

Др Јасминка Хасанбеговић*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1878013H

UDK: 340.131:342.4(497.11)
Рад примљен: 01.05.2018.
Рад прихваћен: 14.05.2018.

КА УСТАВНИМ АМАНДМАНИМА О ПРАВОСУЂУ: КА НЕЗАВИСНОМ ПРАВОСУЂУ У СРБИЈИ, ИЛИ ПАК У СУПРОТНОМ СМЕРУ

Апстракт: Ауторка се бави критичком анализом Радног текста Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије, и то само из угла три уставна принципа: принципа легитимитета, принципа *checks and balances* и принципа владавине права тј. правне државе. То стога што су се у тзв. јавној расправи током 2017. године, дакле, и пре појаве Радног текста Амандмана, представници Министарства највише позивали на те принципе као аргументе у прилог решењима која ће се појавити у Радном тексту. Циљ овог разматрања јесте да покаже да ли су и, ако јесу, зашто су и на који начин су поменути три принципа релевантни или ирелевантни за ваљано правосуђе те да се на основу те анализе дође до закључка о вредности уставних решења која у свом Радном тексту заговара Министарство правде.

Кључне речи: Радни текст уставних амандмана о правосуђу Министарства правде, Правосуђе Србије, Легитимитет, *Checks and balances*, Владавина права, тј. правна држава.

Током више од четврт века транзиције Србије ка модерној демократији (или током више од двадесет и пет година, што је много времена не само за сваког појединца у било којој држави већ је респектабилно и са становишта социјалне историје, јер обухвата целу једну генерацију, то јест смену генерација) спроведено је у Србији превише не само правних него и правосудних реформи у којима се понављало исто искуство. Наиме, мислили смо: *то се ипак неће десити*. И сваки пут се десило, и то се десило у

* hasanbegovic.j@gmail.com

још горем виду него што смо мислили.¹ С тим сазнањем треба приступити и расправи о овом *Радном тексту уставних амандмана о правосуђу*, који је сачинило Министарство правде.² Дакле, не можемо више да мислимо да се то неће десити, јер, уз претходно искуство, има и других озбиљних показатеља да ће промене у нашем правосуђу бити промене нагоре. Који су то показатељи?

У политичком смислу, после реформе правосуђа и реформе те реформе (2008–2012) коју су спровеле, пре свих, Демократска странка и Демократска странка Србије, као и многе друге тада владајуће странке, када је после тога, после парламентарних избора 2012. године успостављен нови политички режим, чији су носиоци и дан-дањи Српска напредна странка, Социјалистичка партија Србије и остале владајуће странке, сведоци смо да се тај нови политички режим уопште није одредио према оној такозваној реформи правосуђа која је довела скоро до уништења правосуђа у нашој земљи, нити је био спреман да правним средствима реагује и позове на одговорност – пре свега кривичноправну одговорност – оне који су наше правосуђе једном реформом, па онда такозваном реформом реформе, не реформисали нити реорганизовали, већ прилично уништили. Реч је, пре свега, о кривичноправној одговорности за несавестан рад у служби а евентуално и за друга кривична дела чланова ондашњег Високог савета судства, почев од председнице тог савета. Питање њене кривичноправне одговорности јесте формалноправно покренуто, али није макло даље од почетка. Могло би се чак рећи да су, штавише, и многи други чланови ВСС-а

1 О томе више вид. Хасанбеговић, 2016: 105–145, а за раумевање ширег друштвеног оквира транзиције вид. такође и остале ту публиковане прилоге. Затим вид. Хасанбеговић, 2014а: 99–121, као и прилоге других аутора који су ту објављени. За раумевање најширег оквира и разлога тих збивања вид. Хасанбеговић, 2014б: 8–31.

2 *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)* идентичан је у два електронска издања, од којих друго садржи и *Уводне напомене*, а доступан је од 22. јануара 2018. на електронској страници Владе Р. Србије.

Због значаја и актуелности документа под називом *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)*, који се појавио тек на крају такозване јавне расправе вођене током 2017. године о уставним променама у правосуђу Србије, чиме је изазван нови, још већи талас расправа о новом уставном уређењу нашег правосуђа, овај рад је ауторкин прилог за 2017. годину у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ уместо првобитно најављеног рада на тему *Ка новом уставу – Зашто судска пракса не сме бити формални извор права у Србији*, који ће бити објављен као прилог за 2018. годину.

веома добро награђени за своје правосудно-штеточинско деловање под именом реформе.³

Према томе, и нови политички режим СНС–СПС, конституисан после избора 2012. године, наставио је с политиком неодговорности и некажњивости, као и с тим да се састав правосуђа занавља на неприхватљив начин, са становишта струке.⁴ Штавише, не само што није било политичке воље да се правним средствима позову на одговорност они који су уништавали правосуђе него се стиче утисак да се овим уставним амандманима наставља и сада у том – за правосуђе и даље разарајућем – правцу. Опет дакле, они који немају знања – чак ни елементарног знања – имају пак јаку политичку вољу да уреде и „дисциплинују“ а, у ствари, себи још више подреде правосуђе, па да тако, непросветитељски и ауторитарно, утичу и на могућност остваривања једног од основних људских права – права на природног, или праведног, што ће рећи стручног и независног судију, као и на ставове и знање обичних људи и на њихову правну културу о томе шта је добро уређена држава и шта је независно судство као један од основних стубова владавине права или правне државе.

