

Драѓуџин С. Аврамовић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avratovic@pf.uns.ac.rs

Илија Д. Јованов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs

МИТ О НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА*

Сажетак: Аутори у раду инсистирају на јасном терминолошком и концептуалном одређењу појма независности судства, које смајрају предсловом за ошклањање многих недоумица. Након анализе различитих теоријских и практичних решења приликом спровођења поделе власти, аутори стоје на становишту да чисти поделу власти никада и није било могуће спровести. Због тога се не може говорити ни о независности судства од ушцаја политичког фактора (нарочито у постојећу избора судија). За разлику од немоћности да се постојне институционална независност судске власти, под термином независности судства треба разумети индивидуалну независност, судијску независност приликом одлучивања у конкретним случајевима, односно гаранције које служе обезбеђивању неупитности у одлучивању (пре свега сталности судијске функције, непокретности, материјална независност, итд). Аутори истичу да је појмовно и концептуално замањивање разликовања различитих димензија независности судства резултат тежње претварања једне важне вредности правне државе у средство идеологије (злоупотребе). Судство је у сваком случају институционално зависно, само је питање да ли ће бити зависно од државних (легалних) представника власти или различитих недржавних актера који настоје да на различите начине продргу у саму срж независности судства, судијску независност у одлучивању. Због тога се у раду пристија терминолошком и концептуалном раслојавању независности судства и заговара

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови” који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

ујоштреба јојма који би више одговарао стварном стању – нейрисијрасности судства, уместио недовољно одређеној јојма независности судства.

Кључне речи: *Независности судства; Подела власти; Владавина права; Избор судија; Нейрисијрасности судства.*

1. НЕЗАВИСНОСТ СУДСТВА И НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈА

Независност судства јесте један од темељних принципа и гаранција правне државе/владавине права. Мада се корени независности судства, тенденција за осамостаљивањем судске власти могу тражити у много даљој прошлости, овај принцип је на пиједестал поставила либерална правна држава.¹ Међутим, чини се да је у пуном смислу речи независност судства била и остала недостижан идеал и једна реторичка формула. Као и када се данас говори о правној држави и владавини права, чини се да идеолошко оптерећење и злоупотребе ових тековина не дозвољавају да на површину избије њихова племенита суштина.

Да би могло бити речи о независности судства нужно је првенствено направити јасно теоријско и термилошко разјашњење и разграничење. На први поглед ово разликовање може изгледати банално. Такође би се могло учинити да постоји консензус о значењу овог концепта који сви на исти начин разумеју, који има универзално значење и универзалну вредност која се не доводи у питање (исто стоји и са владавином права). Међутим, тек раслојавањем ових сложених концепата може се доћи до правог, тачније правих значења. Данашња пракса (нарочито у земљама у транзицији које су спремне да олако увезу и прихвате готово било који идеолошки пакет) показује да је неопходно стално подсећати и указивати на ово разликовање због тенденције теоријског, али и практичног, свесног или несвесног, сливања у један појам, односно концепт. Један аспект је независност судства као гране власти, а други, независност судија (судијска независност) у поступку одлучивања.² Независности судства као гране власти нити је било нити ће икада бити могуће у потпуности остварити, што доказује вековна како теорија, тако и пракса. С друге стране, племенита суштина овог принципа коју је доктрина правне државе изнедрила, своди се у основи заправо на независност судија

¹ Видети више: D. Avramović, D. Simović, S. Jugović, „Judicial Independence, Rule of Law, and the Case of Serbia”, *Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2013, 87–98.

² На нужност овог разликовања у разумевању постојећег текста нашег устава и приликом трасирања праваца уставних промена је упозоравао Владан Кутлешић. Видети: В. Кутлешић, „Нема независног судства”, доступно на: <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>, приступљено: 3.4.2021.

у поступку одлучивања у конкретним ситуацијама, пошто је судија тај који треба да води рачуна о правичности и правди појединачног случаја. Чак и чувени члан 168. Душановог законика „Све судије да суде по закону, право, како пише у Законику, а да не суде по страху од цара” који се узима код нас као парадигма независности судства, заправо говори о независности судија приликом решавања конкретних спорова. Данас се на истом трагу приликом разматрања независности судства говори о спречавању политичких утицаја на судије приликом одлучивања, о одсуству „телефонске правде”, могућности политичара да једним позивом утичу на коначни исход судског поступка.³ Свесно или несвесно мешање ова два значења независности судства може се образложити једино тежњом ка идеолошкој (зло)употреби овог принципа.

