

*Др Аиџила Бадо, редовни професор
Универзитет у Сеједину
Правни факултет*

ИЗБОР СУДИЈА – НЕПРИСТРАСНОСТ И ПОЛИТИКА

– компаративна анализа –

Сажетак: *Унутар великих светских правних система изражи се решење за најбољи начин и метод одабира судија како би се њиме обезбедило усјешно деловање правосуђа. Метод избора судија черсио је повезан са захтевом за осигуравањем независности и нејристрасности судија. У овом раду покушавамо методом компаративне анализе исјражити ово питање, те предочавањем решења у енглеском, немачком, америчком и француском правосуђу приказати данас превладавајуће међународне трендове.*

У систему соттон law-а као и у правним системима држава које примењују континентално право на овом пољу могу да се зајазе значајне промене, а искуства тих држава свакако могу да послуже као пример и поси-социјалистичким државама. У пројектој деценији се нарочито промене у Енглеској могу смајрати радикалнима у односу на метод избор судија какав је постојао у ранијим вековима, али никако не смеју да се смејну с ума ни развојни процеси у друћим анализираним правним системима. Питање селекције судија вредно је посебно обазриво реулисати тамо где политичка култура не ставља ораничења да се у судске пресуде укључи било ко дрући, па чак и неки сиљни фактор.

Кључне речи: *независности и нејристрасности судија, одабир на основу заслуга, избор судија, механизам селекције, конкурсни испити*

У погледу најважнијег циља правосуђа постоји јасна сагласност у правним прописима и уопште у стручној литератури. Тај циљ није ништа друго, него доношење правоваљане и стручне пресуде од стране непристраног суда. Тема овога рада је питање повезаности избора и именовања судија те њихове независности и непристрасности.

Док у погледу циља не постоји разлика, она се очитује у путу који води до њега. Вреди стога истражити у чему се путеви који воде до судијског позива разликују унутар великих породица права које су у том смислу огледни примери. Пре започињања истраживања желимо да разјаснимо неколико основних појмова. Питање независности и непристрасности стручна литература и са овим проблемом повезана правна пракса посматрају као међусобно строго повезане теме. То није случајно, јер је наиме, један од најважнијих услова за доношење непристрасне, објективне судске пресуде тај да судија појединац или судско тело које суди буду независни од друге гране власти, организације, вишег суда, руководиоца судова и странака, у смислу да при доношењу мериторне одлуке наведени фактори ни директно, ни индиректно не буду у прилици да утичу на суд који пресуђује.

Правници се у вези тога обично користе флоскулом да судија може да буде подчињен само правним прописима или релевантним правним изворима. (Сваком је правнику теоретичару и практичару, наравно, позната евидентна чињеница да ово наивно схватање судијске независности обично покрива основне карактеристике функционисања правних система и да ово одређење није уопште нимало основано ни за правни систем *common law*-а, а ни за континентално право).

Између горе наведених могућности повреде независности у контексту наше теме пажњу заслужују случајеви који произлазе из испреплетености појединих грана власти. Може да се каже да кршење овог принципа путем судске одлуке данас разни правни системи предвиђају само у најупадљивијим случајевима.

У пракси Суда за људска права у Стразбуру, који повезује значајан део европских држава, могуће је да се у изузетним случајевима утврђује независност суђење те изричита повреда права на поштено суђење. Суд је, на пример установио овакву повреду онда када је један министар као представник извршне власти донео квази „судску” одлуку, којом је на штету подносиоца захтева променио одлуку надлежног органа.¹ Овакав очигледан пример повреде независности везивањем уз другу грану власти сматра се изузетком, као и случајеви када је Суд осудио систем војног судства Уједињеног Краљевства, односно турске судове за националну безбедност због њихове везаности за Владу.²

¹ European Court of Human Rights, 19 April 1994, Appl. No. 16034/90 (*Van de Hurk v. the Netherlands*)

² Види нпр. European Court of Human Rights, 6 February 2011, Appl. No. 31145/96, 35580/97 *Wilkinson and Allen v. The United Kingdom*; European Court of Human Rights, 8 July 1999, Appl. no. 23927/94, 24277/94 (*Sürek and Özdemir v. Turkey*)

Може да се каже да су веома ретки појавни облици институционализације могућности непосредног учинка „мешања” судске и извршне или законодавне власти. Након што је у Уједињеном Краљевству укинута видљива организациона повезаност законодавства и правосуђа која је била разлог многих критика, данас се у вези независности углавном јављају питања оних судија који су раније обављали радне задатке унутар неке друге гране власти што би могло узроковати повреду принципа независности и непристрасности. На готово необјашњиви начин, тек се повремено наводи као разлог приговора улога коју имају друге гране власти, или рецимо политичке партије у вези са именовањем или избором судија. (Исто тако је интересантна појава, иако се њом у овој студији директно не бавимо, да док неки правни системи изричито забрањују партијско чланство судија, докле у неким другим системима чланство у партији само по себи не производи повреду непристрасности судије). Ако би се међу процесним странкама и појавио приговор у вези с тиме, он би био скоро аутоматски одбијен.

Да ли би неки аустријски адвокат могао успешно да поднесе захтев за изузеће заснивајући га на томе да неког судију не сматра независним у случају који се тиче и интереса Владе, зато што је она посредно или непосредно била инволвирана приликом именовања судије, или би и касније на то могао да утиче онај представник извршне власти коме би исход случаја могао де проузрокује корист или штету? Наравно да не, и то најпре зато што би се то у поједином правном систему могло казати за сваког судију. Да ли би у Сједињеним Америчким Државама неки адвокат могао успешно да заснује свој захтев за изузеће судије због пристрасности у случају спора за накнаду штете покренутог против државе, зато што судију неке од савезних држава не сматра независним јер га је именовао гувернер? Јасно је да не би, као што очигледно да у вези Федералног суда поједине државе нико не би могао да користи аргумент да он није у стању независно и непристрасно пресудити неки случај, будући да је неспорна њихова политичка повезаност са влашћу, јер се наиме именују политичком одлуком. (У овом последњем случају још и мање стога што сем самога суда нико други не би могао да решава о оваквом поднеску за изузеће судије).

Међутим, што је вероватније? То да један судија именован гувернеровом политичком моћи у неком деликатном случају из захвалности, односно у циљу реизбора погодује Влади, или пак то да неки судија који је раније радио као тужилац буде пристрасан у оном случају којим се начелно могао бавити као судија, па тиме повређује принцип непристрасности? У овом потоњем случају је на пример Суд у Стразбуру осудио једну држа-

ву,³ док тешко можемо да нађемо пример да је неко успешно оспорио повезаност са Владом у погледу именовања судије.

Ми смо на становишту да би свакако било вредно озбиљније узети у обзир једну од најосетљивијих а уједно и најважнијих гаранција независности и непристрасности судија. Сматрамо да би у модерном друштву требало систем именовања судија посматрати као један од најважнијих елемената независности и непристрасности судија. Мислимо да никакав систем сигнатуре или искључивања судија односно етичка настава нису у стању бити противтежа онаквој пракси одабира и именовања код којег је јасан политички утицај или утицај актуелне Владе када лојалност кандидата има важну улогу при именовању судија. Ни у светлу већ постојећих резултата истраживања нисмо у стању показати емпиријске податке и неспорне доказе за поткрепљивање ове тврдње, као што то не може да се уради ни у другим питањима хуманистичких наука. Можемо да наведемо скандалозне случајеве који, међутим, тешко могу да замене егзактно доказивање. Могли бисмо се позвати и на здрав разум који је у свету *common law*-а основа за многе судске одлуке и који ослањући се на темељне људске осећаје даје убедљива објашњења као што су приврженост или захвалност. Надаље, можемо да се позовемо на све оне правне научнике и практичаре који као и ми, мисле да правосуђе у једном модерном, демократском друштву у политичком погледу треба да показује највећи степен неутралности са циљем да се у очима грађана избегне чак и претпоставка да би могло доћи до повреде принципа непристрасности. Вреди напоменути мишљење Michaela J. S. Morana по коме се у случају именовања судија треба провести једнако детаљно истраживање какво се проводи приликом опозивања судије.⁴ Заиста је несхватљиво колико су системи *common law*-а који иначе до екстремних граница отежавају опозивање судија, мало пажње посветили питању „уласка” судија у односу на друге гаранције непристрасности. Исто се, наравно, може рећи и за поједине континенталне правосудне системе.

У наставку ћемо путем одабраних релевантних међународних примера потражити одговор на питање које решење они нуде за именовање судија, какве су измене и допуне провели на подручју одабира судија, те ћемо на крају приказати закључке до којих смо дошли анализом искустава стечених у вези са различитим понуђеним решењима. Не желимо да понудимо свеобухватан и детаљан приказ процеса одабира и то са једне стране

³ Види нпр. European Court of Human Rights, 1 October 1984, Appl. No. 8692/79 (*Piersack v. Belgium*)

⁴ Michael J S. Moran: *Impartiality in Judicial Appointments: An Absent Concept?* Trinity College Law Review, 2007, 5., str. 5-20.

зато што је то већ учињено у више монографија⁵, а са друге стране зато што то суштински не би дало више информација за разумевање међународних трендова и општих дилема. Намерно не желимо да се бавимо ни свеобухватном анализом категорије „заслуга”, јер се и тим питањем бавило више аутора, који су са више аспеката посматрали широки круг проблема у вези са тиме. Ма колико било тешко описати овај појам његово значење постаје веома јасно ако га упоредимо са оним методима одабира код којих су идеолошка и партијска приврженост важни фактори. Након појединих очигледно пристрасних одлука из којих је видљив политички и идеолошки утицај, чини се типичним осећај да је систем одабира на основу заслуга неоспорно бољи него партијски систем, а иза њега стоји легитимна аргументација па чак и онда ако би услов за именовање био тај да у току само једне ноћи треба да се научи цели телефонски именик. Дакако, знамо да је ово питање знатно комплексније те да стварање једнога система који најмање компромитује и привид независности, може да се постигне само прописивањем ове материје до у најситнијих детаља, готово перфекционистички, тако да се у обзир узме и традиција те политичка и правна култура дотичне државе.

1. Прапостојбина *common law*-а

Прелаз у нови миленијум донео је скоро револуционарне промене на подручју енглеског правосуђа.⁶ Енглеска структура власти нудила је видљиву негацију организационе раздвојености међу гранама власти, у којој “Law Lord”-ови унутар законодавне власти на највишем нивоу имају важну улогу не само у доношењу закона, него и у њиховом тумачењу и у примени права. Овакво стање се на крају 20. века многим чинило поприлично застарелим узимајући у обзир грчевито настојање западних демократских друштава да се уклоне и задњи трагови оваквих типова повезаности.⁷

Но, традиционалисти су међутим, тешко одустали од по њима добро функционишућег и уравнотеженог система правосуђа, те су се заступници апологетског мишљења позивали на постојеће обичаје, правне навике и карактеристике политичке и правне културе, који су представљали препреку

⁵ На разумљив и прегледан начин приказује начине одабира дело: С. Guarnieri – Р. Perderzoli: *The Power of Judges*. Oxford University Press, New York, 2002. str. 235.

⁶ Закон о уставној реформи (Constitutional Reform Act), 2005.

⁷ R. Stevens: *The Judges, Their Role in the Changing Constitution*. Hart Publishing, Oxford, 2002., str. 169.; V. Bogdanor (ured.): *The British Constitution in the Twentieth Century*. British Academy, London, 2003., str. 816.; Diana Woodhouse: *The Office of Lord Chancellor: Time to Abandon the Judicial Role – The Rest will Follow*. Legal Studies, March, 2002., str. 128-146.

да премреженост грана власти доведе до дефекта у деловању правосуђа.⁸ Поменути аргументи се ни сада не чине неверодостојнима, јер све до данас може да буде школски пример политичке елеганције тај што Лорд канцелар (*Lord Chancellor*) као представник Владе који је уједно и члан горњег дома парламента и Апелационог правног одбора као највишег правосудног форума, никада није злоупотребио своја правна овлашћења приликом именовања судија. Зато је разумљиво да је превладало својеврсно прагматично схватање о деоби власти, које наглашава мишљење да иако писани устав може да пробије сваки модерни формални правни принцип, он због горе поменутих карактеристика ипак доводи до функционисања политичкога система као правне државе.