Због тога ће овде бити речи само о оном основном што се односи на *три принципа* које су представници Министарства правде најчешће помињали у такозваној јавној расправи, позивајући се управо на грађане, на народ, на сувереност грађана, односно народа, легитимитет власти и слично, да би оправдали решења садржана у *Радном тексту Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије*, тексту који су сами сачинили. И будући да су се у тим приликама упорно понављали сасвим неприхватљиви ставови, да су се као аксиоми или постулати уређења правосуђа узимали потпуно нетачни ставови, овде треба подсетити на одавно познате научне ставове и упозорити на оно што се спрема ако се уопште више може спречити то што је оваквим уставним амандманима о правосуђу припремљено.

Реч је о следећа три принципа:

– Први је принцип легитимитета;

3 Томе су током последњих десетак година посвећени многи радови Драгане Бољевић. Овде је довољно упутити на један њен рад с почетка реформе судства у Србији и један када се учинило да је тај процес завршен: Бољевић, 2009: 20–23, као и Бољевић, 2014: 135–159, посебно 135, 137–138, 152 и даље.

4 За разумевање међународнополитичке критике постојећих решења довољно је упутити на *Националну стратегију реформе правосуђа за период 2013–2018. године*. За критику пак постојећих решења коју је у нас изрекла струка и наука, уместо многих овде поменутих и непоменутих списа, обухватно о томе вид. Бољевић, 2016: 1–132, посебно 1–28 *et passim*, као и литературу коју је она ту користила.

– Други је принцип *checks and balances*;

– Трећи је принцип правне државе, *то јест* владавине права. Треба одмах напоменути и нагласити оно што ће шире бити објашњено мало доцније: Данас се *не* може говорити о принципима *правне државе* и *владавине права* као *суштински различитим* принципима, па се сходно томе никако не може говорити да је једна концепција независног судства примерена правној држави, а да другачија концепција независног судства одговара владавини права. Напротив. Сва релевантна, модерна правна историја говори да су у савременом свету *од друге половине XX века* концепти или принципи правне државе и владавине права *садржински идентични*, па су и те две синтагме – правна држава и владавина права – у језичком смислу *данас синоними*.⁵

Дакле, после ове кратке напомене, треба поћи редом и рећи унајкраће:

Прво. *Легитимитет правосуђа никако се не изводи из легитимитета представничког тела народа*, односно из легитимитета већине која се у представничком телу народа формира на основу резултата на изборима, то јест на основу страначке изборне победе или постизборне коалиције. То је толико елементарно и стога би то заиста било сувишно помињати да пак представници Министарства правосуђа у такозваној јавној расправи нису упорно и вехементно истицали да то мора бити тако и да је једино исправно да то буде тако.⁶

Познато је – и спада у елементарно знање – да постоје две врсте легитимитета (државних, и не само државних) власти: један – формалноправни и други

5 О англосаксонској идеји владавине права и њеној историји, на српском је још увек најбоља расправа Л. Басте (1982), која потом има и издања из 1984. и 2012. О немачкој пак идеји правне државе и њеној историји унутар немачке филозофије државе и права од времена просвећеног либерализма до националсоцијализма, најбоља је расправа Е. Шарчевића (1991), потом доступна и као лајпцишко издање из 1996.

6 О томе како је вођена и како је изгледала та такозвана јавна расправа може се видети и из извештавања неких дневних новина и недељника током 2017. и почетком 2018. године, али се најбоље може сагледати из обавештења која су на својим електронским страницама дали позвани учесници: Друштво судија Србије, Удружење тужилаца Србије, ЦЕПРИС, Београдски центар за људска права, YUCOM – Комитет правника за људска права и др., што јасно показује каква је (не)култура дијалога коју негује извршна власт задужена за правосуђе. Уместо бројних упућивања, довољно је само као најфлагрантије илустрације те културе и тог дијалога вид. електронски доступна документа *Актуелности из Друштва судија Србије*, затим документ *Коментари Друштва судија Србије на Радни текст Амандмана на Устав РС од 8. марта 2018.* (нарочито стр. 14), као и *Обавештење Удружења тужилаца о збивањима на округлом столу Министарства правде одржаном у Новом Саду 19. фебруара 2018.*

– садржински.⁷ Наравно да, *формалноправно*, легитимитет свих власти (како државних – у тројној подели: законодавне, извршне и судске; или у четворној подели: законодавне, егzekутивне, судске и уставно-судске; или у петорној, или шесторној, или свакој другој подели; а исто тако и недржавних власти – нпр. црквене, школске, родитељске и сваке друге) *потиче*, у крајњој линији, *из устава на снази*. Али, знамо и да, *стварно*, постоје различити уставни: и уставни фасаде, и уставни ауторитарних поредака, и уставни демократских поредака, и оних либералних, и нелибералних, илибералних, и тако даље.