2. МЕСТО СУДСКЕ ВЛАСТИ У СИСТЕМУ ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ

Потпуна сувереност ниједне гране државне власти, па макар то био и парламент, као што је то једно време био случај у Енглеској, није пожељна. За правну државу је поготово погубан примат извршне власти, односно концентрисање све три гране власти у рукама егзекутиве, што карактерише апсолутистичке и тоталитарне државе. Из тога се намеће закључак да ни преобладајућа улога судске власти, на шта се обично обраћа мало пажње, не би могла бити гарант правне државе. Још је Живојин Перић указивао на могућност, додуше више хипотетичку, да се судска власт стави у флагрантну противречност са законом: „Касациони Суд може, под изговором да тако закон разуме, уздићи се изнад овога, па чак и изнад самог устава, и тиме сувереност законодавне власти сузити, да не кажемо сасвим је уништити”.⁴

И судска власт је власт. Потпуно осамостаљивање те гране власти би могло бити исто толико штетно колико и концентрација власти у рукама егзекутиве. И судска власт је део извршне власти узете у ширем значењу те речи, само док је код органа извршне власти акценат на самом извршавању прописа, код судских је у фокусу примена прописа, која у једнакој, ако не и у већој мери, погађа и утиче на животе грађана. Идеја поделе власти од времена настанка које сеже још у антику није могла бити спроведена до краја. Монтескје, творац модерне теорије поделе власти, је такође био свестан ограничења и нужности међузависности грана власти како би систем могао

³ T. Clark, *The Limits of Judicial Independence*, Cambridge University Press, New York, 2011, 5, 7; G. Rosenberg, „Judicial Independence and the Reality of Political Power”, *Review of Politics*, vol. 54, 3/1992, 371.

⁴ Ж. Перић, *О судској независности* (приступно предавање), Штампарија Д. Димитријевића, Београд, 1899, 8.

да функционише како треба. Поред општег места код Монтескјеа да би све било изгубљено ако би један човек или тело вршило три власти, често се превиђа његова брига и од претераног осамостаљивања и злоупотребе судске власти. Од својих зачетака, а нарочито приликом теоријског утемељења, идеја поделе власти полази од претпоставке да постоји тенденција да се власт злоупотреби. Због тога је Монтескје био склон прихватању модела сличног атинском поротном суђењу. „Судска власт не сме да буде поверена сталном сенату, већ ваља да је врше лица узета из целог народа, у одређено доба године и на начин прописан законом, како би образовали судско веће које не заседа дуже него што захтева потреба. Будући да није везана ни за неки сталеж нити пак за неко занимање, судска власт – људима онако страшна – постаје на тај начин тако рећи невидљива и ништавна. Човек нема непрестано пред очима судије, и боји се магистратуре а не магистрата”.⁵ Де Верготини добро примећује да је принцип карактеристичан за либералну државу „присуство судија *начелно* (подвукли аутори) независних од политичке моћи”. Међутим, и он је свестан да се судски органи могу сматрати „само делимично независни од политичке власти, будући да, и поред тога што је забрањено њихово мешање приликом испитивања конкретних случајева изнетих пред суд, истовремено се не искључује подређеност судија општим политичким директивама предвиђеним уставом и законима које треба применити”.⁶

Дакле, у ширем смислу и судска власт је политичка имајући у виду чињеницу да је у њеним рукама спровођење законодавне политике, што она може без много труда да омета, али чак и да онемогућава. Ослањајући се на француске писце и Драгаш Денковић стоји на становишту да суд врши политичку функцију, јер је види као државну делатност од општег друштвено-политичког интереса која се састоји у примени права које доносе представнички, законодавни органи. Позивајући се на Лавоа, Денковић истиче да би се на први поглед могло учинити да суд не врши чисто политичку функцију, јер методи и начини на које интервенише нису потпуно исти као и методи и начин рада политичких органа.⁷ Без обзира на то да ли је судија потпуно потчињен политичкој власти или се јавља као противтежа која ограничава политичку власт, Денковић тврди да и у једном и у другом случају судија бар делимично има и одређену политичку функцију. Опет, ослоњен на Лавоа, Денковић упућује на амбивалентну природу политичке власти која „с једне стране не дозвољава суду да има политичку улогу, а с друге стране, та иста политичка власт тежи да на овај или онај начин бар

⁵ Š. Montesquieu, *O duhu zakona* (prev. A. Mimica), Filip Višnjić, Beograd, 1989, XI 6, 177.

⁶ Đ. de Vergotini, *Uperedno ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, 424.

⁷ Д. Денковић, „Судска функција и политика”, *Зборник рагова Правног факултета у Новом Саду*, 1969, 211.