Функционише, како се то каже укратко. Речи лорда Irvinea добро поткрепљују ово схватање: „Ми смо једна прагматична нација, а не она која се ослања на теорије, па зато радимо оно што је заиста делотворо.”⁹ Последица тога је, по цитираним речима лорда та да се „британски, претежно неписани устав чврсто наслања на деобу грана власти.” Занимљивост наведеном тексту даје и то што је лорд Ајрвин (Irvine) који је сматран за главног ментора Тонија Блера (Tony Blair), ову изјаву дао у својству Лорда канцелара, док је његов претходник Лорд Мекеј (Lord MacKay) неколико година пре тога дошао до наизглед савим супротног закључка. „Наш устав се за разлику од на пример устава Сједињених Америчких Држава не заснива толико на начелу деобе власти на законодавну, извршну и правосудну, те на једнакости међу њима.“

Кејт Мелисон (Kate Malleon) правилно закључује да ове две тврдње представљају два различита приступа питању раздвајања грана власти, па је тако Лорд Ајрвин (Irvine) своје мишљење изнео на основу формалног, а Мекеј (MacKay) на основу прагматичког схватања.¹⁰

У сваком случају супротстављеност формалног и прагматичког аспекта пластично показује и резимира онај спор који се у Уједињеном Краљевству водио око питања правосуђа, а који је окончан укидањем организационе испреплетености организовањем једног Врховног суда те ограничавањем канцеларове раније улоге.

⁸ Herbert M. Kritzer, *Courts, Justice, and Politics in England*. In: Herbert Jacob – Erhard Blankenburg – Herbert M. Kritzer – Doris Marie Provine – Joseph Sanders: *Courts Law and Politics in Comparative Perspective*. Yale University Press, New Haven and London, 1996., стр. 81-176.

⁹ Кандидовање Одбору лорда канцелара 2. априла. In: Kate Malleon: *Modernizing the Constitution: Completing the Unfinished Business*. In: Guy Canivet – Mads Andenas – Duncan Fairgrieve (ured.): *Independence, Accountability and the Judiciary*. British Institute of International and Comparative Law, London, 2006, стр. 152.

¹⁰ Kate Malleon. op. cit. стр. 151.

Они који су се позивали на прагматичне аспекте превасходно су истичали да је у систему насталом кроз векове, у којем су “Law Lordovi” обављали и законодавну и правосудну функцију, а Лорд канцелар је сем тога вршећи важну улогу у Влади учествовао и у именовану судија, али то уопште није довело до повреде независности судија.

Ноторна је чињеница да су судије у Енглеској биле ван политичког утицаја, а код именовања судија превладавали су пре свега стручност и миљење баристера (barrister), па изузев неколико појединачних случајева, углавном није било скандалозних именованја. Поред тога може да се каже да Лордови који су чланови горњег дома парламента, а уједно и суде у врховном судском телу, захваљујући свом искуству у примени права на најделотворнији начин помажу рад законодавца.¹¹

Међутим, онима који наглашавају формалне аспекте постојали су много делотворнији аргументи за промене. Превасходно се могло позивати на промењену улогу правосуђа која прозилази из проширивања контроле управних решења и њиховог преиспитивања од стране судова, односно на Закон о људским правима који је ступио на снагу 1998. године и донет је ради усаглашавања, са Европском конвенцијом о људским правима. Обе промене историјског значаја довеле су до ограничавања других двеју грана власти иако је наведени законодавни акт настојао заштитити суверенитет парламента тако да судовима није дао право поништавања закона.

Овакав развој догађаја изазвао је радикалне промене јер је знатно појачао број случајева политичког карактера, па је тако постала све очигледнија противуречна улога Law Lord-ова. Порасла је, наиме, могућност да треба да се заузме став о неком правном случају који регулишу релевантни закони које су они већ вредновали као законодавци, или о онима којима могу да се повреде интереси Владе односно парламентарних странака. Све је то довело до оснивања самосталног Врховног суда и до значајне промене улоге Лорда канцелара, чију је најважнију законску базу чинио пакет уставних реформи из 2005. године, који је садржао следеће елементе:

- функционалне промене функције Лорда канцелара;
- устројавање Врховног суда Велике Британије и укидање функције апелационог суда Дома лордова;
- проширивање делокруга судског одбора Privy Councila, односно давање судијске функције председнику Councila.

Паралелно са тиме је и систем именовања судија прошао кроз процес постепеног преуређивања. Већ 1997. су отворене могућности да ранији уски круг баристера (адвоката баристера који носе титулу краљичиних са-

¹¹ Harry Woolf: *Judicial Review — The Tensions Between the Executive and the Judiciary*. In: LQR, 1998., str. 114., 579.

ветника) замени нови систем у којем је начелно свим правницима отворен простор именовања за судију, ако се кандидат оцени подобним да обавља ту функцију. Надаље, од тада се о именовању судија требају парламенту подносити годишњи извештаји. Значајан развој значило је устројавање сталне комисије за именовања судија (Commission for Judicial Appointments) 2001. године, која је добила овлашћење да врши сталну контролу именовања судија и да преиспитује појединачне жалбе у вези тога, а да при том нема озбиљније компетенције у вези са тим именовањима. Поред тога је важан корак напред била чињеница да са од 2005. године именовање за судију Виших судова може добити само путем конкурса.

Године 2006. почела је са радом Комисија за именовање судија (Judicial Appointments Commission) која има готово истоветан назив као горе наведена комисија. Она је практично од извршне власти преузела право кандидовања које претходи именовањима, а тиме је Влада пристала на значајно самоограничење. Ово тело је састављено од 15 чланова (од председника лаика и пет чланова лаика, затим од пет представника правосуђа, два члана који представљају остале гране правничке струке, те од једног судије и једног мировног судије) које именује краљица, а предлаже их канцелар тако да сходно законским захтевима кандидати не могу да заступају партијске интересе. Остваривање напред наведеног гарантује један независни чиновник, стручно оспособљен управо за именовање судија, чији задатак је да обезбеди јасан и прегледан, отворени систем кандидовања у којем једини критеријум може да буде само способност кандидата.

Комџетџенције Комисије и Лорда канцелара у вези џосџуџика кандидовања веома су јасно џроџисане. У случају да се исџразни сџолиџа некоџ судије Комисија одређује џоок џосџуџика кандидовања, а заџџим након завршетџка ове џроџедуре досџавља свој џредлоџ Лорду канцелару који кандидатџуру може да џрихџаџџи, одбије, или да ју враџџи назад Комисији на џоновоно размаџирање. Разлоџ за одбијање може да буде само џај да кандидатџ није сџособан за обављање џе функције, док у случају враћања кандидатџуре на џоновоно размаџирање Лорд канцелар мора да докаже да се у вези одабранаџ кандидџа не расџолаже са свим џоџџребним доказима о џеџовој џоодобносџи за именовање. Све џо џџреба џисмено да образложи. У случају одбијања кандидатџуре Комисија мора одабраџџи друџоџ кандидџа, док у случају враћања кандидатџуре на ново размаџирање, кандидатџ оџеџи може да буде исџџо лице. У следећој фази мођућносџи Лорда канцелара оџраничене су џреџходно џредузетџим радњама, јер ако је кандидатџуру џрвоџ кандидџа враџџио ради џоновоној размаџирања, онда сада може само да одбије кандидатџуру, а ако је џрвоџ кандидџа одбио, онда још има мођућносџ да враџџи кандидатџуру на ново размаџирање. У џрвом слу-

чају Комисија може да одабере новој кандидата или што не може да буде лице чија је кандидатура враћена ради њеној размишљања. Комисија у случају враћања кандидатуре ради њеној размишљања може да одабере истој кандидата, изузев онога који је одбијен у првом кругу. Након што Лорд канцелар треба да прихвати комисијину одлуку, он располаже само још са могућношћу да ипак изабере оно лице чију кандидатуру је на почетку процедуре вратио ради њеној размишљања. Затим, зависно од нивоа судијске функције, канцелар или краљица располажу овлашћењем за именовање, односно у извесним случајевима краљица именује кандидата на основу предлога председника Владе.

Судије Врховног суда бирају се на другачији начин,¹² што је нарочито интересантно ако узмемо у обзир да делатност овог органа све више подсећа на ону коју има Уставни суд. У случају европских Уставних судова и Федералног врховног суда била би незамислива једна од осталих грана власти стварно и препознатљиво независна комисија која суштински и практично врши именовање судија. Чланови Одбора за одабир су председник и заменик председника Врховног суда Уједињеног Краљевства, те по један члан Комисије за именовање судија из Енглеске и Велса (Wales), Шкотске односно Северне Ирске, од којих један треба да буде лаик.

Законодавац је овај сложени и Владин маневарски простор умногоме ограничавајући процес допунио устројавањем још једног, новог, од Владе и Комисије независног института Омбудсмана,¹³ који се превасходно бави преиспитивањем појединачних жалби у вези са кандидовањем и именовањем.

Дефиниција заслуге (merit)¹⁴ у Енглеској и Велсу разликује се од оне како ју схвата Комисија за именовање судија, која је једна независна неофицијелно функционишућа институција. Установио ју је министар правде 2005. године на основу члана 61-62. Закона о уставној реформи.¹⁵ Комисија за именовање судија према сопственим смерницама „на основу заслуга одабире кандидате за функцију судије у оквирима отвореног и фер такмичења са најшире скале из редова свих доступних кандидата.” За разлику од свога имена Комисија за именовање судија у ствари не именује судије, него само даје предлоге за именовање, а одговорна је за обављање трију задатака:

¹² Од 2007. године је овај поступак проширен и на Апелационе судове.

¹³ Judicial Appointments and Conduct Ombudsman.

¹⁴ Стручну спрему потребну за именовање, укључујући и елементе и дефиницију одабира на основу заслуга прописали су члан 25. Закона о уставној реформи из 2005. године, члан 10. Закона о Врховном суду из 1981. године, члан 16. Закона о судовима из 1971. године, односно члан 9. Закона о провинцијским судовима из 1984. године.

¹⁵ Закон о уставној реформи (Constitutional Reform Act) из 2005. године.

а. за одабир кандидата само и једино на основу заслуга;
б. за одабир кандидата искључиво из редова оних лица која располажу одговарајућим способностима односно карактеристикама;

в. код давања предлога за именовање треба подстицати разноликост.¹⁶

Члан 27. став 5. Закона у вези са заслугом даје следећу широку и до-некле двозначну одредбу: „Одабир се врши на основу заслуга”. Ова тврдња се понавља и тек у мањој мери допуњује одредбом другог поглавља: Одабир се искључиво врши на основу заслуге. Занимљиво је да закон не расветљава конкретне чињенице у вези принципа одабира према заслугама, па зато даља истраживања начела, дефиниција те релевантних концепција и модела регулисања треба да буду усмерена на смернице Комисије за именовање судија са посебним освртом на метод мерења “умешности и способности”. У Уједињеном Краљевству овај метод (односно његове варијанте које се примењују при попуњавању разних позиција судија) служи као нека врста општег теста, будући да је то једини конкретан начин за проверу способности кандидата на основу заслуга.¹⁷ Како смо већ раније споменули Комисија за именовање судија делује сасвим независно од извршне власти, а поред других циљева има и задатак да умањи број злоупотреба моје могу да наступе у процесу одабира, да повећа прегледност судова и одговорности судија (AWS одговор 2006)¹⁸ које ће на крају довести до повећања поверења у судове (Clarke 2009). Сходно начелима повезаним са транспарентношћу и отвореношћу Комисија за именовање судија даје увид у наведене методе вредновања јавности.¹⁹ Критеријуми могу да се сврстају у пет категорија: интелектуални капацитет, личне особине, способност фер разумевања и одлучивања, ауторитет те комуникацијске способности и ефикасност. Комисија за именовање судија користи различите верзије мерења зависно од позиције која жели да се попуни. На пример за ону позицију која захтева и умешности руковођења и управљања постоји као улазни услов још једна категорија, која мери ове ове способности.²⁰

Поред ових категорија је Kate Malleon (2006.), која је такође, провела темељну анализу о одабиру на основу заслуга, каже да „на основу сваког метода одабира увек постоји један кандидат који је најбољи, кога треба именовати без обзира на друге замисли”. Другим речима речено, дата је

¹⁶ Консултације Комисије за именовање судија 2011. године.

