

Др Томас Флајнер

редовни професор Правног факултета Универзитета у Фрибуру

НЕЗАВИСНОСТ СУДСТВА

Аутор полази од тврдње да чак и најбољи каталог људских права не може гарантовати остварење правде уколико нема делотворних правних лекова. У том смислу, аутор наглашава да сви међународни инструменти који обезбеђују основне елементе владавине права дају јасну предност принципу независних и непристрасних судова, предвиђених законом. Суштински елементи независности судства укључују: процедуру утврђивања чињеница, институционалну организацију суда, процедуру за избор судија, заштиту и гаранцију независности судија, њихову компетентност и њихова овлашћења. У овом есеју, аутор покрива све ове елементе и истиче да судови морају да гарантују политичку независност и непристрасност; њихов рад је регулисан законом и они су доступни сваком појединцу; процедуре морају да буду уверљиве, а судови морају да имају овлашћења да примењују одлуке. Ове гаранције су нарочито угрожене у рату који се данас води против тероризма, зато што се често заборавља да право може да обезбеди сигурност само ако је предвидљиво. Аутор на крају истиче да независност судства зависи од правног образовања и правне културе једне земље. У том смислу, аутор даје преглед различитих правних култура и њихове особене приступе концепту независности судства.

Кључне речи: *Независност судства. – Утврђивање чињеница. – Заштита и гаранције независности. – Компетентност. – Непристрасност.*

Став јавности према судијама, судовима, трибуналима и правди уопште често је веома амбивалентан. Судије се поштују, али им се не верује. Људи се диве сјају правде, али се боје њене строгаће; они верују у њену независност, али их избежумљују искушења пред које их она ставља; верују у њу, па ипак желе да је контролишу. Људи желе да правда буде близу, али што им је ближе, то их више плаши. Желе да реформишу правосудни систем којим се обезбеђује правда, али у исто време, не желе да је изобличе.

Важан чинилац у осигуравању адекватног функционисања правосудног система јесте независно судство. Судије су, као људска бића, стално изложени спољашњим утицајима, те се стога морају тражити институционалне гаранције које ће заштити судије од ових спољашњих утицаја и обезбедити најшири могући оквир који омогућава судијама да донесу пресуду засновану на релевантним чињеницама изнетим на суду, у складу са правом и само на основу свог личног тумачења правних текстова. Основни елементи који доприносе гаранцији независности судства јесу:

1. процедуре утврђивања чињеница,
2. институционална организација суда,
3. процедура избора судија,
4. заштита и гаранција независности судија,
5. њихова компетентност и
6. њихове способности.

У овом раду дат је увид у све ове елементе. Но, пре него што пређемо на истраживање ових елемената, морамо видети зашто је независно судство неопходно.

1. ЗБОГ ЧЕГА ЈЕ ВАЖНО НЕЗАВИСНО СУДСТВО?

1.1. Судија као посредник

1.1.1. Расправа између двоје деце око колача: судија као посредник

Франц и Мартин, двојица првака, свађају се око колача који Франц држи у руци. Мартин тврди да њему припада цео колач и да му је колач дао ујак, који му га је дао безусловно. Франц тврди да то није тачно, да је колач он добио од Мартиновог ујака, који му је рекао да је колач његов и да, уколико жели, може да га подели са Мартином. Пошто не могу да реше проблем, позивају Елис да посредује у овом спору. Елис је мајка њиховог друга Феликса. Она тада интервенише како би решила свађу. Она најпре пита децу коме је дат колач и под којим условима. Деца би могла да јој испричају две различите верзије приче. Уколико ниједна „страна“ није у стању да јој пружи уверљив доказ о томе да је цео колач баш њој дат да га подели како год буде желела, Елис би могла да закључи да је њен задатак да реши расправу полазећи од опште претпоставке да колач треба да буде подељен на два дела. Она би то могла да предложи деци и, уколико се она сложе, да реши спор тако што ће колач поделити на два једнака дела.

1.1.1.1. Елисин легитимитет?

Да ли би оба дечака прихватила одлуку коју је донела Елис, да је ту одлуку донела, рецимо, Мартинова или Францова мајка? Или, да ли би неко треће лице, које дечаци не познају, било у стању да посредује и да донесе одлуку која је иста као она коју је донела мајка њиховог заједничког друга? Да ли би они прихватили решење уколико би га предложио неко од њихових школских другова? Чини се да је независни посредник, кога познају и поштују оба дечака, представљао најбољу могућу особу за решавање овог спора. Елис, Феликсова мајка, имала је легитимитет да реши спор, зато што су је познавали и Франц и Мартин, зато што су је оба дечака прихватила као непристрасног арбитра и зато што је пресуда била таква да ниједног од њих није учинила потпуним губитником, а другог потпуним победником.