делимично придружи суд у одређеној мери политичкој функцији”.⁸ Из свега реченог произлази да се с обзиром на природу ове гране власти од ње може основано очекивати непристрасност (у одлучивању), али никако потпуна независност. То врло јасно поставља Кутлешић: „Дакле, судство као државна власт не може бити деполитизовано јер би тиме или било делегитимизовано или би престало да буде ’власт’”.⁹

Посредно ово признаје и Ђорђе Тасић који суд види као „правни” орган, али посматрајући га искључиво у односу према политичким органима. Дакле, овакво одређење суда као „правног” органа је направљено само имајући у виду постојање референтног тела, чисто политичких органа, како би се учврстила тачка разликовања. У односу на ову тврдњу Тасић одмах поставља и велику ограду тврдећи да то не значи да суд има за критеријум само правичност, а не и целисходност, само приватне, а не и јавне интересе, да „само примењује законе и да при примени нема никакве активности, или да не може да сам ствара право у конкретним случајевима”.¹⁰ „Кад кажемо да је суд правни орган, мислимо на ону сигурност коју он пружа за остварење прописа. Интервенишући тамо где треба учинити ’исправку’ у законитости доносећи пресуду која има снагу закона и у томе смислу обезбедити законитост, суд у својем раду мора давати све потребне гаранције за објективност, и пре свега он мора бити независан”.¹¹ Потпуно је јасно да је Тасић имао на уму независност судија приликом одлучивања, односно могућност непристрасног одлучивања.

3. ПОЛИТИЧКИ УТИЦАЈИ НА СУДСТВО – ИЗБОР СУДИЈА КАО ПАРАДИГМА

У прилог овоме што је до сада наведено говори и пример система власти у САД који почива на строгој подели власти, а о независности судске власти не може бити ни говора, већ само о контроли и равнотежи. Због тога се амерички систем сликовито описује као систем независних судија у оквиру зависног судства.¹² Дакле, чак и у америчком Уставу из 1787. године, где је принцип поделе власти најдоследније спроведен, међуутицај и мешање ове три гране власти се нису могли избећи. Како Јовичић примећује: „пот-

⁸ *Ibid.*, 212.

⁹ В. Кутлешић, *op. cit.*

¹⁰ Ђ. Тасић, „О јемствима судске независности”, *Сјоменица седме главне скупштинске Конгреса правника Краљевине Југославије*, Конгрес правника, Београд, 1935, 26.

¹¹ *Ibid.*, 27.

¹² Видети више: J. Ferejohn, „Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 2–3/1999.

пуна одвојеност и независност три 'власти' значила би у пракси неодрживо цепање у основи јединствене државне власти, изазивала би нерешиве позитивне и негативне сукобе надлежности носилаца три власти и, у крајњој линији, водила би паралисању државних механизма".¹³ Независност судства, како Розенберг добро уочава, не подразумева судије измештене из света око њих и других грана власти, већ да њихове одлуке остану ван утицаја или са минималним утицајем од стране представника других грана власти.¹⁴ Институционални утицај се првенствено читава у поступку избора судија који није лишен утицаја тзв. политичких грана власти. Именовање федералних судија у САД је директно зависно од извршне и законодавне власти. С друге стране, судије у великом броју федералних јединица се бирају од стране грађана, што подразумева спровођење предизборне кампање, као и приликом кандидовања за друге јавне функције. За то су, наравно, потребна позамашна материјална средства, која се најчешће добијају од „дарежљивих донатора". То, разумљиво, у пракси могу често бити велике правне фирме (мада се по правилу то не чини јавно), али и политичке партије.¹⁵ Важно је поменути и виђење независности судства у САД од стране представника, тамо утицајне школе економске анализе права, која не полази од схватања да је судство по себи политичка грана власти, бар не непосредно. Наиме, истакнути представници ове школе судове не посматрају као институције специјалне мудрости, интегритета, моралности, посвећености принципима чија је функција спровођење моралних правила, идеала неутралности, правде или правичности. За њих је функција судства спровођење „договора" направљених од стране ефективних интересних група са ранијим законодавством.¹⁶

Слична ситуација је и у Великој Британији првенствено због парламентарне суверености и учешћа тзв. политичких грана власти у поступку избора судија. Како добро запажа Стивенс, појам независности судства је појам који

¹³ М. Јовић, *Veliki ustavni sistemi*, Svetozar Marković, Beograd, 1984, 76.

¹⁴ G. Rosenberg, *op. cit.*, 371.

¹⁵ „Судије савезних држава се обично бирају на општим изборима, а понекад их бирају чланови законодавних тела. Избор судија на општим изборима наилази на доста критике, укључујући и Америчку адвокатску комору, услед тога што јавност обично нема интересовања и информација о кандидатима за судије, због чега на исход избора исувише често утичу лидери политичких партија или заинтересоване странке које финансирају изборну кампању судија", А. Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, 34. Фарнсворт је у каснијим издањима ове књиге чак избацио оптимистичку ограду која је стајала у првом издању које је и преведено на српски језик, а која је гласила: „Ситуација се у овом погледу понешто побољшала, зато што су локалне адвокатске коморе предузеле мере за процењивање квалификација кандидата за судијска звања и организовање одговарајуће подршке на тој основи", А. Farnsworth, *Uvod u pravni sistem SAD* (prev. Ђ. Krstić), Savremena administracija, Beograd, 1963, 29.