¹⁷ Види: Листа умешности и способности, Комисије за именовање судија.

¹⁸ Види: Национална архива: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100512160448/dca.gov.uk/consult/jacommission/judges.pdf>

¹⁹ Види: Национална архива: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100512160448/dca.gov.uk/consult/jacommission/judges.pdf>

²⁰ Смернице за одабир; Умешности и способности, Комисија за именовање судија: <http://jac.judiciary.gov.uk/application-process/112.htm>

могућност да се на свако место судије изабере најодговарајући кандидат. Истовремено да бисмо кренули према оваквом „идеалистичком” окружења потребно је развијати систем одабира у ономе правцу који ће поставити конкретне, релеванте, јасно формулисане критеријуме и који је способан тачно измерити стварне умешности. Кандидате треба поставити на сваку позицију на основу оцењивања чији резултати треба да покажу њихове стварне способности.

У својој студији је настојала да да општу дефиницију категорије заслуге односно концепције одабира на основу заслуга, те је посебно истраживала изазиве са којима се суочавају такви системи у светлу чињенице да је изгледно да су судови прихватили праксу позитивне дискриминације. Укратко говорећи, дошла је до закључка да је у суштини неспроводив један избор судија који се у целости заснива на заслугама, а који истовремено има и било какав вид позитивне дискриминације. Да би одабир на основу заслуга на одговарајући начин био остварив и у пракси потребно је да он буде суверен и потпуно објективан, док је пак срце и душа позитивне дискриминације томе управо противуречна и у целости је субјективног карактера.²¹

Наравно, поред регулативе која жели да се на институционални начин обезбеди једна оваква прецизна и независна одлука, може да се појави и могућност да Влада преферира кандидате који њој на неки начин боље одговарају те да у вези њих настоји остварити своје жеље. Међутим, ову бисмо могућност искључили, јер енглеску праксу именовања пре тога није усмеравала Влада, него је то у много већој мери било поверено вољи збора судија.²² Нови систем је критикован због демократског дефицита и то нарочито због именовања судија Врховног суда. Лејди Хол (Lady Hale) је забележила: Практично „падамо из једне крајности у другу” – другим речима говорећи заменили смо један систем одабира којим је очигледно повређен принцип троедобе власти за систем којим у целости владају судије.²³ Сличну озбиљну расправу је изазвала и чињеница што одабир на основу

²¹ Kate Malleon: *Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection*. Journal of Law and Society, March 2006., str. 126-140.

²² Atiyah Summers је у својој књизи о компарацији енглеског и америчког правосудног система издвојио политичку неутралност енглеских стручних судија наглашавајући да је традиционално најважнији услов за именовање на функцију судије био тај да кандидат својом стручном делатношћу добије признање од заједнице баристера и судија те да располаже способношћу да се успешно уклопи у њихову заједницу. Реформом се пак, управо та карактеристика праксе именовања судија збора није изменила у целости, јер члановима комисије и надаље смернице дају препоруке судија, које у великој мери могу да повећају шансе појединог кандидата. (Atiyah P. S.: *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens and Sons, London, 1987. str. 136.)

²³ Alan Paterson – Chris Paterson: *Guarding the Guardians*. Centre Forum, London, 2012. str. 31.

заслуга није у стању задовољити друштвену потребу да збор судија буде огледало целокупне друштвене структуре.

У вези са отаџбином common law-а можда ваља поменути да при изради закона о уставној реформи није требало трагати за далеким примерима. Наиме, Ирска је већ 1995. устројила Саветодавно тело за именовање судија које је након спровођења испитивања способности кандидата ограничила могућност извршне власти да се умеша у тај процес.²⁴ Комисија за именовање судија приликом оцењивања кандидата пријављених на конкурс њихове способности мери различитим средствима, при чему испуњавање тестова добија све већу улогу. То средство које је до сада било сасвим страно систему common law-а, а у државама које користе континентално право је последњих деценија веома раширено, настоји на основи принципа једнаких шанси обезбедити нове кадрове судству.

Енглески смер развоја процеса именовања судија може да послужи као пример спољном посматрачу, а поред тога потврђује заметну конвергенцију метода одабира судија. Истовремено треба да се нагласи да је енглески збор судија увек лако било могуће оптужити због елитизма и конзервативизма, док су насупрот томе сасвим неосноване и најблаже оптужбе о политичком утицају током одабира судија.

Ове последње оптужбе тичале су се превасходно Сједињених Америчких Држава, најутицајније државе са правним системом common law-а, те у извесној мери постоје све до данас. Истовремено не треба отићи до другог краја света да би се пронашао пример подесан за истраживање везе између политичких партија и именовања судија.

2. Политика и стручност код одабира немачких судија

Више од 20 000 стручних судија Савезне Републике Немачке је на основу устава рођеног после Другог светског рата уживало поштовање које припада функцији судије као и правни положај који је различит од положаја чиновника и службеника традиционалних јавних служби, а којим им је загарантована независност.

Чланови тела састављеног од судија експерата располажу уобичајено великом аутономијом на подручју обављања судијском посла, те према јавном мишљењу веома емотивно и бурно реагују на сваки покушај утицаја и мешања како споља тако и унутар суда.

У интересу очувања равнотеже између грана власти и ради обезбеђивања могућности међусобне контроле протеклих се деценија стабилизовао систем избора судија који је углавном у својим рукама задржала извршна

²⁴ Judicial Appointments Advisory Board. (JAAB).

власт, а који је у стању да на основи стручности кандидата више-мање без тежих одступања обезбеди именовање судија. Но, гарантовање политичке независности је једно друго питање.

Изостајући из европских токова у Немачкој све до данас није устројен централни савет за правосуђе, који би делимично или у целини у руке аутономног судијског тела ставио овлашћења министарства правде. Ова самоуправна тела додуше, имају озбиљну улогу при појединим судовима, где у зависности од покрајинске регулативе располажу бројним компетенцијама, али остају у оквирима спољне управе.

2.1 Избор савезних судија

Код избора савезних судија који чине готово 5 процената од свих судија у земљи политика има пренаглашену улогу због чега је често изложена критици, јер је комисија за одабир судија²⁵ састављена од надлежних покрајинских министара и од посланика из редова парламентарних партија делегираних пропорционално њиховом уделу у скупштини, па тако сем стручних аспеката при избору савезних судија улогу има и идеолошка преференција кандидата.²⁶

Будући да у Немачкој при именовању судија њихова ранија или моментална политичка улога није услов који искључује, те будући да чланство у партији чак ни једном именованом судији није забрањено, стога је сасвим евидентна оваква идентификација кандидата за функцију судије.

Уз изједначеност главних немачких партија, овај систем додуше не доводи до видљивих дефеката, али се ипак каткад, уз одређену констелацију снага питање именовања савезних судија може претворити у скандал. Тако је почетком 2000-их година, после именовања судије који је са више спона био повезан са партијом СПД, комисија након критика конзервативаца одлучила да спроведе самоограничење те је изрекнуто стављање политичких аспеката у други план. Наравно, сасвим је друго питање да ли је у пракси то довело до стварних промена, а упитани експерти нису се изјаснили да су наступиле суштинске промене. Занимљиво је да у тој комисији нема ни једног јединог судије, те да једно тело састављено од судија Савезног врховног суда има само овлашћење да изнесе своје претходно мишљење о кандидатима које међутим није обавезно за комисију.

²⁵ Richterwahlausschuss.

²⁶ J. Riedel: *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Germany*. In: Federico, GDi. *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, the Netherlands and Spain*. Editrice Lo Scarabeo, Bologna, 2005, str. 69-126.

Данас многи критикују ову ситуацију, чак је поднесен и захтев Уставном суду, али су до сада остала безуспешна настојања да се у комисију укључе и судије.²⁷ Поред тога је ово питање значајна тема стручних дискурса у оквирима захтева за свеобухватном реформом правосуђа која би укључивала и свеопште снажење улоге судија.²⁸

Чак и од критике политизације избора савезних судија је жешћим оптужбама изложено именоване савезних (и покрајинских) уставних судија, где је очигледна политичка или барем идеолошка припадност судија. О кандидовању уставних судија одлучују партије у својим штабовима, а о именовану једне половине судија одлучује „Bundestag”, а о другој половини „Bundesrat”. За избор уставних судија потребна је двотрећинска већина гласова, па је стога неопходан договор великих партија, што даје могућност за политичке игре.

2.2. Избор цокрајинских судија

На нивоу покрајине се именоване судија експерата обавља на различите начине. Будући да можемо говорити о решењима која у детаљима нуде изванредно променљиве могућности, зато вреди нагласити да се ради о систему избора судија који у односу на европске системе избора судија показује мало сличности, јер наиме, при доношењу суштинске одлуке о избору у великој већини случајева може наступити превага других грана власти. Од значења позиције, од самоограничења политичких органа који одлучују и од стручне етичности надлежних министарстава зависи у којој ће мери ова могућност у пракси потиснути стручне факторе.

Постоје покрајине у којима министарства доносе решења уз веће или мање укључиване судијских тела, а постоје и оне у којима – по узору на избор савезних судија - о именовану судија одлучују комисије већином састављене од политичара делегата политичких партија. Но, за разлику од савезних комисија, у овим телима место добијају и судије. Овј систем функционише у покрајинама Baden Württemberg, Berlin односно Brandenburg. У наведеним телима већину имају углавном делегати политичких партија. Baden Württemberg је једна од оних покрајина која одступа од овог решења, те се у њој комисија за избор судија састаје само у оном случају ако је лице које предложи министарство одбио „Praesidialrat” састављен од судија дотичног суда.

²⁷ T. Edinger: *Die Justiz muss eine Stimme bekommen*. Deutsche Richtzeitung, 2003, стр. 188.

²⁸ Види нпр. интервју уставног судије Renate Jaeger: Frankfurter Rundschau, 18. септембар 2003.