1.1.1.2. Научена лекција

Ова прича истиче неколико важних разлога за принцип независности судства. У овом случају, судија је посредник, а њена или његова пресуда заснива се, пре свега, на неким важним моралним стандардима, као што су „третирајте децу једнако и поштено“ и, друго, на искуствима која одрасли имају са дечијим препиркама. Требало би истаћи још један интересантан елемент у овој краткој причи: мајка која решава спор између деце не испитује чињенице. Она није питала да ли је тачно оно што су испричали Франц или Мартин. Без одлучујућег доказа, она долази до закључка да не може да сазна праву истину, али упркос томе, од ње је затражено да донесе одлуку. Елис поступа као чувени судија Соломон. Свесна чињенице да вероватно никада неће сазнати шта се заиста десило између дечака и знајући да ће се и један и други дечак држати своје верзије догађаја, она покушава да реши проблем без утврђивања чињеничног стања, то јест, тако што сече колач на два дела, надајући се да ће тако сигурно решити проблем. На тај начин се заиста и решава проблем, под условом да се обе стране сложе са пресудом. Уколико се не сложе, сукоб би се могао наставити и доћи до више инстанце, до новог посредника. Претпоставку да су у свађи између два детета, обично оба детета делимично у праву и делимично нису у праву, и да због тога пажљиво утврђивање чињеница не би дало никакав резултат, може да изнесе само неко ко је близак деци и ко потиче из исте културе као и та деца, ко зна на који начин се деца васпитавају. То значи да кредибилитет посредника зависи и од тога да ли га људи прихватају као некога ко припада истој култури.

1.2. Судија као независни истражитељ чињеница

1.2.1. Проблеми са утврђивањем чињеница

Утврђивање чињеница у прошлости: студенти из моје групе из управног права недавно су ми испричали шта се десило једном њиховом колеги који је пао на испиту. Професор који је оцењивао испитни рад дао је следеће објашњење: студент је написао тако одличан испитни рад да је очигледно да га није написао сам, већ је сигурно преписао текст из неке књиге. Професор није успео да пронађе ту књигу, нити је имао доказ којим би поткрепио своје мишљење. Овај спор се прилично разликује од спора дече око колача. Овде имамо студента, као слабију страну, који је у спору са универзитетским професором. Можемо претпоставити да универзитетом руководи нека јавна власт и да се однос између универзитета и студената регулише јавним правом.

1.2.1.1. Утврђивање чињеница у будућности

У следећем случају, ризици о којима је реч много су већи. Размотримо, наиме, пример забране коју је суд на Хавајима донео против експеримената са великим сударацем хадрона (*Large Hadron Collider*) који се спроводе унутар Европске организације за нуклеарна истраживања (*CERN*) у Женеви. Ови експерименти могу довести у опасност читав свет. Какву би одлуку судија требало да донесе у случају неодређених, али високих ризика?¹

1.2.1.2. Питање кредибилитета?

Да је у спору око колача било утврђено да, ван сваке разумне сумње, колач припада или Францу или Мартину, Елис, као посредник не би имала никакав кредибилитет да је колач поделила на једнаке делове и дала их завађеној деци. Али, какву би одлуку требало да донесе посредник у поменутом случају у вези са испитом. Он би, на пример, могао да донесе одлуку у корист професора, дајући му већи кредибилитет због његове функције службеника и представника државне власти. У старом ауторитарном управном праву земаља са континенталном правном традицијом, државна управа, а у овом случају професор, одговорни су за утврђивање чињеница и стога одлучују о истини. Какву би одлуку требало да донесе посредник? Очигледно је да она или он не могу једноставно да донесу одлуку у ко-

¹ Противници пројекта надали су се да ће издејствовати забрану од стране Европског суда за људска права, којом би се спречило да се сударац уопште и укључи, али је суд одбацио овај захтев. Међутим, суд ће разматрати наводе према којима експеримент крши право на живот према Европској конвенцији о људским правима.

рист студента, уколико истина и даље остане непозната. Међутим, могу ли она или он онда да донесу одлуку у корист професора и да њој и њему дају већи кредибилитет? Школа има обавезу да обучава и образује младе ученике. С једне стране, она има обавезу и одговорност према јавности да звања и дипломе додељује оним студентима који то заслужују. С друге стране, студенти који спремају своје испите и који очекују једнак третман од стране својих професора сматрају да уколико на испитима покажу своје знање и своје способности у погледу предмета, имају право да положе испит. Њихове оцене не би требало да зависе од хирова професора.

1.2.1.3. Државна управа и грађани као приватна лица

У случају са колачем оба детета била су равноправна. Сада се поставља питање на који начин би требало решити спор између неједнаких страна, на пример, између ученика и учитеља? У случају са колачем, посредник није уопште утврђивао чињенице. Деца су прихватила пресуду засновану на ауторитету и кредибилитету мајке. У случају који се односи на студента и професора, утврђивање чињеница је од суштинског значаја. Ако студент може да докаже да није варао, он ће положити испит са високом оценом. Ако професор пронађе текст који је студент преписао, студент ће пасти на испиту. Међутим, главни проблем односи се на чињеницу да највероватније ни студент ни професор не могу да пруже разумне доказе за своје аргументе. Како одличан студент може да докаже да није преписао текст из већ постојеће књиге? Како професор може да пронађе текст који је безуспешно тражио? Стога се поставља питање која врста одлуке може да се донесе у спору у којем се не могу установити чињенице засноване на доказу који би ван сваке разумне сумње потврдио истинитост чињеница.