Према томе, није довољно да правосуђе буде уређено онако како каже устав на снази, па да самим тим буде ваљано и да у резултату да оно што желимо: независно судство као стуб правне државе или владавине права. Зашто то није довољно?

Зато што је овде реч о две врсте државних органа: једни су политички, а други су стручни (Лукић са Кошутићем, 1975: 129–131). Спада у азбуку теорије државе и права сазнање да су у модерној држави законодавство и егzekутива – политички органи, а да су правосудни органи – стручни. Легитимитет једних и других никако не може бити исти. И једни и други су у основи, наравно, регулисани уставом, и утолико им је *формалноправни* легитимитет у крајњој линији исти и налази се у важећем уставу. Али, стварни, *садржински* легитимитет стручни органи – што ће рећи, правосудни органи пре свих осталих – могу имати само у својој показаној, доказаној, контролабилној, контролисаној и осведоченој стручности.

Ноторно је да нема тог народног представника као појединца, нити народног представништва као целине, тј. скупа тих појединаца, који може бити *стручан за све* и који би стога (као стручан за све) могао гарантовати стручност и својим избором дати легитимитет сваком службеном лицу које улази у састав стручних органа (Лукић са Кошутићем, 1975: 126–129). То је нешто што спада у азбуку теорије легитимитета.

7 Остављајући по страни историју идеје легитимитета, која сеже чак до најстарије кинеске филозофије од пре више од хиљаду година пре наше ере, идеја легитимитета је у оквирима *модерне европске филозофије* свакако већ рођена у оквирима етичког формализма Кантове правне државе. Стога уместо многих упућивања, довољно је – као огледало *преовлађујућих схватања струке у наше време* – видети један од најцитиранијих прегледа тих схватања у Craig, 1997: 467-487, где Крејг излаже разне врсте легитимитета, прецизније, владавине права, па каже да формалну концепцију заступају Џозеф Раз, Алберт Вен Дајси и Роберто Мангаберија Унгер, а садржинску Роналд Дворкин, Сер Џон Лоз и Тревор Р.С. Алан, допуштајући и средњи пут (у новијим Разовим делима и код Џефрија Џовела).

Треба подсетити и на то да постоје још две врсте легитимитета власти, односно државних органа: легитимитет *конституисања* и легитимитет *делања*.⁸ Легитимитет конституисања односи се на начин настанка, формирања, конституисања државних органа: Стручни органи треба да се конституишу тако да процедура њиховог формирања гарантује да ће у те органе ући најстручнији, што само по себи значи да о томе не могу одлучивати нестручни људи из политичких органа. Политички органи пак конституишу се тако да процедура њиховог формирања гарантује да ће у те органе ући они који имају, тј. уживају највећу политичку подршку у датом друштву, што се показује резултатима на изборима; или пак већ дуготрајно прихваћеном традицијом, нпр. наслеђивањем одређених функција или положаја у државним органима; или можда чак харизмом, која може потиснути претходне две врсте политичке легитимације. О томе нас је поодавно поучио Макс Вебер, разликовањем традиционалног, харизматског и рационално-процедуралног легитимитета политичких носилаца власти односно политичких органа (Вебер, 1976: I/21–25, 167–238 и II/297–396).

Дакле, легитимно конституисање стручних органа није само оно које је сагласно уставним одредбама било какве садржине него је то конституисање које ће омогућити да заиста стручни, и то најстручнији људи буду у стручним органима, па и у судству и у тужилаштву наше земље.

8 Опет остављајући по страни историју ове идеје разликовања (не)легитимно конституисане власти и власти која се, пошто је конституисана, (не)легитимно врши, што је идеја која се – поводом (не)оправданости тираноубиства – разматра и у антици и у средњем веку, а свакако на почетку модерног доба (можда најпознатије, у чувеном делу *Vindiciae contra tyrannos – Одбрана слободе од тирана* из 1579. године), и овим поводом, сматрамо, треба указати само на најновија разматрања. Тако Фриц Шарпф разликује улажући легитимитет (*input legitimacy*, заправо, легитимитет конституисања), који потиче од онога ко (тј. субјекта, субјеката) и из онога шта и како (тј. критеријума и процедура) који пак заједно, у садејству, конституишу носиоце власти, док легитимитет учинковитости (*output legitimacy*, заправо, легитимитет делања) потиче од квалитета резултата и од делотворности тих носилаца власти (Scharpf, 1999; и Scharpf, 2010). Вивиен Шмит додаје овим двама врстама легитимитета и трећу, прелазну врсту – *throughput legitimacy*, пропусно-прелазни легитимитет (Schmidt, 2013: 2–22). Треба такође назначити да Уриел Абулоф разликује, с једне стране, позитивни легитимитет (у ствари, легитимитет конституисања), који говори о извору легитимности и о ономе ко је „легитиматор“, ко легитимише другога, даје легитимитет другоме, то јест носиоцима власти, и, с друге стране, негативни легитимитет (у ствари, легитимитет делања), који говори о томе шта је легитимно, то јест шта је добро а шта зло (делање) носилаца власти (Abulof, 2017: 55–79). Дакле, реч је само о употреби друкчије терминологије да се означе исте врсте легитимитета.