1. табела: Избор кандидата у појединим немачким покрајинама

Савезна покрајина	Изборни процес
Баден-Виртземберг (Baden-Württemberg)	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, а састоји се од оцене резултата завршног испита (који мери сва умећа и способности које је усвојио током двогодишњег стажа) односно од резултата интервјуа који је с њим обавио председник Персоналног одсека.
Баварска (Bayern)	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, а састоји се од оцене резултата завршног испита, односно од резултата интервјуа који је с њим обавио председник Персоналног одсека.
Берлин	Председник Персоналног одсека надлежног Апелационог суда спроводи темељне интервјуе. Суд о резултатима интервјуа шаље извештај Министарству правде, а оно га прослеђује Телу за избор судија.
Бранденбург	Председник Персоналног одсека надлежног Апелационог суда спроводи темељне интервјуе. Суд о резултатима интервјуа шаље извештај Министарству правде, а оно га прослеђује Телу за избор судија.
Бремен	Одлука се доноси на основу приложених докумената, резултата завршног испита те интервјуа са кандидатом. Улогу у одлучивању има и једно изборно тело.
Хамбург	Одлука се доноси на основу приложених докумената, резултата завршног испита те интервјуа са кандидатом. Улогу у одлучивању има и једно изборно тело.
Хесен (Hessen)	Одлука се доноси на основу приложених докумената, резултата завршног испита те интервјуа са кандидатом. Улогу у одлучивању има и једно изборно тело.
Мекленбург (Mecklenburg)-Западна Померанија	Одлука се доноси на основу приложених докумената, односно резултата завршног испита.
Доња Саска (Niedersachsen)	Одлука се доноси на основу приложених докумената, резултата завршног испита те детаљног интервјуа који са кандидатом обавља представник Министарства правде.
Северна Рајна-Вестфалија	<p>На свим апелационим судовима у Северној Рајни-Вестфалији делују комисије чији су чланови углавном председник суда и лице одговорно за спровођење принципа једнаких могућности. Сам поступак је, међутим, различит од суда до суда.</p> <p>Пријем у суд у Диселдорфу (Düsseldorf) се заснива на интервјуу, у симулацији појединих ситуација и групним договорима.</p> <p>У Келну (Köln) кандидати се морају представити једним говором, морају решити тест састављен од десет правних случајева, те морају учествовати на једном саслушању. У Хаму (Hamm) је систем профињенији и захтева цео један радни дан. Кандидати учествују на једној групној расправи где се њихов наступ писмено документује, односно учествују на једном саслушању, те морају да реше један тест. Чланови комисије појединачно оцењују учинак кандидата; резултате теста оцењује један судија и прослеђује их комисији, а она пак доноси одлуку на основу свега што је кандидат показао током целог дана.</p>

Савезна покрајина	Изборни процес
Порајње–Пфалз	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, као и оцене резултата завршног испита, односно од резултата интервјуа који су са кандидатом обавили председник надлежног апелационог суда и представник Министарства правде. Овај систем је делотворан, па нема потребе за посебним центрима за оцењивање.
Саарска област	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, као и оцене резултата завршног испита, односно од резултата интервјуа који су са кандидатом обавили државни секретар Министарства правде, начелник персоналног одсека и чланови персоналног савета.
Саксонија	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, као и оцене резултата завршног испита, односно од резултата детаљних интервјуа са кандидатом.
Саксонија-Анхалт	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, те од оцене резултата завршног испита.
Шлеска-Холштајн (Schleswig-Holstein)	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, те од оцене резултата завршног испита. У процесу одлучивања улогу има и једно изборно тело.
Тирингија	Одлука се доноси на основу докумената које је кандидат поднео, те од оцене резултата завршног испита (која изражава и практичне способности).

Тела за избор судија

У осам савезних држава-покрајина у поступку именовања улогу имају и изборна тела.²⁹ Њих изабире законодавно тело, понекад на основу кандидовања од стране стручних правничких органа. Органом руководи један министар, а у телу место могу да добију правни експерт, исто као и политичари.³⁰ Број њихових чланова варира од 11 до 15 лица. Тамо где постоје оваква тела, за именовање судија потребно је њихово одобрење.³¹

Следећа табела показује састав изборних колегијума.

Покрајина	Чланови
Баден- Виртемберг (Baden- Württemberg)	15 чланова, и то 6 чланова покрајинског парламента, 6 судија (стални чланови), 2 месно надлежна судије, 1 адвокат. Председник је министар (али без права гласа).
Берлин	12 чланова, и то 6 чланова покрајинске скупштине (Сената), 5 судија, 1 адвокат. Председник је министар.
Бранденбург	12 чланова, и то 8 чланова покрајинске скупштине (Сената), 2 судије, 1 месно надлежни судија, 1 адвокат. Председник је министар (без права гласа).

²⁹ Riedel, op. cit. str. 71.

³⁰ Исто. стр. 78.

³¹ Исто. стр. 78-79.

Покрајина	Чланови
Бремен	11 чланова , и то 5 чланова покрајинске скупштине, 3 министра (министар правде и два друга министра), 3 судије. Председник је министар надлежан за дотични суд.
Хамбург	15 чланова , и то 6 чланова покрајинске скупштине, 3 министра (министар правде и два друга министра), 3 судије, 2 адвоката. Председник је министар кога одреди покрајинска скупштина.
Хесен (Hessen)	13 чланова , и то 7 чланова које делегира покрајинска скупштина, 5 судија, председник Коморе. Председник је министар правде (али без права гласа).
Шлеска-Холштајн (Schleswig-Holstein)	12 чланова , и то 8 чланова покрајинске скупштине, 2 судије (стални чланови), 1 месно надлежни судија, 1 адвокат. Председник је министар правде (без права гласа). Када се ново именовање врши у суд за социјална или радноправна питања, онда у колегијуму место добијају додатна четири члана парламента, те по један представник послодаваца односно радника.
Тирингија – Суд у поступку именовања учествује само у случајевима напредовања или доживотног именовања.	12 чланова , и то 8 чланова покрајинске скупштине, 3 судије, председник Коморе. Председник је министар правде (без права гласа).

Неки упућују да се обрати пажња и на то да чак и ова тела само делимично успевају да ограниче компетенције представника извршне власти.³²

2.3. Партијски интереси насупрот стручним аспектима

У савезним покрајинама које примењују различите изборне прописе видљиво је да се у вези стручних критеријума код именовања свеже дипломираних људи прво на пробно време, а затим и на коначни мандат, поред улоге покрајинских министарстава постоји општа сагласност. Опште је познато да се од нових дипломата на пробном року успешно могу кандидовати само они са најбољим резултатима остваренима током студија. У пријемним поступцима којима управљају министарства централну улогу обично имају кандидациона тела састављена од судија. Она поред резултата остварених током студија вреднују и усмене учинке, што наравно оставља простор и за субјективне аспекте. Поверење у успех на факул-

³² Из уста једног руководиоца покрајинског суда се у вези спорне улоге министарстава могло чути на неком састанку да „смо ми толико навикли да у питањима управљања одлучује министарство, да нам се то чини природним. Сада када ме то питате, и ја сам се замислио да то можда није баш сасвим у реду.”

тету и у његово вредновање међутим овај систем пријема без испитивања способности кандидата, приказује пред спољним светом као објективан систем. Све то судијама обезбеђује ауторитет и унутур струке, исто као и то да се напредовање углавном дешава према стручним мерилима, а пре свега на прихваћености рада судија и признању од њихових колега. У случају виших судских форума се у појединачним случајевима у избору судија по принципу заслуга као фактор појављује и политичка воља, што се пластично очитује код именовања судија покрајинских уставних судова.

О процесу избора немачких судија може да се каже да док се код регрутовања судија почетника готово искључиво примењује стручни критеријум, дотле се код одабира кандидата за више судијске функције сем стручних аспеката спорадично, а на највишим нивоима се при одабиру судија све израженије очитује воља политичких партија. У случају избора руководиоца судова се - уз одређена одступања и специфичности појединих регија – такође јасно очитује улога политичких фактора.

У случају попуњавања оних судијских функција код којих коначну одлуку доноси законодавна власт то је неопходна последица која произлази из карактеристике скупштине као законодавца. Међутим, у случају Немачке не треба сметнути са ума да извршна власт, а преко ње и политичке партије имају посредан утицај на судску власт, што је последица управљања споља.

Мешање законодавца и министарства у сам изборни процес (и у друга питања управљања) теоретски остаје само појава која даје разлог за расправу све дотле док то не утиче на саму делатност судија у доношењу пресуда, те тако не повређује уставом заштићену независност судија. Врло снажни аргументи стоје иза става зашто је потребно да процес избора судија утврђују другим гранама власти припадајући колегијуми састављени од стране народа изабраних или делегираних посланика, односно министарства успостављена скупштинском вољом.

Постоје многа и различита мишљења о томе колики утицај имају друге гране власти на судије и доношење њихових пресуда.

Као је што је Thoma, један од заговорника управљања споља забележио 1951. године, мала је вероватност да би покушај мешања извршне власти постигао циљ.³³ Судија Hochschild је реагујући на то назначио да мала вероватност у стварности ипак значи једну могућност³⁴, што по њему друштвена наука може и да потврди.³⁵ У свом чланку је поставио бројна пита-

³³ BverfG. Jör. (n.F.) Thoma 6, 1957. str. 161.

³⁴ Udo Hochschild: *Von den Möglichkeiten der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung*. Zeitschrift für Rechtspolitik 2011. str. 65.

³⁵ Das Unwahrscheinliche ist nur ein Grenzfall des Möglichen, und wenn es einmal eintritt, das Unwahrscheinliche, so besteht keinerlei Grund zur Verwunderung, zur Erschütterung, zur Mystifikation.

ња те је приказао врло широк спектар могућности утицања, те је на веома јасан и практичним аспектима поткрепљен начин предочио суштину проблема, наиме да извршња власт поседовањем овлашћења за управљање може да утиче на деловање судија па тако и на судску одлуку, и зато само од личности онога који врши управљање односно од карактера судије зависи да ли ће се ова намера појавити и постићи свој циљ.

Наравно, има и оних који ову ситуацију виде много трагичнијом, те сем могућности утицаја, немачко правосуђе представљају као подручје јако заражено партијским патронатом, где делатност од стране партија именованих судија мотивише њихова захвалност. Интересантно је да су један главни тужилац и један адвокат 1992. године написали заједнички чланак о партијској и политичкој атмосфери у правосуђу, у коме су са изненађујућом искреношћу прилично тамном бојом осликали премреженост правосуђа и партијске политике. Аутори су упутили на то да се слично другим сферама и овде може препознати улога партија при попуњавању судијских места и руководећих места на судовима, те се примењује познато правило: што се ради о више позиционираном и што боље плаћеном месту судије или тужиоца, то је веће интересовање и ангажовање партија да утичу на именовање судије или тужиоца.

Све то се чини на „трошак” оних који нису чланови ниједне партије, а то је у Немачкој 97 процената становника. Велике партије које владају политичким животом у Немачкој располажу очигледном влашћу да о именовању судија Уставног суда одлучују на основу партијских преференција. При избору начелно неутрално независних судија највеће значење добијају партијске књижице. То према мишљењу двојице аутора у погледу избора, међу осталим значи и повреду уставом гарантоване забране дискриминације. Потребна двотрећинска већина за избор судија приморава велике партије на компромис што се у случају судија врховних судова остварује у мањој мери, јер у изборним комисијама не постоји нужност за постизањем споразума. Зато тамо једна или друга партија доживљава пораз када функцију судије добије кандидат који је на основи партијских преференција стекао подршку.

Аутори у погледу судијских функција на нижем нивоу уочавају значајне разлике, јер је по њима у појединим регијама, захваљујући јаким личностима које се баве управљањем правосуђа, донекле ограничен утицај партија. Међутим, постоје неке савезне покрајине у којима су четири петине председника судова и руководилаца тужилаштва чланови тада актуалне владајуће партије. Све то, по ауторима, има неоспоран утицај на функционисање правосуђа, као и на непристрасност тужилаца и судија. Постављају питање зашто се у питању злоупотребе буџетских сред-

става правосудна машина покреће увек у безначајним случајевима. Зашто се због проневере буџета (Haushaltsuntreue) на одговорност позива наставник који своје даље образовање у недостатку новаца финансира из средстава школског буџета намењених за друге циљеве, док истовремено чланови Владе и руководиоци партија због сличних или много тежих радњи остају некажњени. Ово питање и сами држе „песничким”. Предлажу да се заштита партија што пре протера из правосуђа, те сматрају да је једино решење хитна забрана њиховог утицаја уз прописивање кривичноправне одговорности.³⁶

Захтеви за реформама на подручју правосуђа

Увођење модела судијског самоуправљања тема је која се од 1950-их година повремено јавља, а данас је све чешћи захтев који сем организација судија и професора права повремено подржавају и политички кругови. Нарочито је на преласку у нови миленијум оснажен овај дискурс у стручној литератури, па је на основу истога формулисано настојање које вероватно најбоље изражава често цитирана мисао Peter Mackea, по коме правосуђе треба ослободити од вавилонског ропства извршне власти.³⁷ Разумљиво је да се управо са стране организација судија појавио захтев за самоуправом, што је на основу нацрта из 2007. године Савез судија Немачке 2009. године уобличио у један конкретан предлог реформе правосуђа на нивоу савезне државе-покрајине.³⁸ Нацртом се предвиђа да се управљање од стране министарства замени са једним системом у коме би изборна комисија (Justizwahlausschuss) састављена од делегата покрајинских скупштина, судија и тужилаца изабирала организацију за централно управљање судовима на нивоу савезне покрајине (Justizverwaltungsrat) састављену искључиво од судија и тужилаца, која би почев од одабира судија преко њиховог напредовања и дисциплинске одговорности одлучивала о свим персоналним (и другим управљачким) питањима.