1.2.1.4. Кредибилитет државне управе

Независтан посредник захтевао би од професора да оцене текстове које су написали студенти и да одбију да их оцене само ако могу да докажу да је студент преписао текст. Ако немају никакав доказ, они не могу да тврде да су студенти варали. Ово би могло да буде разумно решење. Ипак, ако погледамо управни поступак у Швајцарској, видимо да су управним органима дата бланко овлашћења да одлучују о истини након што је грађанима пружена прилика да изложе своје виђење чињеница.

У чувеном случају *Belilos*, Европски суд за људска права је 1987. године донео одлуку у којој се каже да се чл. 6 Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП) у целости може применити на Швајцарску. Стога, у управним случајевима према чл. 6, о чиње-

ницама би требало да одлучује независан суд, а не чисто управни суд.² У случају *Belilos*, оптуженој је управни полицијски суд досудио новчану казну пошто је проглашена кривом због учествовања на не-легалним демонстрацијама. Она је тврдила да није учествовала на тим демонстрацијама, већ је била у ресторану како би добила алиментацију од свог бившег мужа. Понудила је сведочење свог бившег мужа. Полицијски суд је одлучио да нема потребе да се позове њен бивши муж, јер ју је један полицајац препознао као једну од учесница на демонстрацијама.

1.2.1.5. Традиционалан концепт јавног права

Према традиционалном концепту управног права у земљама са континенталном правном традицијом, управни органи не само да имају овлашћење да донесу коначну одлуку о чињеницама, већ такође имају овлашћење да одбију предложене доказе, уколико процене да за то нема потребе. Сходно томе, у земљама са континенталном правном традицијом влада мишљење да управни органи имају велики степен кредибилитета јер се они сматрају институцијама које бране и унапређују јавни интерес. Стога се полазило од претпоставке да државни службеници који раде у служби јавног интереса не могу никада представљати приватну страну у спору са грађанима. Тек је унутар јурисдикције Европског суда за људска права, Швајцарска била приморана да промени свој став и процедуру у погледу управних случајева. У складу са тим, уставни амандман донет под утицајем чл. 6 ЕКЉП-а, омогућава грађанима право на приступ независном суду, кадгод воде правни спор са управом. У оваквим околностима, важно је да суд, који сада уместо државне управе одлучује о чињеницама, буде потпуно независан од државне управе.

1.2.2. Институционални услови за независно утврђивање чињеница

Елис, посредник у спору око колача, не представља одрживу институцију. Она је приватно лице које је било у стању да успостави општи кредибилитет непристрасног посредника у свађи између деце, на сопствену иницијативу и користећи сопствене способности. Да би постала институција, деца би требало да прихвате чињеницу да за све врсте расправа постоји нека особа која припада институцији коју поставља друга институција, на пример школа, која је компетентна за посао посредовања. Сада би требало одговорити на питање како таква институција стиче кредибилитет код деце. Овај кредибилитет зависи од различитих фактора, као што су:

- легитимитет институције (аутори устава, законодавац) која оснива орган посредовања;

² *Belilos v. Switzerland*, 132 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1987).

- легитимитет концепта институције, њене функције и њене надлежности;
- легитимитет процедуре утврђивања чињеница и легитимност положаја странака у овом поступку;
- легитимитет тела које врши избор и процедуре избора или постављења лица у институцију и
- легитимитет особе изабране и постављене на положај у тој институцији.

1.2.2.1. Адверзативно насупротив инквизиторијалном утврђивању чињеница

Један од најважнијих чинилаца којима се осигурава кредибилитет правосуђа јесте гарантовање независног утврђивања чињеница. Прво питање које треба поставити у вези са овим задатком, јесте која институција је подеснија за доношење одлука о чињеницама: независан судија, порота или државна управа? У земљама са англосаксонским правним системом, адверзативни систем, заснован на једнаким шансама страна да убеди независну пороту у своје виђење чињеница, развијен је под окриљем доктрине *habeas corpus*. У државама са континенталном правном традицијом, адверзативни систем дозвољен је само у грађанско-правним споровима, док су у управним и кривичним споровима, државна управа или тужилац задужени за испитивање истине. Судија може да интервенише у изузетним случајевима, само ако је очигледно да државна управа искривљује истину. Развој управног поступка и гарантовање једнаких шанси за стране у поступку који су истакнути у Европској конвенцији коначно су утицали на то да се оба ова система споје. Међутим, остале су неке значајне разлике у погледу утврђивања чињеница.

1.2.2.2. Претпоставке

Размотримо чувену одлуку Соломона, судије који је морао да донесе одлуку у спору између две жене које су се бориле за дете. С обзиром на то да су обе жене тврдиле да су родиле то дете, Соломон је морао да открије која од њих је биолошка мајка која има право да задржи дете. Соломон је предложио да се дете исече на два дела и да свака од жена добије по један део. Као што су сви претпостављали, једна од жена снажно се противила овом предлогу и желела је да се одрекне детета зарад његовог живота и да га препусти противничкој страни. За судију Соломона, ова реакција представљала је јасан доказ да је та жена права, то јест, биолошка мајка детета. Соломонов предлог сматра се мудрим, правденим и ефикасним начином утврђивања чињеница.