Легитимитет делања државних органа значи да, пошто се једном легитимно конституишу, државни органи треба потом такође легитимно – у складу с правом и моралом – да врше власт која им припада: да исправно, ваљано и одговорно врше надлежности које су им поверене, што се обезбеђује контролом њиховог рада и могућношћу позивања на одговорност уколико то не чине. Отуда следи да ни легитимитет делања државних органа не може бити идентичан у стручних и у политичких органа.

Контролу рада стручних органа и позивање на одговорност службених лица која послове из своје надлежности не врше исправно, ваљано и одговорно, тј. у складу с правом и професионалним моралом – могу обављати само такође стручни или још стручнији органи. То је контрола правоваљаности, тј. уставности и законитости њиховог рада, а унутар ње понекад и контрола целисходности тог рада, као и контрола њивог поступања у складу с професионалном етиком.

Контролу рада политичких органа и позивање на политичку и политичко-правну одговорност политичких лица за акте и послове из њихове надлежности (тј. политичке и правне акте и одлуке) могу вршити они који су их бирали у те органе и тела (народ, грађани, њихова представничка тела, каткад уставни суд или неко друго тело за контролу уставности – тамо где постоји, а каткад и нека специјална тела). То је политичка и политичко-правна контрола, односно одговорност (Лукић са Кошутећем, 1975: 126–131 *et passim*).

Правосудни органи као *стручни* органи, према томе, морају имати и један и други легитимитет: и легитимитет конституисања и легитимитет делања баш као *стручни* органи. Њих треба да формирају и надзиру стручњаци у области правосуђа и само они могу ваљано одлучивати о њиховој одговорности. Утолико су решења предложена у *Радном тексту уставних амандмана* по којима је министар правосуђа члан Високог савета тужилаца, а и надлежан је да покреће поступак за утврђивање дисциплинске одговорности, као и да предлаже разрешење носилаца правосудних функција⁹ – потпуно неприхватљива решења. Стога доследно уставно регулисање и једног и другог типа легитимитета правосудних

9 О томе вид. амандман VIII став 3 *Радног текста Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)*: „Дисциплински поступак и поступак разрешења судија и председника судова може покренути и министар надлежан за правосуђе.“

Такође вид. и амандман XXI став 1: „Високи савет тужилаца чини једанаест чланова: четири заменика јавних тужилаца које бирају јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца, пет истакнутих правника које бира Народна скупштина, Врховни јавни тужилац Србије и министар надлежан за правосуђе.“

органа као стручних органа посебне врсте мора – на нивоу доследно постављених уставних принципа, дефиниција и решења – у будућем уставу да омогући да сутра и у нашој правној стварности постоје оба ова легитимитета правосудних органа.

Када је реч о легитимитету политичких органа, он би, наравно, у европској Србији XXI века требало да буде рационални, а не ни харизматски нити традиционални на начин деветнаестовековне Србије. А тај рационални легитимитет подразумева не само одређене процедуре него и одређену садржину.

Сад долазимо на тешко питање односа и евентуалног међусобног утицаја политичких и стручних – посебно правосудних – органа. О том питању биће више речи одмах, при разматрању другог принципа *checks and balances*, а сада само о ономе што је у тзв. јавној расправи било површно и погрешно а највише истицано и најупадљивије. И када се поставља питање регулисања односа стручних правосудних органа, с једне, и политичких, с друге стране, позивамо се најчешће на земље које имају дугу традицију и развијену правну и политичку културу. Свакако, треба се увек угледати на најбоље, али то угледање не сме да буде површно. Када је реч о томе ко бира судије у Сједињеним Америчким Државама, треба знати да је систем избора, односно именовања судија на свим нивоима (локалним, појединих држава чланица и федералном) врло разноврстан и компликован, да има веома различитих решења, као и да се о њима непрестано води дебата (Carp, Stidham, Manning, Holmes, 2017). Зато, прво, не треба сматрати да се све судије у САД бирају онако како се бирају судије за Врховни суд САД.¹⁰ И друго, такође важно, а можда и још значајније, треба знати да избор судија Врховног суда САД није резултат пуких политичких преференција Председника САД и Сената. То није тако. Кључна је оцена *стручности* кандидата (неквалификован, квалификован, веома квалификован) коју даје *American Bar Association*, мада та оцена формално-правно није ни услов, ни предлог, па ни историјско-фактички посматрано није пресудна.¹¹ Ту седе људи који су најстручнији у области правосуђа и, уопште, у области права САД и они оцењују стручност предложених и,

Такође вид. и амандман XXIII став 3: „Министар надлежан за правосуђе и Врховни јавни тужилац Србије могу покренути дисциплински поступак и поступак разрешења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, али не могу да учествују у дисциплинском поступку, нити у поступку разрешења ако су га покренули.“

10 Осим ове управо поменуте књиге, за Врховни суд САД треба посебно вид. Ваит, 2016, а за критику федералног судства вид. Posner, 2017.