Али аргументе који гласе поред самоуправљања обично потисну она мишљења по којима структуралне карактеристике представљају најмањи проблем немачког правосуђа, те га настоје багателизовати у склопу актуелнополитичких расправа. На један нацрт предлога за увођење самоуправе судија СПД је 2009. године у Хамбургу дао карактеристичан одговор, када је одбио предлог уз образложење да једна таква организациона

³⁶ Werner Schmidt-Hieber – Ekkehard Kiesswetter: *Parteigeist und politischer Geist in der Justiz*. NJW, 1992, str. 1790-1794.

³⁷ Peter Macke: *Die Dritte Gewalt als Beute der Exekutive*. Deutsche Richter Zeitung, 1999, str. 481.

³⁸ Diskussionentwurf für ein Landesgesetz der Selbstverwaltung der Justiz (18.03.2009.).

реформа не би придонела ни ефикасности судова, а не би служила ни интересима грађана, па је и сам предлог оценио „фантомским”.³⁹

Занимљиво је да је Немачка преузела пионирску улогу у неким подручјима заштите независности судија и спречавања утицаја на судије (на пример аутоматском сигнатуром), али са друге стране није институционализовала судијску аутономију што је у Европи а и у већини земаља у свету прихваћено. Све то може да се објасни снажним демократским политичким уређењем и правничком културом, која је слично енглеском правосудном систему, гаранција сама по себи да ће збор судија настојати функционисати искључиво држећи се закона, као и да ће министарско управљање бити способно на самоконтролу. Но, многи стручњаци у Немачкој тврде да је врло спорно колико је то у њиховој држави остварено.

Thomas Schulte у свом чланку своју отаџбину назива последњи гасиоцем лампаша, која је изостала из токова европске правосудне реформе, те и даље чува застарелу организациону структуру која судове и даље везује уз извршну власт.⁴⁰

Мислимо да ће пре или касније успети настојања за реформом немачког правосуђа која се мало-помало појављују, понекад као слабашни, други пут опет као маркантнији покушаји за оснаживањем независности правосуђа, са циљем да се путем својеврсног судског већа на покрајинском и савезном нивоу обезбеди заступање грана власти и равнотежа међу њима, као и управљање судовима те одабир судија лишен политичког утицаја.

3. Систем одабира судија у Сједињеним Америчким Државама

Овај концепт је супротан свим другим системима. Често чујемо да је савезни систем избора једна крајност, те да САД заиста показује много лица и на овом подручју. Једва да постоји неки изборни модел који не би био уочљив приликом избора кандидата за најважније функције савезних судова односно судова у савезним државама.⁴¹ У Сједињеним Америчким Државама се готово на јединствени начин преплићу судови и политика.⁴²

³⁹ [http://www.spd-hamburg.de/cms/2137/?tx_ttnews\[pS\]=1243807200&tx_ttnews\[pL\]=2591999&tx_ttnews\[arc\]=1&tx_ttnews\[tt_news\]=1372&tx_ttnews\[cat\]=36&cHash=19a7b8191e9b294df727b766fa5b98ca](http://www.spd-hamburg.de/cms/2137/?tx_ttnews[pS]=1243807200&tx_ttnews[pL]=2591999&tx_ttnews[arc]=1&tx_ttnews[tt_news]=1372&tx_ttnews[cat]=36&cHash=19a7b8191e9b294df727b766fa5b98ca)

⁴⁰ Thomas Schulte-Kellinghaus: *Die begrenzte Macht der Dritten Gewalt- Zur Notwendigkeit der Selbstverwaltung der Gerichte*. Zeitschrift für Rechtspolitik, 2008, str. 205.

⁴¹ C. Guarnieri – P. Pederzoli: *The Power of Judges . A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford University Press, Oxford, 2002. str. 32.

⁴² Види нпр. Herbert Jacob: *Courts and Politics in the United States*. In: Herbert Jacob – Erhard Blankenburg – Herbert M. Kritzer – Doris Marie Provine – Joseph Sanders op. cit. str. 16-81.

3.1. *Избор савезних судија*

Ова светска сила која и бројчано и номинално даје највише правника у суштини финансира само један мањи збор стручних судија који до именованања долазе на веома бројне и различите начине. На савезном нивоу можемо да говоримо о близу хиљаду судија именованих доживотно, те о готово 800 њих који су именовани на одређено време, док на нивоу савезних држава број професионалних судија не досеже ни број од тридесет хиљада. Бројни су разлози зашто је правосуђе способно да функционише са тако релативно малобројним судијским апаратом. Међу њима се обично и типично спомиње учествовање судија поротника, дакле лаика, као и проширени систем нагодбе оптуженог са тужилаштвом. Судије у том врло значајном правном систему могу да уживају гаранције личне независности у зависности од тога код којег суда су стекли функцију, на ком нивоу је позициониран суд, те да да ли је то савезни суд или суд поједине савезне државе. Као најпознатији доказ независности судија и данас се најчешће истиче чињеница да се судије савезних судова именују доживотно, а тиме се гарантује да именовани судија не мора размишљати о последицама његових пресуда како у погледу политике, тако и у вези са његовом даљом каријером. (То је наравно, изузев судија Савезног врховног суда истина, само уз ограничење да напредовање судија и надаље оставља теоретске могућности да они ради напредовања своје одлуке ипак доносе према жељама политичара). Именованање на доживотни мандат, као што смо напоменули, постоји само у случају извесног круга савезних судија, што значи на свега неколико процената од целе судијске „касте”.⁴³

Уставом је прописан систем одабира судија у којем именованања врши председник државе уз одобрење Сената, а који у пракси доводи до изузетно исполитизованог процеса. Статистички подаци јасно поткрепљују да су судије „партијски обојени”. За време појединих председничких циклуса се испражњена места савезних судија готово искључиво попуњавају из редова чланова или барем симпатизера партије којој припада председник. Иако је уочљиво постепено снажење стручних аспеката именованања⁴⁴, ипак се напред наведено не може замаглити.

То наравно може да потакне свакога да закључи како су на овакав начин именовани судије у ствари партијски функционари, чак и онда када би име-

⁴³ Судије US District Court, US Court of International Trade, US Court of Appeals Circuit Courts i Supreme Court of the United States уживају гаранције доживотног именованања, док се сви остали судије савезних судова обично именују на мандат од 15 година уз могућност реизбора. (US Court of Federal Claims, US Bankruptcy Courts, US Tax Courts)

⁴⁴ Од 1950-их година и специјална комисија Америчког бар савеза (American Bar Association) испитује способност и умешност кандидата.

новање на доживотни мандат настојало бити противтежа управо томе и то тако да се за продужење мандата не мора тражити пристанак политичких партија. Оданост наике, није нужно заснована на заслугама, него је пре свега идеолошка, што лако може да доведе до повољнијих пресуда за владајућу партију чак и мимо аспеката који се тичу каријере.⁴⁵ Они случајеви када поједини председници изражавају своје разочарање због одлука оних судија које су они именовали, не могу да сакрију чињеницу да постоје осетљиве разлике између пресуда судија именованих од стране председника републиканца односно демократа. Carp и Rowland су провели детаљно истраживање дужег временског периода те су предочили да су демократе донели већи број пресуда либералног карактера, него њихове колеге републиканци.⁴⁶

Као што смо раније назначили, у случају савезних судија именованих на доживотни мандат не сме да се заборави ни питање да ли жеља за напредовањем утиче на пресуде? Ово питање је ту актуалније, јер пракса одабира судија иде према смеру постепенога повећавања улоге стручних аспеката што резултује тиме да на савезним судовима вишег нивоа све чешће бивају именовани они који су много година судили на савезним судовима нижег нивоа. То може јаче да мотивише судије на то да своје одлуке донесу тако да оне буду пријемчиве политичарима. Било је савезних судија који су назначили да младе савезне судије тачно знају да њихове пресуде приликом једне касније кандидатуре могу да буду изложене испитивању и са политичког аспекта, али наравно, не постоји егзактни доказ да овај аспект утиче на одлуке појединих судија. Истраживања која су анализирали одлуке савезних судија у погледу овог аспекта такође не могу понудити резултате који би искључивали сваку сумњу.⁴⁷ Али би било тешко искључити да се овакви случајеви не могу десити у пракси одабира која на овако очигледан начин вреднује аспекте партијске политике.

3.2. Систем одабира судија савезних држава

Иако су у почетку Сједињених Америчких Држава и судије савезних држава уживали предности доживотног именовања, ипак је у релативно

⁴⁵ Jeffrey A. Segal – Albert D. Cover: *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. American Political Science Review, 1989. str. 557.; Theodore W. Ruger – Pauline T. Kim – Andrew D. Martin – Kevin M. Quinn: *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*. Columbia Law Review, 2004. str. 1150.

⁴⁶ R. Carp – R. Stidham: *Judicial Process in America*. CQ Press, Washington, D.C., 1998. str. 408.

⁴⁷ Gregory C. Sisk – Michael Heise – Andrew P. Morris: *Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning*. New York University Law Review, 1998. str. 1377.

кратком року њихов мандат постао мандат на одређено време захваљујући општем ставу да се осећај одговорности судија и њихово разумевање народног осећаја праведности боље може обезбедити именовањем на један краћи и обновљиви период.⁴⁸ Исто тако је жеља да се оснажи осећај одговорности судија довела до тога да се на нивоу савезних држава поред именовања од стране гувернера или скупштине, у праксу уведе и избор судија од стране народа.⁴⁹ Захваљујући томе, једном „туристи” навикнутом на систем судијске каријере у римско-германској породици права, право изненађење представља када се у неком америчком граду суоче са активистима који шетају у мајицама украшенима сликама кандидата за судије.

3.2.1. Изборни систем

Данас постоји више верзија изборног система који је раширен у 19. веку, а који изазива живу расправу међу правницима и политичарима о томе одговара ли модерним захтевима за непристрасношћу такав систем који функционише по узору на избор посланика и у којему озбиљну улогу добијају интересне групе које кандидују судије. Иако се на први поглед чини очигледним да судија који је мандат стекао на огледу организованом према примеру посланичких избора не може да буде сасвим независан од партије која га је кандидовала, односно од лица која су финансирала његову кампању, ипак многи заговорници овог система сматрају да је то најдемократичнији систем, али и онај који је у стању најбоље гарантовати независност судија, односно на најодговарајући начин обезбедити њихов одабир. Треба додати да апологетичка стручна литература у својој аргументацији овог изборног система обично не полази од тврдње да је то најбоље постојеће решење, него истиче његове предности у односу на друге методе који се примењују у Сједињеним Америчким Државама, а од којих се сваки суочава са проблемима у вези са независношћу судија.⁵⁰ И сама историја избора судија је почела тиме да су у односу на судије именоване од стране Владе сматрале независнијима оне судије које је народ непосредно изабрао. Ова замисао је постала популарна у време Џексоновог председавања, па су савезне државе, једна за другом замениле ранији изборни систем, што је имало за последицу чињеницу да данас више од деведесет одсто су-

⁴⁸ Glenn R. Winters: *Selection of Judges. A Historical Introduction*. Texas Law Review, 1965. str. 1081-1085.

⁴⁹ Craig F. Emmert – Henry R. Glick: *The Selection of State Supreme Court Justices*. American Politics Quarterly, 1988, 16. str. 445-465.

Henry R. Glick – Craig F. Emmert: *Selection Systems and Judicial Characteristics: The Recruitment of State Supreme Court Judges*. Judicature, 1987, 70. str. 228-235.

⁵⁰ Види нпр. Kelly Shackelford – Justin Butterfield: *The Light of Accountability: Why Partisan Elections are the Best Method of Judicial Selection*. In: The Advocate, Texas, 2010. str. 73.

