеви, али у сваком случају неспорно је да значај има и судијска етика. Судија ког одликују морални квалитети не слуша друге који му наређују или на други начин исказују како да пресуди (независност), нити допушта да га воде предрасуде и лични интереси у решавању спора (непристрасност). Али судија не сме да право искористи да намеће своје вредносне ставове (неутралност) и замењује надлежне правотворце.

37 Вид. одлуку у предмету *A. M. v. Holmes* [2016].

Ако нема независних, непристрасних и неутралних судија, грађани немају ослонац у борби за заштиту својих права. А ако не постоји институционална заштита људских права, нема ни демократије, па је судство истински показатељ демократичности државе. Зато је анализа судова и судија увек актуелно питање. Неспорно је да судија представља парадигму правничког расуђивања, али да би постао парадигма судијске етике, нужно је да се испита како одлучује, а посебно како оправдава своје одлуке. Мада право не поставља увек јасне границе, судија мора увек да сам себи постави границе и има на уму да вредности које он сматра пожељним нису нужно право. На тај начин, између осталог, судија показује моралну извршеност личности.

Још је у 14. веку Душанов законик у једној реченици начелно исказао суштину три вредности о којима је било речи у овом раду: све судије да суде по закону, а да не суде по страху од царства ми (чл. 172 Душановог закона). У вековима након доношења овог акта, дошло је до бујице одредаба о вредностима које смо анализирали, а да ли је дошло до бољег пресуђивања, остаје отворено питање. Али оно што се тад очекивало од судије, легитимно је очекивање и дан-данас.

Литература

Библиографске референце

Aristotel. (1988). *Nikomahova etika*. Zagreb: Globus.

Бадо, А. (2014). Избор судија – непристрасност и политика – компаративна анализа. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1(48). 277–315.

Celano, B. (2012). Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law. In Beltran, J. F., Moreso, J. J., Papayannis, D. M. (Eds.). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer. 175–202.

Coman, R. (2014). Quo Vadis Judicial Reforms? The Quest for Judicial Independence in Central and Eastern Europe. *Europe-Asia Studies*. 6(66). 892–924.

Haltom, W., Silverstein, M. (1987). The Scholarly Tradition Revisited: Alexander Bickel, Herbert Wechsler, and the Legitimacy of Judicial Review. *Constitutional Commentary*. 4(25). 25–42.

Marković, G. (2021). Election of Judges: are We Ready to Question the Dogmma? In Stjepanović, S., Lukić, Radomir V. and Ćeranić, D. (Eds.). *Collection of Papers „Challenges to the Legal System“*. East Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu. 84–114.

Mudrecki, A. (2017). Judicial impartiality and independence in the documents of the Council of Europe. In Wojciechowski, B., Bekrycht, T. and Cern,

Katarina M. (Eds.). *Jurisprudencija*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. 157–171.

Novaković, M. (2020). Pravo na nezavisn i nepristrasan sud u građanskom postupku i praksi Evropskog suda za ljudska prava. *Evropsko zakonodavstvo*. (72). 51–79.

Papayanis, D. M. (2016). Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication. *Revus*. (28). 1–59.

Platon. (2002). *Država*. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.

Радбрух, Г. (2016). *Филозофија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.

Schauer, F. (2002). Neutrality and Judicial Review. *Law and Philosophy*. 3–4(22). 217–240.

Флајнер, Т. (2009). Независност судства. *Анали Правног факултета у Београду*. 4(57). 93–120.

Харт, Х. (2013). *Појам права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Waluchow, W. (2012). Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law. In Beltran, J. F., Moreso, J. J., Papayannis, D. M. (Eds.). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer. 203–224.

Wechsler, H. (1959). Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*. 1(73). 1–35.

Судске одлуке и остали акти

Апелациони суд Сједињених Држава за десети округ. *A.M. v. Holmes* (2016). <https://casetext.com/case/am-v-holmes/> (преузето: 27. 1. 2025).

Bureau of the Consultative Council of European Judges (CCJE). (2018). *Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017*.

Високи суд правде. *R. v Sussex Justices, ex parte McCarthy* (1924). https://www.iclr.co.uk/wp-content/uploads/media/vote/1915-1945/McCarthy_kb1924-1-256.pdf (преузето: 15. 1. 2025).

Врховни суд Израела. *Dweikat et al. v. State* (1979). <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Dweikat%20et%20al.%20.%20State.pdf> (преузето: 19. 1. 2025).

ECtHR. *Bochan v. Ukraine* (2007). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80455> (преузето: 20. 1. 2025).

ECtHR. *Campbell and Fell v. The United Kingdom* (1984). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (преузето: 20. 1. 2025).

ECtHR. *Nicholas v. Cyprus* (2018). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179878> (преузето: 20. 1. 2025).

ECtHR. *Parlov-Tkalčić v. Croatia* (2009). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96426> (преузето: 20. 1. 2025).

ECtHR. *Pohoska v. Poland* (2012). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108418> (преузето: 20. 1. 2025).

Комитет министара Савета Европе. *Recommendation No. R(94)12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency And Role Of Judges*. [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkannunteklifi/recR\(94\)12e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkannunteklifi/recR(94)12e.pdf) (преузето: 20. 1. 2025).

Конгрес Уједињених нација. *Основна начела независности судства*. Преузето: 20. 1. 2025. https://vss.sud.rs/storage/UN-osnovna-nacela-nezavisnosti-sudstva_o.pdf (преузето: 27. 1. 2025).

Одлука Савезног уставног суда Немачке 2 BvE 2/08. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/es20090630_2bve000208.html (преузето: 27. 1. 2025).

Одлука Уставног суда Италије 10/2015. <https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2015&numero=10&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O> (преузето: 30. 1. 2025).

Одлука Уставног суда Србије Уж-635/2009. <https://www.ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse/pregled-dokumenta?Predmet=342> (преузето: 30. 1. 2025).

Doc. Brano Hadži Stević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
Pale, Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

NEUTRALITY AS A JUDICIAL VIRTUE: ESSENCE, SIGNIFICANCE AND RELATED TERMS

Summary

Independence is commonly underscored as a key characteristic of courts and the judiciary. The independence of a court refers to its separation from other branches of state power that do not have commanding or supervisory powers over courts. Judicial independence implies the absence of influence by other entities (particularly state authorities) on judicial conduct, running the legal process and outcomes of judicial proceedings. In addition to independence, another important feature is the impartiality of judges, which implies that a judge's must act without prejudice in judicial proceedings. It means that a judge must treat the participants in the process (the plaintiff, the defendant, witnesses) equally, without bias or without favouring any participant. Without diminishing the importance of the independence and impartiality of judges, neutrality is an equally valuable judicial characteristic. Judicial neutrality refers to a judge's attitude toward the positive law. In the legal reasoning process, a judge is obliged to consider the applicable (positive) law as the exclusive reason for deciding and justifying the judicial decision. The institutional role of a court is not to evaluate the substantive validity of the positive law but to apply it to the specific case. Thus, it is not up to a judge to correct the substantive errors of the legislator or another lawmaker. If a judge evaluates the positive law and departs from it due to his/her substantive or moral views, it is not considered legal reasoning. Yet, it does not mean that a judge should ignore the values contained in the positive law but, rather, that a judge must not replace the lawmaker's value judgments with one's own value judgments because the judge's duty is to resolve legal disputes from a legal point of view.

Keywords: judge, independence, impartiality, neutrality, positive law, values.