11 Поред већ наведених трију књига, вид. и *American Bar Association* (посебно одељак *Rating of judicial nominees*) у Википедији.

уопште, потенцијалних кандидата, а Председник најчешће међу тим без сумње најстручнијим од најстручнијих предлаже по свом политичком укусу некога Сенату. Према томе, Председник по правилу не предлаже судије мимо струке а камоли противно ставовима струке оличене у АБА, па тако и председничке политичке наклоности бивају евентуално изражене његовим предлогом тек као нијансе (конзервативна или пак либерална) унутар стручно неспорних. Свему томе треба додати и улогу масовних медија и јавног мњења, које није теледириговано, да би се схватило да стручност кандидата за судије Врховног суда САД далеко претеже у односу на њихову политичку подобност (конзервативци vs. либерали), а да се и не говори о очекиваној лојалности оној партији (и њеној идеологији) чијим је предлозима и гласовима судија изабран, јер је тако штогод за било ког судију непојмљиво.

Треба ли уопште наглашавати да *American Bar Association* (као удружење америчких правника пре свега с правосудним испитом, али и оних других, па и студената права) никако није исто што и Удружење правника Србије; да би правна трансплантација тог америчког решења код нас дала катастрофалне резултате; и да с правним трансплантима уопште треба бити веома опрезан? Било би добро да Удружење правника Србије стварно постоји, и то као право професионално правничко удружење, али ту тему на овом месту није могуће ваљано отворити. Ситуација у којој се налази то наше заправо непостојеће професионално удружење јесте огледало наше правне (не)културе и професионалне (не)одговорности. Треба следити најугледније и угледати се на правно и политички најразвијеније земље Европе и света, али треба најпре добро а не само површно познавати и разумевати решења која имају други и имати јасну свест и знање да се та решења не могу преносити механички.

У том смислу, укратко и о следећа два принципа:

Checks and balances је принцип којим се у оној такозваној расправи о предстојећој реформи правосуђа и о *Радном тексту уставних амандмана* најчешће оправдава посредни или непосредни утицај нашег народно-представничког тела – односно партијске већине у њему – на избор судија и тужилаца у нашој земљи. Међутим, принцип *checks and balances* уопште није неопходан за добру организацију власти у држави. Објаснимо зашто. Принцип кочнице и равнотеже (или теже и противтеже – како се још назива) јесте принцип односа између *законодавства* и *егzekutive* и може, али не мора, постојати у модерној демократској правној држави. У њој морају постојати деконцентрација власти, тј. *подела власти* на (бар) технички одвојене власти: законодавну, извршну и судску власт, као и – међу тим

(бар) трима технички одвојеним властима – *независно судство* (Лукић са Кошутићем, 1975: 183–197, посебно 185–192). Зато треба нагласити да је независно судство више од принципа организације власти: оно је *аксиом* модерне државе. Независност судства не постоји у предмодерној држави као захтев за добру организацију државне власти – ни на нивоу принципа а камоли аксиома. Ако посматрамо античке, средњовековне и модерне државе, онда запажамо да се независност судства тек у модерној држави појављује као аксиом добре организације државне власти. Однос пак између законодавства и егzekутиве и у модерној држави може бити веома различит: може бити организован на начин председничког, полупредседничког, парламентарног, конвентског (тј. скупштинског) система или као нека варијанта, односно подваријанта ових система (Марковић, 2013:176–207). Али, само у председничким, полупредседничким и парламентарним системима, као и у њиховим разним подваријантама, однос законодавства и егzekутиве јесте организован на принципу *checks and balances*, док у конвентским (тј. скупштинским) системима и њиховим разним подваријантама то није случај: у њима однос законодавства и егzekутиве *није* организован на принципу *checks and balances*, напротив, постоји јасна превласт законодавног народно-представничког тела у односу на егzekутиву. То се веома често губи из вида, а нарочито америчке колеге професори, теоретичари и практичари губе из вида швајцарски модел.¹²

Швајцарска је земља у којој однос законодавства и егzekутиве *није* организован на принципу *checks and balances*. Швајцарска има независно судство, јесте правна држава, јесте владавина права, јесте демократија, и то, наравно, модерна демократија, јесте земља конституционалне демократије, јесте по свему узорна, а није организована на принципу *checks and balances*. У односу егzekутиве и законодавства у Швајцарској постоји јасна превласт представничког тела у односу на егzekутиву. И то ништа не смета владавини права у Швајцарској. Зашто? Зато што постоји независно судство. Тај аксиом је поштован, постављен и остварен, а не принцип *checks and balances*.