дија у савезним државама треба да прође кроз неки облик изборне процедуре.⁵¹ Почетне расправе у вези са новим изборним системом водиле су се углавном о томе у коликој ће мери судије изабране на тај начин задовољити прохтеве бирача макар и на штету права. У коликој ће мери успети остварити вољу народа у односу на правнодогматичке аспекте и тако ојачати појаву у правној теорији коришћене „оријентације на последице”. Данас се доказало да опасност не прети преваходно од тога, јер избор већине судија не прати скоро никакво интересовање. Много већом опасношћу у вези са независношћу судија се чини чињеница да судије на очигледан начин уживају подршку појединих партија, адвоката и других интересних група.

Изборне системе судија у савезним државама можемо да разликујемо по томе да ли се оне сматрају партијским (*partisan*), или не-партијским (*non-partisan*), у зависности од тога да ли је поред имена кандидата наведено у име које партије жели да добије функцију судије. Данас претежу оне савезне државе (13) у којима је прихваћен не-партијски модел, али то не значи да у државама (10) у којима се примењује партијски модел при кандидовању судија и у њиховој изборној кампањи не учествују партије или друге интересне групе.

Активно учествовање партија у процесу избора судија чини се, полазећи од традиције континенталних модела, веома необичним, али америчком ставу то нимало није странно. Ако народ на основу партијске припадности може да изабере законодавно тело, зашто онда на сличан начин не би могао да изабере и судије који примењују законе? Ако их пак бира, онда би било сувишно лицемерје да се из тог процеса искључе партије које изражавају мишљења и интересе друштва. Наиме, ниједан систем не може да обезбеди савршени модел избора идеолошки потпуно неутралних актера, па је стога још увек боље уколико буде видљива партијска припадност судија, него да они под кринком наводне неутралности суде пристрасно. Иако се овај аргумент чини рационалним, ипак се у пракси у медијима може прочитати о испреплетености судија не само у вези са идеолошким истомишљеницима, него и са онима који су финансирани њихову изборну кампању.

Последњих деценија се стално повећава износ новца уложеног у изборне кампање судија, а што постаје забрињавајуће.⁵² Јасно је да ни партије, ни адвокати, а ни коморе не би улагали све веће своте новаца у кампање за избор судија, ако у позадини тога не би постојала нека очекивања од кандидата, сем ако те интересне групе нису пуне Самарићана. Да је то логична претпоставка не потврђује само здрав разум, него и судске пресуде.

⁵¹ Џорџија (Georgia) је била прва савезна држава у којој је 1812. године уведен изборни систем.

⁵² Bert Brandenburg: *Big Money and Impartial Justice: Can they Live Together?* Arizona Law Review, 2010. 52. str. 207-217.

Најзначајнија таква пресуда која је у жижку пажње ставила систем избора судија постала је скандалозна пресуда настала у случају *Saperton v. A.T. Massey Coal Co.* у којем је на Врховном суду рођен револуционарни прецедент у вези са изузећем судија. У процесу који је почео 1998. године спориле су се две рударске фирме, а порота је тужиоцу досудила 50 милиона долара на име накнаде штете. Међутим у жалбеном поступку пред апелационим судом је директор фирме губитника спора преко невладине организације коју је основао дао три милиона долара за кандидатуру једног судије кандидата за избор у Врховни суд. Након што је овај кандидат изабран, он је упркос захтеву за његовим изузећем, учествовао у петеро-чланом судском већу те је својим гласом допринео да овај суд пресуди у корист тужене фирме. Овај дуготрајни случај који је на површину изнео и друге видове испреплетености, на концу је доспео пред Савезни врховни суд где је већина судија гласала за то да у оваквом случају постоји вероватност пристрасности, па се зато судија сматра инкомпатибилним. Раније је Врховни суд у питањима пристрасности само у два случаја установио повреду одредаба одговарајућег процеса (*due process*) регулисаног чланом 14. амандмана на Устав. Један од тих случајева је онај када је лични финансијски интерес судије зависан од исхода случаја, а други је онај који се тиче кривичних спорова о одређеним типовима кривичних радњи.

Аргументација за то је полазила од става да иако свако финансирање кампање не значи и пресумпцију пристрасности, ипак се овде радило о специјалном случају будући да је свота која је дата за кандидатуру судије чије се изузеће тражило, значајна у односу на свеукупан износ којим је располагао у кампањи, па је тиме у одлучујућој мери утицала на изборну победу наведеног судије.⁵³

Специфични амерички приступ питању изузећа још боље осветљавају издвојена мишљења формулисана у овом случају, која су критиковала пресудом уведени нови стандард, јер се њиме слаби поверење у непристрасност правосудја, јер је он веома замагљен те може да доведе до серије уставних жалби у вези са изабраним судијама, а тиме се судови непотребно оптерећују.⁵⁴

⁵³ „Not every campaign contribution by a litigant or attorney creates a probability of bias that requires a judge's recusal, but this is an exceptional case. We conclude that there is a serious risk of actual bias—based on objective and reasonable perceptions—when a person with a personal stake in a particular case had a significant and disproportionate influence in placing the judge on the case by raising funds or directing the judge's election campaign when the case was pending or imminent." „The inquiry...centers on the contribution's relative size in comparison to the total amount of money contributed to the campaign, the total amount spent in the election, and the apparent effect such contribution had on the outcome of the election.”

⁵⁴ Издвојена мишљења главних судија Robertsa и Scalie.

Као што смо већ назначили, методолошки је веома тешко егзактно доказати да ли модел избора судије подршком политичке партије и других значајних друштвених интересних група, или пак систем именовања судија од стране извршне власти на основу њихове политичке припадности, односно модел одабира на основу заслуга у којему се минимализују политички аспекти резултују да функцију судије попуне непристрасни појединци те да правосуђе буде независно и непристрасно, иако можда на темељу здравог разума није тешко заузети став о овом проблему.

Упркос томе помоћ у проналажењу одговора на ово питање могу да понуде бројне студије у којима су с тог аспекта истраживали судску праксу, те су покушали приказати у коликој су мери донели различите пресуде судије који су на функцију доспели на основу различитих начина избора односно именовања.

Истраживање Michaela S. Kanga и Joanne M. Shepherd даје веома интересантне и поучне закључке. Њих двоје је у светлу чињенице да стално расту износи уложени у финансирање кампање, међу осталим покушало одговорити на питање какве се разлике могу уочити у пресудама судија који су изабрани у партијском, односно не-партијском систему.⁵⁵ По њиховом закључку је сигнификантно, а и резултат њиховог истраживања потврђује недостатак емпиријског основа судске праксе формулисан у горе наведеном случају (*Caperton v. Massay*). Разматрали су праксу 50 савезних држава у којима су током четири године (1995.-1998.) анализирали 28000 пресуда донешених од стране 470 професионалних судија са циљем да утврде како су у конкретним случајевима гласали судије који су изабрани према различитим моделима. Истраживање које се темељило на неуобичајено велику базу података оспорава резултате ранијих истраживања према којима је у не-партијским изборним кампањама приказано веће улагање финансијских средстава. Наиме, партије много више интересују оне изборне кампање где су приликом кандидовања судија и оне саме изложене провери популарности, па зато и приликом избора кандидата, као и при обезбеђивању средстава односно убеђивању пословних групација улажу већу енергију радо остваривања свога циља. Тврде да ће степен активности партије уложен током кампање у већој мери утицати на касније судијине пресуде које погодују овим пословним групацијама чак и од величине новчаног износа уложеног у кампању. Установили су и да ће неки судија који се такмичио у изборима према партијском моделу, касније са 12-одстотном већом вероватношћу пресудити у корист интереса пословних група него

⁵⁵ Michael S. Kang –Joanna M. Shepherd: *The Partisan Price of Justice: An Empirical Analysis of Campaign Contributions and Judicial Decisions.* New York University Law Review, 2011. str. 70-130.

ли неки његов колега који је изабран према било којем другом моделу. Аутори су истраживали и то да ли могућност реизбора судија утиче на пресуде које доносе. Анализа података показала је да се судије које више нису изложене реизбору у мањој мери базиру на интересе пословних група.

Гласање о потврђивању избора

„Умеренија” верзија избора судија је тзв. гласање о потврђивању избора (retention election), када грађани-бирачи одлучују о неком судији тако да он нема противкандидата.⁵⁶ Овај је метод уведен у Калифорнији 1934. године, а данас се примењује ради потврђивања легитимитета судија преваходно у оним савезним државама у којима судије мандат добијају на основу именована од стране гувернера. У једној од савезних држава се примењује и да би се потврдио и продужио мандат судије изабраног на традиционални начин. Будући да данас највећем броју именована судија од стране гувернера заснованог на принципу „заслуге” претходи селекција од стране стручног гремија, па стога може да се каже да је гласање о потврђивању у суштини нека врста народног пристања и прихватања гувернерове одлуке засноване на стручној селекцији.

Гласање о потврђивању би у пракси најбоље могло показати у коликој се мери обраћа јавна пажња на пресуде судија, јер наине, грађани не бирају ко им је симпатичнији између два или више кандидата, него испољавају мишљење о једном лицу које је већ у мандату и то одлучивањем за или против. Код овог облика избора се најбоље могу потврдити они страхови који се тичу пада нивоа суђења због притиска друштва на судије.⁵⁷ Међутим, чини се да се у великој већини случајева гласање о потврђивању судије не досеже до прага стрпљивости грађана, те се ипак упркос тенденцији повећања, овакав избор у суштини говорећи релативно ретко претвара у медијативан догађај који покреће друштвене групе.

При опозиву судија типично коришћени аргумент је тај да својим слабим пресудама помажу криминалитет што ох чини неспособнима за обављање функције судије. У Калифорнији су бирачи 1986. године тројицу судија уз политичку подршку „казнили” због тога што су у више случајева гласали против примене смртне казне.

Исто тако је дошло до успешног „рушења судија” поткрај 2000-их година у савезној држави Iowa у којој су тројица судија Врховног суда изгу-

⁵⁶ Alaska, Arizona, California, Colorado, Florida, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maryland, Missouri, Nebraska, New Mexico, Oklahoma, Pennsylvania, South Dakota, Tennessee, Utah, Wyoming.

⁵⁷ Larry T. Aspin – William K. Hall: *Retention Elections and Judicial Behavior*. Judicature, 1994. str. 306-312.

били мандат на гласању о потврђивању будући да су својим тумачењем устава допринели легитимизацији истополних бракова. За њихово рушење је, дакако требала и веома снажна кампања Републиканске партије.

Понекад се на видљив начин очитује разлика у процени судија од стране струке у односу на ону коју дају грађани. Judy Draper, судија из St. Louisa добила је 2006. године прилично поразно стручно мишљење од својих колега правника, јер ју је само њих 27,5 посто сматрало способном за судијску функцију. Међутим, на потврдном је гласању од грађана добила потребну већину гласова.

Гласање о потврђивању многи сматрају сврховитим те га држе одговарајућом алтернативом у односу на партијске или не-партијске изборе, будући да селекцију судија ослобађа од њеног снажног политичког карактера и негативне кампање која се готово неизбежно јавља код друга два модела, јер се при одлучивању о једном кандидату она ретко јавља. Исто тако се помиње да лабављење партијскополитичких аспеката прати стављање стручних аспеката у први план, које може довести до настанка стручнијег збора судија.⁵⁸

На следећој табели дајемо приказ изборне праксе у јужним савезним државама.⁵⁹

Савезна држава	Начин избора	Почетни рок именованја (година)	Трајање функције (године) након потврђивања (retention)
Alabama	Партијски избори	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6
Arkansas	Не-партијски избори	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8
Florida	Именовање на основу заслуга уз помоћ комисије за кандидовање	Врховни суд: 1 Апелациони судови: 1	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6
Georgia	Не-партијски избори	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6
Kentucky	Не-партијски избори	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8
Louisiana	Партијски избори	Врховни суд: 10 Апелациони судови: 10	Врховни суд: 10 Апелациони судови: 10

⁵⁸ Види нпр. American Judicature Society, Merit selection: The Best Way to Choose the Best Judges. www.ajs.org/js/ms_descrip.pdf. Види надаље: Aman McLeod: *If at First You Don't Succeed: A Critical Evaluation of Judicial Selection Reform Efforts*. 107 W. VA. L. REV., 2005. str. 499.