Међутим, ово утврђивање чињеница засновано је, наравно, на важним претпоставкама. Пре свега, сматра се да је Соломон непристрасан арбитар који ни на који начин није повезан са странама у спору, нити са дететом, у евентуалном својству оца. Соломон је, надаље, претпоставио да ће се биолошка мајка противити наношењу штете свом детету, што се може узети као генерално прихваћена претпоставка. Ово би могло бити тачно 90%, али шта је са преосталих 10%? Да је жена која се противила убиству детета била „погрешна“ мајка, и даље би у најбољем интересу детета било да се оно да мајци која се противи убиству, зато што би она, иако није биолошка мајка, могла да буде боља мајка од мајке која се није противила предлогу да се дете исече. Стога је утврђивање чињеница засновано на претпоставкама за које се може испоставити да су погрешне.

Када се сагледају сви ови примери, испоставља се да су независност судије и његова непристрасност у погледу страна у спору од фундаменталног и суштинског значаја. Реч је о *conditio sine qua non*. Овим се, међутим, не решава питање процедуре у вези са утврђивањем чињеница.

1.2.2.3. Независно утврђивање чињеница и политички притисак

Ако је државна управа задужена за утврђивање чињеница у конкретним случајевима, може се десити да она буде суочена са супротстављеним интересима, као у случају тражилаца азила. У политичком је интересу, рецимо Швајцарске, да ограничи број тражилаца азила и да једном мањем броју тражилаца азила додели избеглички статус. Ово је у потпуној супротности са интересом тражиоца азила, који се боји да ће бити прогоњен, мучен или убијен када се врати у своју домовину. У процесу утврђивања чињеница, управни органи морају да одговоре на следеће питање – у којој мери је тражилац азила угрожен у земљи из које потиче и морају такође да проуче конкретне податке о општој ситуацији у дотичној земљи и опасност која прети тражиоцу азила од стране власти у тој земљи. Такво утврђивање чињеница и процена конкретне опасности даје државној управи широка дискрециона овлашћења. У великом броју случајева, државна управа има много посла око утврђивања истине. Због тога садашњи швајцарски закони захтевају од државне управе само да оцени кредибилитет тражилаца азила и да донесе коначну одлуку засновану само на њиховом кредибилитету. Због тога се дешава да чак и када тражиоцима азила заиста прети опасност у њиховој земљи, њихов захтев за азил буде одбијен само по основу недостатка кредибилитета.

1.2.2.4. Порота као истражитељ чињеница

У земљама са англосаксонском правном традицијом, у процедури заснованој на принципу поштеног суђења, дужност утврђивања

чињеница најчеће се додељује странкама од којих је затражено да убеде независну пороту путем подношења доступних доказа. Чланови ове пороте бирају се насумично. Странке морају да изнесу чињенице и потребне доказе пред пороту, а порота затим мора да донесе одлуку у којој саопштава које чињенице сматра релевантним и истинитим. У овом, такозваном „адверзативном поступку“ стране се налазе у равноправном положају и боре се за своје виђење чињеница пред независном поротом. Тако ће порота сматрати релевантним само оне изнете чињенице које су поткрепљене убедљивим доказима. Свака страна мора да брани своје интересе, те тако ниједна страна не ужива посебне привилегије, нити углед, приликом утврђивања чињеница.

1.2.2.5. Судија као истражитељ чињеница

У земљама континенталне правне традиције, о чињеницама одлучује судија, а само ретко порота. У кривичним случајевима, тужилац често добија посебан положај, јер се полази од претпоставке да тужилац износи чињенице, не само као противник оптуженог, већ и у својству државног службеника који брани јавне интересе, укључујући и интересе оптуженог. Као последица тога, јавни тужилац има већи кредибилитет у односу на оптуженог, којем, с друге стране, када је реч о кривичним поступцима, стоји на располагању принцип да у сумњи треба одлучити у корист оптуженог. Док су у земљама англосаксонског права ови принципи развијени путем судских прецедената, у земљама континенталног права они се примењују путем закона.

1.2.2.6. Истина коју утврђује државна управа

У оквиру система адверзативних судских поступака, обе стране су равноправне. Унутар таквог система, независност и непристрасност суда као посредника који није привржен ниједној од страна, уверљивије су него у систему који овлашћење доношења одлука о чињеницама ставља у руке државној управи, што је, с обзиром на истражни метод, случај у континенталном правном систему. Да би се проценила независност судства, важно је такође да се проуче процедуре. У инквизиторијалним системима, заснованим на истраживањима које спроводи државна управа, ограничене су могућности које стоје на располагању судовима, када је реч о независном утврђивању чињеница. Често се дешава да чињенице које изнесе државна управа они морају да прихвате здраво за готово. Само у случајевима разумне сумње у објективност чињеница, суд може да захтева додатно утврђивање чињеница. Стога су неопходне неке додатне гаранције одговарајућег правног поступка, попут чл. 6 ЕКЈП-а. Ова права захтевају од судова да у кривичним поступцима доделе важна права оптуженом како би се гарантовало поштено суђење и одговарајући правни поступак, а нарочито могућност ефикасне одбране на суду.