Коначно, треће, правна држава и владавина права. Познато је да су те две идеје (правна држава, немачка идеја, и владавина права, англо-америчка), када су као модерне идеје настале и теоријски уобличене у

12 Поред управо помињаних уџбеничких дела Радомира Д. Лукића и Ратка Марковића, треба скренути пажњу на и данас релевантно дело Јовичић, 1984: 179–214, а од новије литературе Fleiner & Basta Fleiner, 2004; односно Fleiner & Basta Fleiner, 2009.

XIX веку, биле садржински различите.¹³ Међутим, после Другог светског рата и искуства нацизма, та два принципа правног уређења државе и друштва конвергирају, приближавају се, и имају идентичну садржину. Најједноставније објашњено, ако се данас консултују правни речници и погледа како је у њима одређена садржина идеја правне државе и владавине права, ако се данас погледају елементарна одређења појмова правне државе и владавине права у уџбеницима за почетнике, увидеће се да међу њима нема суштинске разлике.¹⁴ Међутим, ако се стане на становиште да су то и данас, као и пре Другог светског рата, два садржински различита принципа правног уређења државе, тј. владавине као вршења власти, и да сходно томе један принцип независности судства одговара правној држави, а други, другачији принцип независног судства одговара владавини права, онда се мора прихватити и становиште да је нацистичка Немачка, Немачка Трећег рајха, свакако једна од најправнијих држава на свету, ако не и најправнија држава од свих, јер је у њој све рађено по праву: Ниједан концентрациони логор није изграђен без плана и дозволе, сва одузета имовина и сви који су попаљени, поубијани, угушени – све је то чињено по законима и другим важећим прописима и све педантно пописано. То, засигурно, није и не може нигде да буде идеја правне државе на почетку XXI века, а поготово не у Европи и не у Србији. Научили смо из туђег и из сопственог искуства да правна држава и владавина права данас и убудуће морају имати суштински идентичну садржину. И научили смо да је главни стуб правне државе, тј. владавине права – независно судство, односно независно правосуђе.

И будући да су судство и тужилаштво као органи правосуђа – стручни органи, о стручности лица која треба да уђу у њихов састав и о стручности њихових већ обављених послова могу да одлучују, тј. да их стручно оцењују, само стручни правници, а не политичка лица, лаици, неправници. Где год је потребна стручност, ту одлучивање на основу принципа мајоритета, већине, и то које год, какве год, колике год већине (укључив и једногласност), не може јамчити, обезбеђивати да ће одлуке бити *исправне* ако тело које одлучује није састављено од лица *одговарајуће стручности*. Стога предложена амандманска решења конституисања Високог савета

13 Вид. о томе пре свега књиге Лидије Басте односно Едина Шарчевића наведене *supra* у нап. бр. 5.

14 Уместо многих, вид. Koetter, 2013, као и ту наведену најзначајнију новију литературу од 1969. до 2009. године о томе; литературу која је превасходно али не искључиво немачка, односно на немачком језику.

судства, Високог савета тужилаца и Врховног јавног тужиоца Србије¹⁵ нису прихватљива. Уосталом, добро је познато да ни сама модерна демократија не може да се сведе на већински принцип, принцип владавине већине, већ мора – да би се могла разликовати од охлократије, популизма и других привидно демократских а суштински ауторитарних поредака – да има и своје супстанцијалне елементе и одређења. И то такође спада у азбуку доброг организовања државе.

15 Вид. амандман I став 2 тачке 2 и 3 *Радног текста*: “[... Народна скупштина...] 2. бира и разрешава судије Уставног суда; 3. бира и разрешава Врховног јавног тужиоца Србије, пет чланова Високог савета судства и пет чланова Високог савета тужилаца,” Поред тога, вид. амандман II став 2 тачка 11: “[... Народна скупштина...] 11. бира судије Уставног суда и одлучује о њиховом разрешењу и престанку мандата,”

Уз то, вид. амандман II став 4: “Већином од три петине гласова свих народних посланика Народна скупштина бира пет чланова Високог савета судства, Високог савета тужилаца и Врховног јавног тужиоца Србије, а ако тако не буду изабрани, у наредних десет дана бирају се већином од пет деветина гласова свих народних посланика, с којом се и разрешавају.”

Посебно је занимљива одредба у амандману VII став 2: “Исто лице не може бити поново бирано за председника Врховног суда Србије.”

Јасан наум егzekутиве, као израза политичке већине у народном представништву, да оствари превласт над судством види се и у амандману VIII ставовима 2 и 3:

„Високи савет судства бира и разрешава председника Врховног суда Србије и председнике осталих судова, бира судије и судије поротнике и одлучује о престанку њихове функције, прикупља статистичке податке од значаја за рад судија, вреднује рад судија и председника судова, одлучује о премештају и привременом упућивању судија, именује и разрешава чланове дисциплинских органа, одређује број судија и судија поротника, предлаже Влади средства за рад судова у питањима из његове надлежности и одлучује о другим питањима положаја судија, председника судова и судија поротника одређеним законом.