⁵⁹ Todd Edwards: *Judicial Election in Southern States*. In: Regional Resource, The Council of State Governments. Atlanta, 2004. str. 4.

Савезна држава	Начин избора	Почетни рок именованња (година)	Трајање функције (године) након потврђиванња (retention)
Maryland	Именованње на основу заслуга уз помоћ комисије за кандидовање	Апелациони судови: Годину дана након именованња до првих општих избора	Врховни суд: 10 Апелациони судови: 10
Mississippi	Не-партијски избори	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8
Missouri	Именованње на основу заслуга уз помоћ комисије за кандидовање	Врховни суд: 1 Апелациони судови: 1	Врховни суд: 12 Апелациони судови: 12
Северна Каролина	Не-партијски избори	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8	Врховни суд: 8 Апелациони судови: 8
Oklahoma	Именованње на основу заслуга уз помоћ комисије за кандидовање	Врховни суд: 1 Апелациони судови: 1	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6
Јужна Каролина	Избори од стране законодавног тела, без учествовања комисије за кандидовање	Врховни суд: 10 Апелациони судови: 6	Врховни суд: 10 Апелациони судови: 6
Tennessee	Именованње на основу заслуга уз помоћ комисије за кандидовање	Врховни суд и апелациони судови: до најближих општих избора који се одржавају сваке две године 6	Врховни суд: 9 Апелациони судови: 9
Texas	Партијски избори	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6	Врховни суд: 6 Апелациони судови: 6
Virginia	Избори од стране законодавног тела, без учествовања комисије за кандидовање	Врховни суд: 12 Апелациони судови: 8	Врховни суд: 12 Апелациони судови: 8
Западна Вирџинија (Virginia)	Партијски избор	Врховни суд: 12 Не постоји ниједан други апелациони суд	Врховни суд: 12

3.2.2. Систем одабира на основу заслуга. „Missourски план”

Ако истражимо историју избора судија у савезним државама видећемо да се јасно могу раздвојити три периода. Почетну праксу именованња од стране гувернера, у многим је савезним државама заменио систем непосредног избора судија будући да су са аспекта независности судија оценили проблематичним именованње од стране представника извршне власти.

Овај систем је такође имао веома озбиљан табор критичара, због тога што је и он, већ по самој својој природи исполитизован (додуше на други начин) те захтева све већа финансијска улагања у кампању. Критичари су систему директног избора замерали потискивање стручних аспеката у други план те снижавање престижа збора судија.⁶⁰

Roscoe Pound и Albert Kales су основали Америчко правосудно друштво које је припремање реформе правосуђа истакнуло за свој изричити циљ. Albert Kales је редовно критиковао систем избора судија зато што се на изборима због учествовања политичких партија одлучује само о томе коју политичку формацију подржава бирач. Према његовом мишљењу систем не-партијских избора уопште не решава овај проблем, јер је и овде веома моћан утицај партијских руководилаца које он назива политократама, а са друге стране бирачи имају само ограничено сазнање о стручним способностима кандидата. Зато је предложио да један гремиј састављен од стручњака састави листу кандидата за функцију судије, а затим да председник Врховног суда савезне државе између кандидата са те листе изабере судију. Ову аргументацију је 1920. године прихватило Америчко правосудно друштво, а 1937. године га је усвојило и Америчко друштво правника.⁶¹ На концу је 1940. године прво у савезној држави Missouri усвојен систем избора судија путем укључивања тела састављеног од лаика и правника, а који је за циљ истакао учвршћивање елемената одабира по заслугама. Суштина оригиналног Kalesovог предлога промењена је утолико што уместо председника Врховног суда коначну одлуку доноси гувернер.

Тешко је не приметити сличности између метода одабира судија на основу заслуга прихваћеног у појединим савезним државама и система избора судија од стране Правосудних већа који постоји у многим државама са континенталним правним системом. Оба ова тела настоје да одабир судија у што већој мери буде ослобођен од политичког утицаја у циљу раздвајања грана власти и обезбеђивања да збор судија што мање буде завистан од партија, чак и по цену да ојачају корпоративни елементи.⁶² Овај

⁶⁰ Можемо поменути чувену изреку Роско Паунда: "...putting courts into politics...almost destroyed the traditional respect for the bench" (укључивање судова у политику... готово је сасвим срушило традиционални респект према збору судија). Roscoe Pound: *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Journal of American Judicial Studies, 1937. str. 178-186.

⁶¹ American Bar Association.

⁶² Види нпр.: Brian Fitzpatrick: *On the Merits of Merit Selection*. The advocate, Texas, Winter, 2010.

Rachel Paine Caufield: *What Makes Merit Selection Different?* Roger Williams U.L. Rev., Fall, 2010. str. 765.

Steven Zeidman: *To Elect or Not to Elect: Case Study of Judicial Selection in New York City 1977-2002*. Michigan Journal of Law, 2004. str. 791-810.

аспект је често присутан и данас када се напада одабир на основу заслуга. Типични противаргумент да се одлуке о одабиру кандидата доносе у затвореним собама тешко могу да сметну с ума чињеницу да ниједан од горе наведених поступака одабира у Сједињеним Америчким Државама није ослобођен од одлучивања у затвореним собама и то од стране неколико лица, а те одлуке умногоме утичу на коначни исход целог поступка.⁶³

Питање је може ли се створити решење које је у стању да на минимум сведе утицај политичких елемената односно опасности од корпоративних карактеристика?

4. Покушај стварања објективног система заснованог на заслугама. Француски пример

Европски континентални правни системи су у погледу правосуђа у протеклом веку били међу осталим заокупљени и тиме да постепено ослабе везе између законодавне, извршне и судске власти, са циљем да се створи независно и непристрано правосуђе. Најважнијом институционалном гаранцијом овог настојања постала су правосудна већа са већином судија у свом саставу, која данас постоје у највећем броју држава. Та већа су или делом или у целости на себе преузела задатке управљања правосуђем. Међу тим задацима у вези наше теме посебно значење има начин избора судија, које је суштинско питање и у континенталним правним системима који у већини имају судске системе засноване на каријерним судијама. Није наиме свеједно према којим се параметрима одвија регрутација судија (или у француском случају магистрата у којему се налазе и судије и тужиоци). Такође, није неважно ни то колику власт имају судска већа у различитим државама континенталног правног система.

У том погледу је ваљда најдаље отишла Шпанија у којој је све одлуке почев од именовања судија па све до позивања на дисциплинску одговорност доносило Правосудно веће састављено искључиво од судија које из својих редова бирају судије, а у чије функционисање друга грана власти није имала никаквог утицаја. До корекције овог система који у себи крије опасност од корпоративизма дошло је 1985. године када је право избора чланова Већа одузето из руку збора судија. Од тада Представнички дом кандидује будуће судије тропетинском већином гласова, а именовање судија је краљевом влашћење.⁶⁴ То је обновило везе између Већа и парламента, али на тај начин да је прописивањем потребне квалификоване већине гласова на нај-

⁶³ Laura Denvir Stith – Jeremy Root: *The Missouri Nonpartisan Court Plan: The Least Political Method of Selecting High Quality Judges*. *Montana Law Review*, 2009. стр. 711.

⁶⁴ V. Moreno-Catena – J. Pintos-Ager – H. Soletto-Munoz: *Espagne/Spain* In: Fabri et al. (ured.), стр. 207.

мању меру сведена могућност да законодавно тело политички утиче на судство. Сем тога је 2001. године у оквиру тзв. Правосудног пакта (*Pacto de la Justicia*) измењен начин кандидовања судија тако да је појачана улога стручних организација судија у састављању листе кандидата.⁶⁵

И Француска је веома рано донела своје Правосудно веће које је сада већ централна институција једног у многим сегментима специфичног правосудног система, иако је извршна власт још увек сачувала одређена овлашћења на пољу управљања судовима.⁶⁶

Незадовољство судовима испољено последњих година довело је до промена и у француском систему правосуђа. Као што је реформу белгијског судства изазвао скандал у вези са једним конкретним кривичним предметом (случај *Dutroux ügy*),⁶⁷ тако је и француску реформу покренуо скоро идентичан и белгијском случају чак и по имену сличан кривични поступак, само што је овај имао другачији исход што је навело политичаре да дирну у постојећи систем. У белгијском примеру је због грешке правосуђа један убица педофил могао дуго времена да дејствује, док је у случају *Outreau* почетком 21. века француско правосуђе осудило више невиних лица због педофилије, од којих је једно починило самоубиство у затвору што је нарушило углед судства.

Последица тога била је реформа која је почела 2005. године и трајала је до конца деценије. Она је донела више промена, међу којима је једна од најзначајнијих била она која се односила на Врховно правосудно веће код којег је евидентно да се настојала створити равнотежа између жеље за обезбеђивањем независности и страха од корпоративизма. Већ и ранији случајеви корупције међу судијама су упозоравали на правосудне дефекте који су према критичарима делом последице судијског самоуправљања који је као систем заказао.⁶⁸

После реформе је престала до тада постојећа и много критикована ситуација да је председник Републике као шеф извршне власти управљао Већем, а који сем тога према уставу гарантује и штити судску власт (у вези са тиме постала је чувена изрека професора *Carcassonnea* да је то исто као да се декларише да вук гарантује безбедност овцама). Ни министар правде

⁶⁵ Attila Badó: *Az igazságszolgáltató hatalom alkotmányos helyzetének és egyes alapelveinek összehasonlító vizsgálata*. In: Tóth Judit – Legény Krisztián. (szerk.) *Összehasonlító alkotmányjog*, Complex, Budapest, 2006. str. 163-210.

⁶⁶ Doris Marie Provine: *Courts in the Political Process in France*. In: Herbert Jacob – Erhard Blankenburg – Herbert M. Kritzer – Doris Marie Provine – Joseph Sanders op. cit. str. 177-249.

⁶⁷ R. Depré – J. Plessers: *Belgique* In: Fabri et al (ured.), str. 135-159.

⁶⁸ На подстицај великог скандала у вези са судијама *Alègreom* и *Voirainom* је већ раније уведен строжи етички кодекс у погледу судија грађанског одсека, а поред тога су у образовању судија етичка питања добила наглашенију улогу.

није више члан Већа, али сем дисциплинских поступака, у свим другим расправама може да буде присутан. Али је поред ових промена којима је оснажена независност⁶⁹ промена структуре Већа довела до укидања судске већине упркос томе што је према оригиналном предлогу комисије која је испитивала случај *Outreau* у Већу требао бити заступљен једнак број судија и спољних чланова. Реформом је Веће ојачано повећањем броја спољних чланова који не припадају ни законодавној, ни извршној, ни судској власти (нпр. професора права), али које кандидују важни политички фактори (председник Републике, председник Сената, председник Скупштине). Овај процес који се углавном везује уз име председника Саркозија очигледно се рефлектује на критику функционисања правосудних већа изнесу од стране стручњака у стручној литератури, а њиме се уз политичку апстиненцију жели осигурати јача контрола над судском влашћу.

Иако још није протекло довољно времена да би се могло формулисати аргументовано мишљење о учинцима промена, ипак се може казати да је на нивоу регулативе позитиван корак напред тај да је пронађено боље решење за обезбеђивање независности правосуђа и спољну контролу судске организације. Можемо то рећи упркос томе што је укидањем судске већине у Већу наизглед ослабљена организациона независност судова, а што је у извесном смислу противуречно препорукама у вези судија садржанима у Европској Карти. Међутим, мислимо да начин одабира спољних чланова Већа даје гаранцију за његов политички уравнотежени састав.

Уз то је и општи начин попуњавања збора судија и њиховог напредовања, дао у последњим деценијама огледан пример појединим европским државама. Стварна улога Већа је и даље првенствено ограничена на именовање судија који се налазе на врху судијске хијерархије. Вредно је поменути и да критике због штетне и судијску непристрасност кршеће праксе именовања, а понекад и утицаја на конкретне случајеве од стране извршне власти и пре реформе нису упућене на рачун судија који пресуђују (*magistrat du siege*).⁷⁰ Пре свега су многи приговарали због неприхватљивог начина именовања тужилаца (*magistrat du parquet*), а међу њима нарочито оних на врху хијерархије, код којих мишљење Правосудног већа, за разлику од положаја судија, ни надаље не веже руке извршној власти, иако је реформом проширена улога Правосудног већа и у вези са попуњавањем функције тужиоца. (Слична критика може да се изнесе и на именовање управних судија који чине посебну категорију, јер у њиховом случају посебно Врховно правосудно веће има само саветодавну улогу).