¹⁶ W. Landes, R. Posner, „The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law & Economics*, vol. 18, 3/1975, *passim*.

се радо користи и од стране власти и од стране опозиције у Енглеској. Термин је општеприхваћен, али се ретко, ако се уопште икада дефинише.¹⁷ Због тога су концепти независности судства и поделе власти у Британији ствар политичке реторике, а не правни концепти. С једне стране постоји висок степен независности судија у одлучивању (сталност функције, материјална независност, ослобођеност притиска извршне власти, итд), док, са друге стране, не постоји институционална независност судства као гране власти.¹⁸ Мада се Стивенс залаже за промену односа према судској власти у смеру институционалне независности, треба имати у виду да такав положај судске гране власти није специфична одлика британског парламентаризма, већ јесте и одувек је и био универзална појава у оквиру свих система поделе власти. Оно што Стивенс наглашава, што такође није само британска специфичност, јесте коришћење независности судства као идеолошке мантре. Управо то измицање пред прецизним теоријским дефинисањем и утврђивањем могућих различитих значења појма независности судства, није случајно, већ представља отварање простора за различите политичке (зло)употребе и *ad hoc* дефинисање.

Избор судија не може бити лишен сваког политичког утицаја. У крајњој линији, кроз примену права и судска власт је у ширем смислу извршна власт, која у одређеној мери спроводи политику. То је најпре случај у САД због специфичности прецедентног система, али све више и у земљама континенталне правне традиције у којима судска пракса постаје веома утицајан фактички извор права. Утицај политичког чиниоца (тзв. политичких грана власти) у поступку избора судија у упоредном праву је несумњив. Анализирајући различите начине гаранција независности судија које варирају од начина избора судија, Де Верготини уопште не доводи у питање чињеницу утицаја политичког фактора на избор судија. Тако он теоријски разликује два модела: систем тзв. политичко-професионалне селекције који је заступљен у *common law* порецима и модел са бирокупатским саставом, карактеристичан за земље са *civil law* системом. И управо за овај други, „бирокупатски“ модел, као парадигму узима француски који, како каже, врши највећи утицај на земље континенталне Европе, а карактеришу га судије „функционери“ које поставља извршна власт.¹⁹ Слично резонује и Флајнер који истиче да независно судство од законодавне и извршне власти не значи да извршна власт не може да поставља судије и да не може да врши одређену дисциплинску контролу над понашањем судија, већ да „судије никада не могу да се укло-не са положаја због одлука које су донели или аргумената које су изложили

¹⁷ R. Stevens, „A Loss of Innocence: Judicial Independence and the Separation of Powers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 3/1999, 374.

¹⁸ *Ibid.*, *passim*.

¹⁹ Ђ.де Верготини, 424–433.

на суду, да ниједну одлуку не може да поништи извршна власт и да извршна власт нема овлашћење да изда директиву у вези са самом функцијом или судском праксом суда”.²⁰

Погрешна је уобичајена претпоставка да би судска власт уколико би сама себе бирала била независнија него у случају да је њено постављење зависно од тзв. политичких грана власти. У питању су два противречна захтева која треба помирити. С једне стране стоји потреба издвајања судске власти од стране тзв. политичких власти, док је с друге нужно оставити одређен степен политичке контроле. У нашој старијој литератури тога је био свестан још Ђорђе Тасић, који је позивао на опрез приликом прихватања модела избора судија од стране самих судијских тела, аналогног поступку избора универзитетских професора. Тасић отвара питање да ли уопште одговара начелу поделе власти да једна власт произлази из саме себе, али одмах и даје, чини се, потпуно исправан одговор. „Да је то немогуће, види се по томе, што се не може узети да се свака власт, свака за себе, ствара, ако оне не би произашле све од једне, народа”.²¹ Том систему Тасић додатно замера то што ствара еснафски дух где би се људи постављали по „личном познанству, везама и симпатијама”, као и да би било веома тешко спроводити контролу јавног мњења. Међутим, с обзиром да је априорно искључио могућност избора од стране народа (који не одговара нашој правној традицији), у дилеми између именована од стране шефа извршне власти уз опасност од могућег утицаја партија и политике, и, с друге стране, опасности котеријаштва приликом избора судија од стране судских колегијума, Тасић се опредељује за овај други. Тачније, он се залаже за један компромисни модел, где би судски колегијум предлагао кандидате, а министар имао право потврде одређене личности.²² Модел избора од стране судских колегијума је из године у годину све присутнији широм света. У једном чланку из 2009. године је изнет податак да у преко 60% држава у избору судија учествује неки вид судског колегијума, у односу на 10% држава пре 30 година.²³ Кроз судске колегијуме се заправо покушава уравнотежити поступак избора судија избегавањем екстрема. С једне стране стоји препуштање самој судској власти да сама себе изабира што би водило претераној независности, односно судократији, док с друге стране спектра стоји избор везан искључиво за политичко именоване и утицај политике. Упркос свему, након детаљне упоредне анализе поступка избора судија од стране судских колегијума, аутори поменутог чланка долазе до закључка да је готово немогуће пронаћи баланс