Дисциплински поступак и поступак разрешења судија и председника судова може покренути и министар надлежан за правосуђе.“

Према да је номотехнички погрешно и лоше понављати нормативна решења унутар истог акта, Министарство правде то чини у *Радном тексту* као да жели да потврди превласт егzekутиве над судством понављајући садржину става 4 амандмана II опет у амандману IX став 2: „Народна скупштина бира пет чланова Високог савета судства на предлог надлежног одбора Народне скупштине после окончаног јавног конкурса гласовима три петине свих народних посланика, а ако тако не буду сви изабрани, преостали се у наредних десет дана бирају гласовима пет деветина свих народних посланика, иначе се изборни поступак после 15 дана понавља за онај број чланова који нису изабрани.“

Једнако су мањкава и решења садржана у: амандману X став 2; ам. XI ст. 2; ам. XII ст. 1; ам. XV ст. 1; ам. XVII ст. 1 и 2; ам. XVIII ст. 3; ам. XIX ст. 2; ам. XXI ст. 1 и 2; ам. XXII ст. 2; ам. XXIII ст. 1 и 3.

На крају, питање стручности, па и правничке стручности, по природи ствари неминовно отвара питање правничког образовања односно знања, како елементарног – факултетског (које имају сви припадници правничке заједнице), тако и стручно вишег које је гарантовано положеним правосудним испитом (а имају га припадници квалификоване правничке заједнице), али и оног највишег стручно-правничког правосудног образовања. И да је све у најбољем реду у овој области (а познато је да уопште није – чиме се нимало не умањује одговорност самог правништва за стање у правничкој струци, то јест у правничким професијама), такође је добро познато да институција која би према *Радном тексту Амандмана* требало да убудуће буде ексклузивно надлежна за формирање најстручнијих у правосуђу, наиме, Правосудна академија, никако не спада у оно што се регулише уставом, нити пак треба да буде ексклузивна институција тог типа.

Професори права, као посебан стручни део правничке заједнице у нашој земљи, део који је стога и специфично одговоран за стање и у нашем правништву и у нашем правном поретку, али и судије и тужиоци и адвокати такође, направили су већ много пропуста¹⁶ и на много шта ћутке пристали, само примерице, да у Стразбуру судија из наше земље, дакле, онај који у последњој инстанци решава о томе да ли су повређена или поштована људска права појединаца у нашој земљи, буде неко ко нема правосудни испит и не може у нашој земљи да буде судија.

Дакле, најстручније правништво у нашој земљи има посебну одговорност за правно конституисање наше земље као модерне демократије у којој влада право. Зато је укључивање у расправу о *Радном тексту Амандмана* питање професионалне одговорности, честитости, знања и савести, обавеза да се реагује на решења која се очигледно косе са знањима која спадају у правну азбуку. Ту, примерице, спада и то да акт насловљен као *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије* правно не сме бити насловљен тако јер амандманска измена Устава захтева доношење одлуке Владе о томе, а не одлуку Министарства правде, а потом захтева и започињање одређене процедуре, која је такође изостала, тако да ће Венецијанска комисија бити у заблуди о правној природи овог текста, који пак ни садржински правна струка у Србији уопште не подржава. Гора од оволиког незнања могла би бити само намера да се на овај начин „прогурају“ ове измене Устава у области правосуђа. Но, независно од узрока (незнање или намера), последице ће за правосуђе и владавину права у Србији бити исте – злокобне.

¹⁶ О одговорности правништва за нереаговање на стање, збивања и на предлагана решења у правном поретку, али и о ретким примерима реаговања струке вид. Хасанбеговић, 2016: нарочито 123–129, 136–142; затим вид. Хасанбеговић, 2014а: нарочито 110–120.

Литература / References

Abulof, U. (2017). 'Can't buy me legitimacy': the elusive stability of Mideast rentier regimes, *Journal of International Relations and Development*. 20–1/2017: 55–79.

Актуелности – Друштво судија Србије, <http://www.sudije.rs/index.php/aktuelnosti/2017-09-25-10-54-45/349-2018-02-26-09-09-41.html>. Преузето 5. 4. 2018.

American Bar Association, in Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/American_Bar_Association. Преузето 5. 4. 2018.

Basta, L. (1982). *Anglosaksonski konstitucionalizam u teoriji i praksi – Ideja o ograničavanju i kontroli političke vlasti i njena primena u Engleskoj*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Baum, L. (2016). 12th ed. *The Supreme Court*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Бољевић, Д. (2016). *Уставни суд Републике Србије и правосудна реформа*, мастер рад. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Бољевић, Д. (2014). Улога судства у успостављању правне сигурности – контроверзе и предуслови. У Васић, Р. и Крстић, И. (Прир.), *Правна сигурност у условима транзиције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 135–159.