1.2.2.7. Избегавање правде линча

Данас је у различитим земљама присутна неколицина политичких трендова којима се заговара већа политичка обавеза судства и већа зависност судства од политике. Творци таквих нових политичких дешавања требало би да се сете чувених случајева *Мисисипи* који су се одиграли у Сједињеним Државама и који су обавезали Конгрес да донесе законе о грађанским правима. У овим случајевима, оптужени који су припадали афро-америчкој заједници нису имали никакве шансе да буду ослобођени оптужби за убиство, иако су били невини, зато што су судије и порота били изложени притиску расистичке руље. Ако судови подлегну утицају политике и етничке припадности, они ће доносити одлуке у складу са предрасудама јавног мњења, а не у складу са законом. Ако је циљ правосуђа, као што је већ одлучено у чувеном случају *Bonham* из 1610. године³, да осигура владавину закона, а не људи, правосуђе мора да постигне што је могуће већу независност од политичког притиска.

2. НЕЗАВИСНИ СУДОВИ

2.1. Предуслов за међународну обавезу поштовања људских права

Сви међународни правни документи којима се обезбеђују основни елементи владавине права дају јасну предност принципу независних, непристрасних и компетентних судова, установљених законом. Стога се у чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима каже:

Сви су пред судовима једнаки. Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати било о основаности ма какве оптужбе кривично-правне природе уперене против њега, било у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе.

Судови стога више нису лична својина владара, свештеника нити политичара високог ранга. Људима би требало да владају закони, а не људи!

2.1.1 Људска грешка

Судови и трибунали су институције које се оснивају путем права. Стога, унапред морају да буду познати надлежност, овлашћења и, наравно, судска пракса суда са којим особа долази у контакт. Када су упознате са судском праксом суда, стране у једном поступку могу

³ 8 Co. Rep. 114 (Court of Common Pleas [1610]).

боље да бране свој случај тако што ће своје аргументе заснивати на одлучујућим прецедентима. Поред тога, унапред се мора знати ко ће бити судија. Иако судије долазе из различитих правних традиција и могу да припадају различитим партијама, они морају да буду само под утицајем закона. Међутим, при тумачењу правних текстова они, у извесној мери, морају да узму у обзир сопствена лична уверења, образовање и лична искуства.

Основна идеја није да се постави неки велики владар у чији ће се интегритет имати поверења, нити да се целокупан правосудни систем преда у руке најморалнијем, најчаснијем и најлегитимнијем лицу. Оно што је, међутим, важно, јесте легитимност институције, а то је у овом случају, суд, легитимност судског поступка и легитимност процедуре избора судија. Ови елементи су основа гаранције непристрасности и независности суда.

2.1.2. Моћни судови у погледу власти

Прво и основно, суд мора да буде компетентан. Овај услов може да се сагледа из два различита угла. Суд је компетентан ако је његова надлежност установљена законом и ако суд има овлашћење да одлучује независно о својој компетентности. Надаље, компетентност суда такође подразумева његово овлашћење да управља странкама како би поступак био вођен на непристрасан начин. Овде се уочавају јасне и значајне разлике између система англосаксонског права и система континенталног права, нарочито у случајевима када државна управа учествује у поступку у својству странке. Пре свега, у континенталном правном систему, притужбе на рачун државне управе увек су упућене против анонимне власти која је део хијерархије државне управе, као једне од страна у поступку. У оквиру англосаксонског правног система, тужба против државне управе често је персонализована, нпр. *Marbury v. Madison*⁴, како би се означила конкретна особа која мора да брани интересе управе у својству стране у поступку. Као последица тога, особа која учествује у поступку у име државне управе може током суђења да одговара за свој став пред судијом. Управо судија, користећи овлашћење забране непоштовања суда, може да наложи члану државне управе да, рецимо, преда релевантна документа неопходна за утврђивање чињеница. Уколико они то одбију, судија је овлашћен да осуди страну у поступку на новчану казну, па чак и на казну затвора. Када судија донесе коначну одлуку, она или он могу да пропишу било коју меру која је потребна да би се поново успоставила владавина права.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

У случају одбијања, та особа је одговорна за извршење пресуде и може такође да буде кажњена новчаном казном или казном затвора. У континенталном правном систему, анонимни државни орган као такав не може бити осуђен на новчану казну, нити на казну затвора. Стога судија има веома ограничено овлашћење у погледу државне управе, јер не постоји никаква санкција којом се може казнити нека апстрактна власт у случају да та власт одбије да прихвати одлуку судије. Ово би могло да буде један од важних разлога зашто, у континенталном правном систему, судија нема никакво овлашћење да спроведе своје одлуке, захтева конкретне мере, нити да забрани одређене активности и примени своје пресуде у погледу државне управе.

Због тога једина тужба која је могућа унутар управног права у континенталном правном систему јесте захтев да се поништи акт управе. Традиционалан англосаксонски правни лек судске забране или наредбе не постоји у континенталном правном систему.

2.2. Зашто државна управа не може да функционише као независан судија?

2.2.1. *Поступање у јавном интересу*

У швајцарском систему управног права, који је био под утицајем француског и немачког система, државна управа имала је дуго времена значајна овлашћења која су јој омогућавала да функционише као независан судија. Основна идеја у позадини овог овлашћења јесте уверење да државна управа делује у јавном интересу. Од ње се тражи да испуни вољу законодавне власти и стога су јој потребна независна овлашћења како би применила постојеће позитивно право. Поступајући у име извршне власти, државна управа мора да има на располагању иста средства принуде у погледу обичних грађана која има и судија. Стога је државна управа овлашћена да принуди на правне обавезе путем управних аката, а потом да спроведе ове акте уз помоћ присилних средстава извршења. Ове административне одлуке могу такође да садрже конкретне претње новчаним казнама за оне субјекте који се не придржавају наредби државне управе.