²⁰ Т. Флајнер, „Независност судства”, *Анали Правној факултету у Београду*, 4/2009, 107.

²¹ Ђ. Тасић, *op. cit.*, 32–33.

²² *Ibid.*, 34.

²³ N. Garoupa, T. Ginsburg, „Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 1/2009, 105.

између ова два екстрема и судство лишити политичког утицаја, јер се одмах јавља други проблем, склизивања у оно што се може назвати судократијом.²⁴

Међутим, има аутора који сматрају да је меру поводом овог питања могуће пронаћи. Тако Бурбанк, насупрот схватањима о независности судства као миту, заступа једно крајње релативистичко (на питање шта је независно судство, његов одговор је зависи), инструментално схватање независности судства, које не захтева дихотомију и у овоме не види парадокс, већ полази од тога да су независност судства и одговорно судство спојиви, као две стране медаље. Одговорно судство без независности је слабо, док је независно судство без одговорности опасно. Поставка овога аутора је да независност судства није циљ сама по себи, већ средство за постизање циља (односно циљева), а то је проналазак мере, одређивање квантитета и квалитета независности и одговорности. Бурбанк независно судство не види као монолитно, једном и заувек дато, већ држи да је изазов институционалне архитектуре проналазак баланса између независности и одговорности, што зависи од практичних потреба конкретног поретка и политике.²⁵ Бурбанкове идеје делују заиста примамљиво на теоријском нивоу, али нажалост он није понудио одговор на вечно питање како пронаћи меру, до чега нису дошли ни горе поменути аутори кроз праксу, детаљну упоредноправну анализу. Опште је познато да је *pan metron ariston*, али како до мере?

4. КА НЕПРИСТРАСНОСТИ СУДСТВА

Идеал чисте поделе власти остаје недостижан циљ који се у пракси не може остварити, већ му се може само мање или више приближити. Слободан Јовановић је добро приметио да потпуна подела власти разара државно јединство, а судије данас више нигде нису само „уста закона”. Због тога Орловић наглашава потребу да данашња правна држава унапреди правне и друге услове да закон што „течније проговори”, што подразумева постојање услова у којима судија може да исправно примењује право, међу којима подразумева заштиту од извансудских утицаја (државних и недржавних) на рад судија, као и личних својстава судије.²⁶ Суштину независности судства је врло сликовито описао утицајни амерички судија Кауфман: „Судска независност није клише призван од стране оних који теже да спрече утицај других грана власти. Термин је уметнички, дефинисан да постигне суштински

²⁴ *Ibid.*, 117.

²⁵ S. Burbank, „What Do We Mean by 'Judicial Independence'”, *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 1/2003, *passim*.

²⁶ С. Орловић, „Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији”, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 164.

циљ поделе власти да правда буде спроведена без страха или предубеђења и слободна од предрасуда”.²⁷

Дакле, треба се усредсредити на гаранције судијске независности или боље рећи непристрасности у одлучивању у конкретним случајевима од недостојних утицаја (политичких, економских, медијских, итд.). „Принцип судијске независности је одређен речима да је судија у изрицању правде независан од било које власти и утицаја, осим власти легитимног закона. Тај принцип, дакле, претпоставља слободу судијског одлучивања у границама закона и његове савести. У томе, судија не сме бити предмет недостојних утицаја који долазе од било кога и из било којих разлога: спољни притисци личног, материјалног или политичког карактера, разне врсте подстицања, претње или интервенције директне или индиректне, страх од репресалија, и други слични акти недостојних утицаја”.²⁸ То се може најпре постићи обезбеђивањем сталности судске функције, непреместивости, финансијске независности, забраном „медијских суђења”.