Бољевић, Д. (2009). Поглед на реформу судства у Србији – Угрожена добра решења. *Правда у транзицији* (Београд: Тужилаштво за ратне злочине). 12: 20–23.

[Brutus, Stephen Junius], (1579). *Vindiciae contra tyrannos*. <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/vindiciae.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Вебер, М. (1976). *Привреда и друштво*, прев. Олга и Тихомир Кострешевећ. Београд: Просвета.

Jovičić, M. (1984). *Veliki ustavni sistemi: Elementi za jedno uporedno ustavno parvo*. Beograd: „Svetozar Marković“.

Koetter, M. (2013). *Rechtsstaat and Rechtsstaatlichkeit in Germany*, <https://wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Germany>.

Коментари Друштва судија Србије на Радни текст Амандмана на Устав РС од 8. марта 2018, http://www.sudije.rs/images/2018_03_08_Komentari_Dru%C5%A1tva_sudija_Srbije_na_Radni_tekst_amandmana.pdf. Преузето 5. 4. 2018.

Лукић, Р. Д. са Кошутећем, Б. (1975). *Увод у право*. Београд: Научна књига.

Марковић, Р. (2013). 18. изд. *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Обавештење Удружења тужилаца о збивањима на округлом столу Министарства правде одржаном у Новом Саду 19. фебруара 2018: <http://www.uts.org.rs/aktivnosti/vesti/1440-sudije-tuzioci-advokati-napustili-javnu-raspravu-u-novom-sadu-zbog-pomocnika-ministra>. Преузето 5. 4. 2018.

Posner, R. (2017). *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије). <https://www.mpravde.gov.rs/files/amandmani%20za%20objavljivanje1.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије) и Уводне напомене. [https://www.mpravde.gov.rs/files/Radni%20%20tekst%20amandmana%20na%20Ustav%20Republike%20Srbije%20sa%20obrazlo%20%20Eenijima%20\(referencama%20Venecijanske%20komisije\).pdf](https://www.mpravde.gov.rs/files/Radni%20%20tekst%20amandmana%20na%20Ustav%20Republike%20Srbije%20sa%20obrazlo%20%20Eenijima%20(referencama%20Venecijanske%20komisije).pdf). Преузето 5. 4. 2018.

Scharpf, F. (1999). *Governing in Europe: Effective and democratic?* Oxford, New York: Oxford University Press.

Scharpf, F. (2010). *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*. Frankfurt am Main: Campus Verlag (Publication Series of the Max Planck Institute for the Study of Societies – Book 68).

Schmidt, V. (2013). Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and ‘Throughput’, *Political Studies*, 61–1/2013: 2–22.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2009) *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin, Heidelberg: Springer.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2004). 3rd ed. *Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*. Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio: Springer.

Хасанбеговић, Ј. (2016). Последњих двадесетак година демократске транзиције у оквиру нешто више од два века модернизације у Србији: Биланс без перспективе. У Вранић, Б. и Дајовић, Г. (Ур.), *Демократска транзиција Србије: (Ре)капитулација првих 25 година*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 105–145.

Хасанбеговић, Ј. (2014а). Правна сигурност у Србији у условима такозване реформе правосуђа и бриселског Споразума из 2013. У Васић, Р. и Крстић, И. (Прир.), *Правна сигурност у условима транзиције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 99–121.

Хасанбеговић, Ј. (2014б). О препрекама владавини права у Срба, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*. 1(V), 8–31.

Carp, R. Stidham, R. Manning, K. Holmes, L. (2017). 10.ed. *Judicial Process in America*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Craig, P. (1997). Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework, *Public Law*, 1997: 467-487.

Šarčević, E. (1991). *Begriff und Theorie des Rechtsstaats (in der deutschen Staats- und Rechtsphilosophie) vom aufgeklärten Liberalismus bis zum Nationalsozialismus*, Dissertation. Saarbrücken: Universität Saarland.

Jasminka Hasanbegović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

**TOWARDS THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ON THE
JUDICIARY: TOWARDS THE INDEPENDENT JUDICIARY
IN SERBIA OR IN THE OPPOSITE DIRECTION**

Summary

The author presents a critical analysis of the Working Paper on the Ministry of Justice Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia from the perspective of three constitutional principles: legitimacy, checks and balances, and the rule of law (legal state). In effect, during the purported public discussion in 2017, even before the Working paper came into light, Ministry representatives had been advancing those principles as arguments for the normative solutions that appeared in the Working paper. The aim of this article is to examine whether those three principles are relevant or irrelevant for the good judiciary and, if they are, why and in what way. Upon this analysis, the author draws a conclusion on the values of constitutional proposals that the Ministry of Justice is promoting in its Working paper.

Keywords: *Ministry of Justice Working Paper on Amendments to the Constitution in the field of the judiciary, Serbian judicature, legitimacy, checks and balances, rule of law/legal state.*