⁶⁹ Од тада Већем руководи председник Касационог суда.

⁷⁰ А. Martin: *Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges*. Revue du droit public, mai-juin, 1997, 3. str. 741-78.

Развојни процес горе наведеног Врховног правосудног већа пре свега смо приказали зато да се види како се и у континенталном правном систему заснованом на каријерним судијама готово континуирано дешавају покушаји корекције у управљању правосуђем понајвише у тешко ускладљивом обручу потребе за ефикасношћу, независношћу и друштвене контроле.⁷¹ Природно је да ови покушаји корекције посредно или непосредно могу да утичу на праксу одабира судија.

Међутим, стање у Француској у погледу наше теме није интересно само због реформи, него много више због једног наизглед техничког решења којег су у попуњавању збора судија почели примењивати много година уочи реформе, већ 1950-их година, а што изазива посебну пажњу у погледу повезаности функције судије и политике.

За француску државну управу и за готово сваку институцију која се финансира из државних средстава карактеристично је да се приликом запошљавања пријављени кандидати стављају пред испите способности уз уважавање принципа једнаких могућности. У много европских земаља би на пример било незамисливо да се један универзитетски наставник који има иза себе већ стручну каријеру мора да би добио место професора полагати писмене и усмене испите готово као почетник, те се при томе такмичи са другим кандидатима. Међутим, у Француској је толико развијен систем разних испита (*concours*), да би био прави изузетак када се за попуњавање неког места не би тражило спровођење ове процедуре.

Ови конкурсни испити су данас све распрострањенији унутар каријерног судског система. У Француској као зачетнику овог модела, већ од 1958. године делује академија за образовање судија-тужилаца магистрата, која путем конкурсних испита, уз помоћ система пријемних испита заснованог на заслугама, који се труди бити објективан, обезбеђује допуњавање значајног дела збора редовних судија.⁷² Његова посебност је у томе да се суштински део селекције не дешава након стицања дипломе, него у јединој француској установи за школовање судија која делује у Бордоу (*Bordeaux*). Између кандидата, пријављених често преко прописаног лимита, се уз помоћ једног прецизно израђеног писменог и усменог испита састављеног од питања из опште културе и стручних правних задатака бирају они дипломирани правници за које се процени да су способни обављати посао у магистрату. Резултат постојеће праксе пријемних испита код којих се велик нагласак ставља на објективност, је тај да се овим обликом селекције

⁷¹ J. Gicquel: *J. L'évolution du Conseil supérieur de la magistrature* In: Renoux T.S. (ured.), str. 201-208.

⁷² D. M. Provine: *Courts in the political Process in France*. In: H. Jacob – E. Blankenburg – H. M. Kritzer (ured.): *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, 1996. str. 177-248.

може на минимум свести утицај капитала или политике, па се тако обезбеђује добар увид у стручну оспособљеност и способности кандидата. (У пријемној комисији са промењивим саставом чланства место добија високо позициониран судија Касационог суда, један члан Државног савета, један универзитетски професор права, четири магистрата, један адвокат, један психолог, један стручњак за регрутацију, те још један спољни члан, као и стручњак за предмет из којег се полаже испит). Путем тестова испитивања способности, решавања појединих правних случајева, испитивања познавања струке или проверавањем познавања језика жели се међу испитаницима искључити оне који не располажу знањем и способностима потребним за обављање функције судије или тужиоца. Наравно, учинак кандидата се не мери само код пријема у установу, него се на основу остварених резултата током обучавања објављује ранг-листа која одређује ко ће се где запослити према понуђеним радним местима.

У школу за образовање магистрата могу да се пријаве и други, а не само свеже дипломирана лица. У зависности од година живота и образовне структуре пријављених постоје три врсте пријемних испита,⁷³ а један мањи део из квоте кандидата који могу да се приме бива примљен и без полагања овог испита.⁷⁴ До овог последњег међутим, може да дође само онда ако кандидат располаже са одговарајућим стручним правничким резултатима.⁷⁵ О пријему одлучује „Комисија за напредовање” збора судија која решава о свим напредовањима судија и тужилаца са изузетком највиших судијских и тужилачких функција (што је овлашћење Врховног правосудног савета). Од 20 чланова овог тела Министарство правде даје само два представника (који су иначе, већ према своме положају и сами магистрати), а даљих 18 чланова представља различите нивое правосуђа на основу своје функције или исказаног им поверења од стране њихових колега магистрата на основу избора. Али искључивање политике из процеса регрутације не осигурава се само путем минималног министарског представништа. Међу изабраним члановима су у великом броју заступљени представници најважнијих интересних савеза судија (моментално 70 про-

⁷³ Први тип испита може да се покуша до 31. године живота, а могућност полагања тога испита веже се уз прописане дипломе које се стичу након матурског испита. Други испит кандидати могу да полагају ако су барем четири године радили у јавној служби до навршене 48. године живота. Трећа врста испита може да се полаже до 40. године живота ако је кандидат најмање осам година обављао стручне послове у приватном сектору или је обављао неку локалну изборну функцију, био судија-лаик.

⁷⁴ Члан 1.-18. Закона о организацији суда.

⁷⁵ У случају дипломираног правника старијег од 31 године који докаже да је четири године радио у струци, или има докторат права, односно има и неку другу диплому, или ако је након стицања звања дипломираног правника био барем три године запослен као наставник-истраживач.

цената), који доследно заговарају неполитичко деловање и свесно пазе на то да се код пријема кандидата вреднују искључиво стручни аспекти.

Ово значајно (иако у односу на Врховни правосудни савез много мање познато) тело сем пријема у школу магистрата може да одлучује и о непосредном пријему у ред магистрата. Ова могућност обезбеђују прелаз међу струкама, односно то да и старији, искуснији адвокати, правници запослени у јавној управи, односно професори права добију прилику да се такмиче за функцију судије или тужиоца. Исто тако је ово начин да се на ограничени период попуни поједино место судије лаика или положај магистрата.⁷⁶

5. Закључак

Roger Perrot у свом делу о систему правосуђа истиче да ако се велико значење придаје правној техници онда је сврховито да се избор судија обавља путем конкурсних испита. Уколико тражимо судије који располажу озбиљном стручном праксом у решавању правних проблема, онда требамо бирати између оних кандидата који имају правничко искуство и на неком другом подручју права. Ако пак мислимо да је важнија могућност позивања на одговорност, него стручно правничко знање, онда требамо обезбедити могућност да народ бира судије.⁷⁷ Питање је само од кога очекујемо решење, будући да о овоме супротна мишљења заступају правници практичари којих се ово питање непосредно тиче, односно партијских политичара заступљених у законодавном телу и извршној власти те стручњака аналитичара који без личног интереса формулишу свој став, који дакако није у свему истоветан.

Наизглед се у великим светским правним системима и даље тражи прави пут, те није смањен број замисли о избору судија, односно техничких решења у вези са конкретним одвијањем процеса одабира. Но, ипак, ако у дешавањима у протеклих пола stoleћа требамо тражити неке тенденције, онда можемо да изведемо прилично неоспорне закључке. Уочљиво је да се и у оквирима *common law*-а, као и римско-германске правне породице учвршћују елементи одабира према заслугама, те да су поједине државе желеле у овој или оној форми оснажити непристрасност у процени стручности, упућености и способности за обављање функције судије. Наравно, друштвено-политичко уређење одређеног друштва, његово поимање демократије, правна култура или култура утицаја капитала усмеравају и омеђују правац развоја, али као што смо видели из напред наведених примера извесна конвергенција може да се уочи на овоме подручју без обзира на различите правне породице.

⁷⁶ Члан 22.-23. Закона о организацији суда.

⁷⁷ R. Perrot: *Institutions judiciaires*. Montchrestien, Domat Droit privé, 2008. str. 536.

Код разумевања покретача овог процеса – независно од карактеристика појединих правних система – не може да се сметне с ума ни ширење оног глобалног уставноправног схватања које од средине 20. века на све шири начин тумачи појам независности судија и права на поштено суђење.

Протекле деценије су нарочито у континенталним правним системима протекле у знаку стварања независно организованог судства, што је довело до тога да је управљање судовима у већој или мањој мери одузето из руке других грана власти те је судијама поверено међу осталима питање нових судијских кадрова, напредовање судија односно позивање судија на дисциплинску одговорност. То је, међутим, данас појачало критике због опасности од корпоративизма које упозоравају на дисфункцију једне самоконтролишуће организације која није подложна друштвеној контроли.⁷⁸ У последње време су на овај изазов Французи настојали пронаћи одговор одлучујући се за један умерени модел који поштује независност судске организације. Доказали су да не треба одбацити позитивна искуства протеклих деценија и развој који је допринео јачању независности судија, само зато што је ефикасност правосуђа и његова способност да проведе самоконтролу изложена или оправданој или популистичкој критици.

Од држава са правним системом *common law*-а је и Уједињено Краљевство закорачило на нови пут са циљем да избор судија буде ослобођен од евентуалног утицаја Владе или партијске политике. У њиховом случају промене нису изазване због напада против исполитизованог збора судија, него много више због одбране од могуће теоретске критике и прихватања европских стандарда.

Сведоци смо озбиљног покрета у Сједињеним Америчким Државама где је код селекције судија уочљиво порасла улога стручних аспеката. Међутим, правосуђе је и даље остало простор партијскополитичке борбе због праксе која је коренито различита од европске, те идеологије која не жели дати привид неутралности, односно теорије којом се жели легитимисати непосредни избор судија.

На крају наше анализе понављамо аргументацију да правосуђе 21. века пре свега легитимише то ако је друштво дубоко убеђено да на доношење одлука судова не утиче њихов однос према политичким партијама, Влади, лоббијима, руководиоцима судова и бирачима, него да одлучују искључиво према свом стручном правном знању и осећају за правду. До постизања овог циља моментално не води други пут него ли израда најобјективнијег могућег механизма селекције и регрутације судија на основу заслуга, који иако није савршен ипак успева да на минимум сведе негативне импULSE који долазе изван и унутар саме организације. Наравно, само онда, ако у овом правцу делују и друга средства којима се жели заштитити независност судија.

⁷⁸ Види најпрегледнију књигу о овом питању: Canivet – Andenas–Fairgrieve, *op. cit.* str. 492.

*Attila Badó, Ph.D., Full Professor
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences*

The Selection of Judges and Judicial Independence

Abstract: *This article discusses global trends in the selection of judges, and provides an analysis of judicial independence and impartiality, concerning the various means of achieving these interwoven goals and how these means are implemented by different legal families. Independence and impartiality are undoubtedly considered both critical and fundamental elements, as well as an indispensable part of a fair trial, in all justice systems. Having direct relevance to both impartiality and independence, is the question of how a judicial post may be taken in various countries, with different legal systems. The procedures of the appointment and selection of judges, and in the case of the United States, the process of judicial election, are also introduced in a comparative approach. The means of Common Law legal systems are contrasted with methods employed in continental legal systems toward achieving independence and impartiality, along with a wide array of examples to demonstrate the advantages and shortcomings of each.*

In terms of selection procedures, recent reform in the UK denotes an apparent convergence of common law and civil law, and a tendency toward the adoption of a merit-based method of selection.

A brief historical overview introduces how these procedures have evolved, as well as the political factors that have influenced or even driven change in the selection procedures utilized in England, the United States, Germany and France. And finally, the analysis also compares the influence partisanship may have and may have had on the independence and impartiality of the judiciary branch, judicial decision-making, and on justice systems as a whole.

Key words: *judicial independence and impartiality, merit-based method of selection, judicial election, mechanism of selection.*