Чак и све те гаранције судијске независности неће бити довољне уколико је сам карактер судија недовољно чврст и уколико је личност судије таква да није имун на различите утицаје. Ниједно нормативно решење у корист судске власти неће бити довољно уколико нема довољно људи са дигнитетом достојних судијске професије. Дакле, нормативна лутања и учестале промене никако не могу бити компензација људских слабости. Како је у једном интервјуу лепо приметио некадашњи председник Врховног касационог суда: „онолико колико будемо имали морално аутономних и образованих судија, тачно толико ћемо имати и независности”.²⁹ У суштини ова изјава сублимира Јерингову мисао да цео успех правосуђа почива на две претпоставке концентрисане у особи судије. Једна интелектуалне природе, теоријско и практично владање правом, а друга моралне природе, која је ствар карактера, „потребна чврстина воље и морална храброст да се право оствари без ометања било каквим обзирима, мржњом или пријатељством, сажалењем или страхом од људи”.³⁰ Чини се да је ову прву претпоставку постојања знања и спретности, нарочито у данашњем свету, много лакше остварити. Друга претпоставка остаје много теже достижна. Вера у судију Херкула је једино на шта у данашње време можемо да се ослоњемо или да се вратимо веома

²⁷ I. Kaufman, „The Essence of Judicial Independence”, *Columbia Law Review*, vol. 80, 4/1980, 701.

²⁸ S. Perović, *Sudijaska nezavisnost – prolegomena*, Udruženje правника Србије и Institut за упоредно право, Београд, 1998, 56.

²⁹ Д. Милојевић, „За силоватеље и напаснике казне морају бити оштрије”, *Блиц*, 1.1.2019, доступно на: <https://www.blic.rs/vesti/hronika/intervju-dragomir-milojevic-za-silovatelje-i-napasnike-kazne-moraju-biti-ostrije/egkkpkw>.

³⁰ Р. Јеринг, *Циљ у праву* (прев. Б. Живојиновић), Службени лист СРЈ – ЦИД – Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Београд–Подгорица–Нови Сад, 1998, 177.

старом успешном рецепту. У античкој Атини судија за поступање у конкретном случају се одређивао коцком, на сам дан суђења. Чини се да би се само оваквим или сличним архаичним механизмом (који се због своје делотворности не може сматрати превазиђеним) успела да надомести несавршеност људске природе.

Веома је провокативно, али делује потпуно убедљиво виђење норвешког професора Екхофа, који је радио на Правном факултету Универзитета у Ослу. Он сматра да постизање максимума судске независности не треба да буде идеал, јер је у неким питањима пожељно да судије буду независне, а у другима зависне.³¹ Јер зависност од једног извора утицаја, попут легитимног законодавца може некада да обезбеди независност од других извора утицаја, као што су политичке партије, лоби групе.³² И заиста, везаност за легитимно народно представништво ослабљује и штити судство од других различитих центара моћи, додајмо још медије, цркву, економске центре, невладине организације. Економски и други друштвени центри моћи настоје када год је то могуће да утичу на „политику” судског одлучивања. Такви начини утицаја су скупи и самим тим нису доступни свакоме. За независност судства је посебно угрожавајући утицај моћних невладиних интереса који на легалан начин покушавају да обезбеде правосуђе какво желе утицањем на судијско одлучивање.³³

Оно што у данашње време постаје нарочито забрињавајуће јесте чињеница да су други недржавни субјекти (нарочито невладин сектор западних демократија) свесни постојања идиосинкразија судија и решени да то употребе у своју корист. Начелну неспремност судија да признају утицај сопствених предрасуда (нарочито у друштвима у транзицији) на одлучивање препознаје и користи неко други.³⁴ Наиме, под изговором разних тренинга, обука, едукација судија поводом најразличитијих правних питања (али преваходно оних која су најзначајнија са становишта идеологије која се жели пласирати) представници тзв. невладиног сектора суштински врше идеолошку индоктринацију судија, психолошко прекодирање судија са њихових сопствених на туђа предубеђења и вредности. Дакле, прелазак се успоставља

³¹ Слично мишљење заступа и Фис у покушају помирења два противречна захтева – независног судства и одређене политичке контроле. Ту треба ускладити две вредности, легитимитет судства и народну сувереност што захтева оптимизовање, а не максимизовање независности, О. Фис, „Perspective: The Limits of Judicial Independence”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1/1993, 66–67.

³² Т. Eckhoff, „Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 9, 1965, 47–48.

³³ Ј. Ferejohn, *op. cit.*, 366.

³⁴ О већинском непризнавању постојања предрасуда у одлучивању међу судијама у Републици Србији видети: Д. Аврамовић, *Судије, право и психологија – ојлед о судијском одлучивању на штрау Церома Френка*, Службени гласник, Београд, 2021, 139–140.