2.2.2. *Хијерархија државне управе нема никакав кредибилитет*

Полазећи од овог убеђења, велики број притужби на незаконите акте државне управе могле су да буду упућене управним органима на наредном нивоу хијерархије. У великом броју случајева, државна управа није могла да буде тужена пред независним судијом. Уместо тога, државна управа, као институција која делује у јавном интересу, имала је пуни кредибилитет као независан правни актер.

2.2.3. Независност према члану 6 ЕКЈП-а

Овај концепт радикално је био промењен са усвајањем Европске конвенције о људским правима (ЕКЈП), а нарочито члана 6 ове Конвенције. Прекретница у Швајцарској, када су у питању судски случајеви, био је случај *Belilos*, који јасно илуструје проблем независности и кредибилитета државне управе. Случај је започео када је Марлен Белилос досуђена новчана казна због учествовања на недозвољеним демонстрацијама у Лозани, главном граду швајцарског кантона Вода. Белилосова је порицала да је учествовала на овим демонстрацијама и тврдила је да је у то време била у ресторану на састанку са својим бившим мужем како би од њега добила новац за алиментацију. Према правном систему кантона Вод, ако субјект одбије да плати новчану казну досуђену према кантоналном кривичном праву, такозвани полицијски суд има обавезу да преиспита случај. Овај полицијски суд састављен је од бивших полицајаца који, на одређено време, суде у судским поступцима. Њима је, као члановима полицијског суда, додељен извршан степен независности. Влади кантона нарочито није дозвољено да даје било какве директиве овом суду, нити било ком од његових чланова.

Госпођа Белилос је посебно тврдила да управно тело, као што је полицијски суд, не може да се сматра независним судом према чл. 6 ЕКЈП-а. Полицијски суд није поуздано непристрасан када се од њега тражи да одлучи о чињеницама које, с једне стране износи полиција, а с друге стране, приватно лице у својству сведока. Према чл. 6 ЕКЈП-а, о пресудама у кривичним поступцима, као и о одлукама државне управе којима се крше грађанска права, може одлучивати само непристрасан и независан суд предвиђен законом који је у потпуности надлежан за случај који треба да се води на јавном суђењу. Надаље, када је реч о полицијским питањима, полицијски суд не може да буде сматран непристрасним.

Суд се у вези са овим конкретним случајем позвао на основе из чл. 6. Суд је морао да одлучи да ли полицијски суд кантоналне државне управе може да се сматра независним судом у смислу чл. 6 ЕКЈП-а. Суд је ово одбио наводећи следеће разлоге: Полицијски суд или општински суд састављен је од појединачних чланова који су, када је реч о њиховој конкретној функцији, у мањој или већој мери независни. Међутим, с обзиром на то да извршни органи могу да их, као чланове суда који припадају служби полиције, поново поставе на административне положаје унутар полиције, овај суд се не може сматрати истински независним. На одлуке судија могли би да утичу њихови сопствени интереси који се односе на напредовање у каријери службеника државне управе. Тако је извршна власт која одлучује о

евентуалном постављању на ову последње поменућу функцију вршила *de facto* важан утицај на доношење одлука општинских судова.

2.2.4. Зависност од политике и државне управе

Пошто је постојала могућност да чланови овог општинског суда буду заинтересовани за сопствено будуће напредовање у послу које би им омогућила извршна власт постављањем на нове административне функције, они се не могу сматрати независним у функционалном смислу. Поверење у независност судства не треба доводити у питање зато што чланове поставља извршна власт. Овде није спорна изборна процедура, већ се ради о томе да чињеница да су чланови заинтересовани за унапређење у оквиру своје функције угрожава кредибилитет општинског суда.

И заиста, ако анализирамо овај конкретан случај, морамо признати да суд састављен од бивших полицајаца који могу поново да обављају ову функцију има веома слаб кредибилитет када треба да оцени кредибилитет приватног лица у својству сведока и бившег мужа госпође Белилос који негира званичну изјаву полицајца који тврди да ју је видео како учествује на демонстрацијама. Како суд састављен од полицајаца који имају интерес да поново раде унутар исте државне управе може да тврди за себе да је независан суд када он мора да донесе одлуке о чињеницама око којих се споре полицајци и приватна лица?

2.2.5. Научена лекција

Овај случај је такође занимљив и када је реч о једном другом питању. Госпођи Белилос досуђена је новчана казна зато што је суд пресудио да је она била на демонстрацијама, што је чињеница коју је госпођа Белилос негирала. Суд није веровао њеној изјави, нити сведочењу њеног бившег мужа. Он је само веровао свом полицајцу и колеги који је током суђења потврдио да ју је видео на демонстрацијама. Овде се суочавамо са проблемом непристрасног утврђивања чињеница које спроводи суд састављен од бивших полицајаца. Чак и ако би ови бивши полицајци сматрали да на њих не утиче њихов некадашњи посао и ако би тврдили да немају никакве позитивне предрасуде у погледу свог колеге у својству сведока, људи изван државне управе увек би сумњали у истинитост таквих тврдњи. Иако је општински суд можда праведно поступио, то није било тако доживљено.