са вредности које су судије усвојиле у друштву коме припадају, на вредности неких других, више хиљада километара удаљених друштава (или како би Џон Ролс, творац *једне* теорије правде рекао, „пристојних друштава”). Етикетање одређеног друштва као „пристојног” или „непристојног” је веома проблематично, јер подлеже различитим вредносним проценама. Али оно што одликује друштво заиста једнаких јесте размена мишљења, саветовање, компромис, а не наметање туђег мишљења и вредности. С друге стране, чим је неко изабран за судију основана је претпоставка да он већ поседује одговарајуће стручне и моралне квалитете и да је „извежбан у врлини”, тако да је било какав додатни „тренинг” непотребан и у основи представља перфидно и прикривено задирање у срж саме независности судства, односно у судијску независност. Цео тај „тренажни процес” се наравно обавља у складу са племенитим циљем успостављања „добре владавине” чије одређење нико до дан данас са прецизношћу не може да да, тако да он постаје моћно оружје које се начелно може употребити у било коју сврху.³⁵

Идеја независности судства као гране власти јесте један мит, фантазам (тврдња која је и теоријски и емпиријски нетачна) створен превасходно у идеолошке сврхе, како се често користи и идеја владавине права. Понављање мантре независности судства и коришћење независности судства као генусног појма је потпуно замаглило разликовање између независности судства и независности самих судија у одлучивању. Зато би се могло рећи да би уместо коришћења термина независности судства било примереније и тачније говорити о непристрасности судства. А уколико се инсистира на коришћењу термина „независност судства”, нужно је, али и једино исправно, говорити у суженом смислу, као о судијској независности приликом одлучивања у конкретним случајевима. Поверење према судијској независности не подразумева и не захтева да судство као грана власти остане ван сваке контроле. Индивидуална независност судија никако не подразумева институционалну независност судства. Инсистирањем на независности судства као гране власти од утицаја политике се тежи извлачењу судске власти од утицаја тзв. политичких грана власти у оквирима једне државе. Али то никако не значи да би тада судство било независно (тешко да би настала и судократија), већ би се ти политички утицаји померили са државног, на наддржавни (међународни) ниво оличен првенствено у деловању различитих невладиних организација које делују у области правосуђа.

Вратимо се запажању Екхофа да зависност од појединих утицаја подразумева независност од неких других утицаја. Имајући све ово у виду у духу континенталне, келзеновске традиције, боље је да судија остане веран

³⁵ Видети на пример: https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_training-120-en.do.

и зависан само од слова закона, које га штити од различитих спољних утицаја – политичких организација, владиних и невладиних, различитих моралних утицаја, различитих идеолошких оптерећења. Нека остане у што већој мери прости „примењивач” права (који ни тада није у потпуности лишен политичког утицаја, јер у крајњој линији спроводи политику законодавца), а што мање стваралац права. Исправна је теза Џерома Френка да је проблем судијског одлучивања на несвесном нивоу, где људски ум оптерећен претходним искуствима, различитим укореваним предубеђењима, главна опасност по независност судства.³⁶ Френков став се веома јасно може видети у једном његовом судском мишљењу: „Ако, међутим, ’предрасуде’ и ’пристрасност’ буду дефинисани тако да значе потпуно одсуство предубеђења у уму судије, онда нико никада није имао поштено суђење и нико никада неће. Људски ум, чак и у детињству, није празно парче папира. Рођени смо са предиспозицијама; а образовни процес, формални и неформални, ствара ставове код људи који утичу на њих приликом просуђивања, ставове који претходе расуђивању у појединачним случајевима и који су, због тога, по дефиницији, предрасуде. Без прихватања оваквог начина размишљања, предубеђења, живот не би могао даље. Свака навика ствара претходни суд, када би ти претходни судови које називамо навикама били одсутни и када би човек био у обавези да посматра сваки догађај као нешто што се први пут догађа и представља потпуно нов проблем, полудео би. Интересовања, тачке гледишта, склоности су суштина живљења. Само смрт ствара потпуно одсуство страсти и као таква представља крајњу равнодушност”.³⁷

Оптимистичан је Платонов Сократ када каже да је тешко, али зато заслужује велику похвалу, „ако човек има велику власт да чини неправду, па ипак води праведан живот”.³⁸ Јер човек ће често макар несвесно чинити неправду. Да је апсолутна правда достижна људима, и судство, и право би постали сувишни.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

- Аврамовић, Д., *Судије, њраво и њсихолоџија – оџлед о судијском одлучивању на њпрају Џерома Френка*, Службени гласник, Београд, 2021.
 Аврамовић, Д., Simović, D., Jugović, S., „Judicial Independence, Rule of Law, and the Case of Serbia”, *Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2013, 87–98.

³⁶ Видети више: J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction publishers, New Brunswick–London, 2009 (originally published 1930); Д. Аврамовић, *op. cit.*, *passim*.

³⁷ *In re Linahan*, 138 F.2d 650 (2d Cir. 1943), 651–652, доступно на: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/138/650/1481751/>.

³⁸ Платон, *Горџија* (прев. А. Вилхар), Култура, Београд, 1968, 526А.

- Burbank, S., „What Do We Mean by 'Judicial Independence'”, *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 1/2003, 323–339.
- Garoupa, N., Ginsburg, T., „Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 1/2009, 103–134.
- Денковић, Д., „Судска функција и политика”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 1969, 201–220.
- De Vergotini, Đ., *Uparedno ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Eckhoff, T., „Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 9, 1965, 11–48.
- In re* Linahan, 138 F.2d 650 (2d Cir. 1943), 651–652, доступно на: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/138/650/1481751/>.
- Јеринг, Р., *Циљ у управу* (прев. Б. Живојиновић), Службени лист СРЈ – ЦИД – Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Београд–Подгорица–Нови Сад, 1998.
- Jovićić, M., *Veliki ustavni sistemi*, Svetozar Marković, Beograd, 1984.
- Kaufman, I., „The Essence of Judicial Independence”, *Columbia Law Review*, vol. 80, 4/1980, 671–701.
- Кутлешкић, В., „Нема независног судства”, доступно на: <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>, приступљено: 3.4.2021.
- Landes, W., Posner, R., „The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective”, *Journal of Law & Economics*, vol. 18, 3/1975, 875–901.
- Милојевић, Д., „За силоватеље и напаснике казне морају бити оштрије”, *Блиц*, 1.1.2019, доступно на: <https://www.blic.rs/vesti/hronika/intervju-dragomir-milojevic-za-silovatelje-i-napasnike-kazne-moraju-biti-ostrije/egkkpkw>.
- Monteskje, Š., *O duhu zakona* (прев. А. Мимика), Filip Višnjić, Beograd, 1989.
- Орловић, С., „Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији”, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2010, 163–186.
- Перић, Ж., *О судској независности* (приступно предавање), Штампарија Д. Димитријевића, Београд, 1899.
- Perović, S., *Sudijska nezavisnost – prolegomena*, Udruženje правника Србије и Institut za uporedno pravo, Beograd, 1998.
- Платон, *Горџија* (прев. А. Вилхар), Култура, Београд, 1968.
- Rosenberg, G., „Judicial Independence and the Reality of Political Power”, *Review of Politics*, vol. 54, 3/1992, 369–398.
- Stevens, R., „A Loss of Innocence: Judicial Independence and the Separation of Powers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 3/1999, 365–402.
- Тасић, Ђ., „О јемствима судске независности”, *Споменица седме главне скупштинине Конгреса правника Краљевине Југославије*, Конгрес правника, Београд, 1935, 24–37.
- Farnsworth, A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Farnsworth, A., *Uvod u pravni sistem SAD* (прев. Ђ. Krstić), Savremena administracija, Beograd, 1963.
- Ferejohn, J., „Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 2–3/1999, 353–384.

- Fiss, O., „Perspective: The Limits of Judicial Independence”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1/1993, 57–76.
- Флајнер, Т., „Независност судства”, *Анали Правној факултету у Београду*, 4/2009, 93–120.
- Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Transaction publishers, New Brunswick (USA) and London (U.K.), 2009 (originally published 1930).
- Clark, T., *The Limits of Judicial Independence*, Cambridge University Press, New York, 2011.

Dragutin S. Avramović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs

Ilija D. Jovanov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs

The Myth of the Independent Judiciary

Abstract: *The authors insist that clear terminological and conceptual denotation of the independent judiciary is a necessary precondition in avoiding many misunderstandings. After analysis of different theoretical and practical solutions in performing the separation of powers, the authors claim that its pure form was never and nowhere possible to achieve. Therefore, one cannot speak about independent judiciary which is completely free from political influence, particularly not in terms of the process of judges' selection. Differently from institutional independence of judiciary (independence of the political branches), which is not possible to reach, the same notion – independence of judiciary, should primarily comprehend individual independence of judge within the decision-making process in particular, concrete cases. In other words, it denotes guarantees which serve to achieve independence in judging (such as permanent judicial tenure, limited removal conditions, salary insulation, etc.). The authors claim that notional and conceptual blurring by distinguishing different dimensions of the independent judiciary is a result of transforming of an important value of rule of law into a tool of ideological (mis)use. Judiciary is in any case institutionally dependent, and the only issue is whether it will be dependent on the state (its legitimate representatives) or on different non-governmental actors who try to interfere the very substance of the independent judiciary, namely independence in decision making by the judge. Therefore, a kind of terminological and conceptual stratification of the independent judiciary is performed by promoting a term which would be more adequate for the factual situation: it is “impartial judiciary” rather than a quite vague “independent judiciary”.*

Keywords: *Independent Judiciary; Separation of Powers; Selection of Judges; Rule of Law; Impartial Judiciary.*

Датум пријема рада: 20.09.2021.

Датум прихватања рада: 06.10.2021.