2.3. Систем теже и противтеже

При анализирању принципа поделе власти, намеће се добро позната Монтескјеова реченица из Поглавља XI његовог дела *Дух закона*:

Међутим, свакодневно искуство показује нам да је сваки човек који има власт склон да ту власт злоупотреби и да искористи своју власт до крајњих граница. Зар није чудно, а опет и истинито, рећи да су самој врлини потребна ограничења? Да би се спречила ова злоупотреба, потребно је, по самој природи ствари, да власт буде контрола власти. Влада може да буде конституисана тако да ниједан човек не буде приморан да чини ствари на које га не обезује закон, нити да се уздржава од ствари које закон допушта.⁵

Виспрено схватање према којем „власт квари, а апсолутна власт апсолутно квари“ (Лорд Ектон)⁶ налази се у самој основи принципа поделе власти.

2.3.1. Да људима влада закон

Сви филозофи који заговарају владавину права нарочито су инсистирали на томе да судство треба да буде независно од извршне и законодавне власти. Ово не значи да извршна власт не може да поставља судије. Нити значи да извршна власт не може да врши извесну дисциплинску контролу над понашањем судија. Минималан стандард који се тражи јесте да судије никада не могу да се уклоне са положаја због одлука које су донели или аргумената које су изложили на суду, да ниједну одлуку не може да поништи извршна власт и да извршна власт нема овлашћење да изда директиву у вези са самом функцијом или судском праксом суда. Ако, рецимо, извршна власт поставља судије, као што је то случај у САД-у, а Устав предвиђа да они могу доживотно да обављају функцију и да њихова плата не може да буде смањена док обављају своју функцију, такве гаранције представљају противтежу утицају извршне власти када она поставља судије на положај. Стога се увек морају сагледати сви аспекти система теже и противтеже између две делатности како би се проценила независност судија у конкретном случају. Исто важи и за законодавну власт и њено овлашћење импичмента или њеног овлашћења да одузме имунитет у случају кривичне оптужбе подигнуте против судије.

⁵ Montesquieu, *Spirit of Laws*, Cambridge 1989, Chapter XI.

⁶ Први барон Ектон (John Emerich Edward Dalberg Acton, first Baron Acton, 1834–1902) у писму бискупу Крејтону (Bishop Mandell Creighton) из 1887. године

2.3.2. *Случај Мухамедове карикатуре*

Недавно је цео свет био уздрман због карикатуре која је најпре објављена у данским дневним новинама, а потом и у многим другим европским новинама. На овој карикатури приказан је пророк Мухамед са турбаном на глави испод кога се видела бомба. За велики број Муслимана објава ове карикатуре представљала је неприхватљив расистички чин, јер се тиме сугерисало да је религија као таква терористичка и да су сви верници исламске вере или терористи или поборници тероризма.

Претпоставимо да би у овом конкретном случају законодавна власт морала да примени уставну гаранцију слободе штампе и кривични закон којим се забрањује свако објављивање расистичког садржаја. Она би тако морала да вага, с једне стране, уставом гарантовану слободу штампе и слободу мишљења, а са друге стране, право верника да не буду изложени омаловажавању због својих верских убеђења и да буду заштићени од сваке врсте расизма. Да ли бисмо могли да очекујемо да ће законодавна власт одлучивати о овом питању непристрасно и да неће узети у обзир политичке интересе било оних који бране слободу штампе, било оних који бране ислам?

И заиста, законодавна власт би употребила сва средства да убеди јавност у то да она, будући да је створила закон, најбоље зна које циљеве треба постићи и да због тога закон треба тумачити на начин који одреди законодавство. Међутим, такве одлуке могу да буду уверљиве само ако их донесе суд који је надлежан за питања људских права. Само суд може да на уверљив начин процени све различите супротстављене интересе у таквом случају.

2.3.3. *Осуда Томаса Мора*

У овом контексту чувена је осуда коју је у XVI веку енглески Парламент под краљем Хенријем VIII изрекао на рачун Томаса Мора. У овом случају, парламент је морао да одлучи да ли би одбијање Томаса Мора да призна да је Краљ врховни поглавар цркве требало сматрати велеиздајом. Пошто је овај закон донео парламент, при примени овог закона, парламент је сам себи био судија који је одлучивао о овом случају. Међутим, они који доносе закон не могу никада да дају мишљење о његовом садржају, тумачењу и примени у конкретном случају. Они би увек посматрали закон према најподеснијим политичким приликама и не би га тумачили на начин који би свако разумео, већ само на начин који они у датом моменту разумеју, узимајући у обзир актуелну већину и њен конкретан интерес.

Из истог разлога, од извршне власти не може се тражити и да примењује и спроводи закон и да буде крајња правна инстанца у слу-

чају када је њено тумачење предмет спорења. Када извршна власт примењује законе које је одобрио парламент, на суду је да одлучи да ли она извршава вољу парламента на исправан начин и у складу са уобичајеним схватањем. Уколико постоји спор о ограничењу брзине, рецимо, у погледу тога да ли 5 километара или само 3 километра преко дозвољене брзине треба да се толерише према закону, коначну одлуку о том питању требало би да донесе независан суд. Надаље, када је реч о утврђивању чињеница, овлашћење да се донесе коначна одлука о чињеницама не би требало да припада државној управи, већ га треба доделити суду. Како би то било, рецимо, да полицајац који регулише саобраћај у исто време спроводи саобраћајне прописе и кажњава новчаном казном возача који крши саобраћајне прописе? Могло би да се деси да полицајац превиди неке основне чињенице које би независан суд препознао, углавном због тога што постоји противничка страна која може да изнесе другачија виђења чињеница или друге аргументе у погледу закона. Полицајац, међутим, не може да буде сам свој судија када одлучује о правилима које треба применити и овлашћењу да се примене санкције и донесе коначна одлука о новчаним казнама или чак о затворској казни за возача који крши закон. Такво овлашћење може да врши само независан суд.

2.4. Независне судије

2.4.1. Избор и кандидовање судија

У појединим земљама, као што су Немачка и Шпанија, уставни судови састављени су од судија који се бирају на одређено време и не могу да буду поново изабрани у следећи мандат. У обема земљама, уставни суд је посебна грана судства чија је надлежност ограничена на контролу уставности било ког закона или било које друге државне активности. Стога је једино уставни суд надлежан за устав. Сви други редовни судови морају да се обрате овом уставном суду за решавање свих питања која се тичу устава.

У другим случајевима, највиши судови, као што су Врховни суд у САД-у и Дом лордова у Британији, састављени су од судија који су доживотно постављени на ту функцију. Међутим, само је амерички Врховни суд установио (1803. године) своју надлежност над уставом, на основу чувеног случаја *Marbury v. Madison*. У овом случају, главни судија Маршал следио је принцип према којем је судска власт суверена у сваком случају и када се од судства тражи да пресуди у правном спору, од њега се такође тражи да проучи највиши правни акт – Устав. Када дође до закључка да је законодавна власт прекршила устав, оно мора да има овлашћење да изврши контролу закона који је донела законодавна власт. Не могу се постављати ограничења на деловање судства када оно одлучује о случају према

принципу правде јер Америком, као што је то рекао главни судија Маршал, морају да владају закони, а не људи.

2.4.2. Функција на одређено време или доживотна функција

Ако се судије постављају на доживотну функцију или на одређено време, они су, наравно, чврсто уклопљени у дух времена и друштва. У изузетним случајевима, може се десити да буду помало прогресивни у односу на главну струју у актуелном друштвеном мишљењу, али од њих се не може очекивати да доносе одлуке које водећи интелектуалци тог друштва не могу уопште да разумеју.

Ако судију поставља извршна власт, као што је случај у Сједињеним Државама, извршна власт би лако могла да злоупотреби ово овлашћење како би поставила на функцију оне судије чији су ставови у складу са председниковим. Равнотежа између две странке се може одржавати ако се на функцији председника смеђују припадници и једне и друге странке. Међутим, ако се већина судија Врховног суда кандидује из редова једне странке, онда тај суд губи свој кредибилитет. То би било још драстичније ако би председници, као што се данас дешава, показивали склоност да на функцију постављају судије које су ближе екстремнијој, а не умеренијој струји страначке идеологије.

2.4.3. Нема неограничене независности

Заправо, уставни суд, или врховни суд овлашћен да контролише уставност законодавних аката, није никада у потпуности независан. Судије су део друштвене и политичке реалности. Па ипак, од њих се очекује да у својим пресудама о случајевима износе аргументе који су разумљиви правничкој професији. Политичка идеологија може увек да одмерава такве аргументе и да на њих утиче. Али на њих никада не смеју да утичу само политички интереси судија, јер они не подлежу никаквој процедури обнављања.

Судија индијског Врховног суда испричао ми је једном шокантну причу о једном од својих случајева. У случају у којем је он пресуђивао о кривичној оптужби подигнутој против сина председника једне од савезних држава (Главни министар), Главни министар му је рекао да ће уколико донесе пресуду против његовог сина бити одмах послат у затвор чим напусти суд. Упркос овим ужасним претњама, судија је осудио сина Главног министра.

Очигледно је да нема много судија који би поступили на овакав начин. Овај случај показује колико је тешка дилема коју државни систем представља судству. Постојање политичке власти која контролише судство често за последицу има злоупотребу. Можемо, ре-

цимо, споменути страшне одлуке које су готово сви судови доносили током владавине нацистичког режима. Лојалност судија, њихов страх да не буду ухапшени и апсолутна власт Фирера нису били ограничени, када је реч о судијама и целокупном судству.

Други пример односи се на Швајцарску, у којој је вођен чувени судски случај у којем је полицијски командир осуђен због тога што је фалсификовао документа јеврејским избеглицама који су желели да илегално уђу у Швајцарску. Ова одлука преиначена је тек 40 година касније, осамдесетих година XX века, уз образложење да полицијски командир Гринингер није био крив зато што је помагао људима којима је претила опасност да умру у концентрационом логору.⁷

Судије нису имуне на општеприхваћене политичке и друштвене ставове државе и друштва. Добро су познате скандалозне одлуке америчког Врховног суда против Американаца јапанског порекла донете током Другог светског рата. Данас је судски систем, или боље рећи непостојање судске контроле, над кампом такозваних нелегалних бораца у Гватанаму предмет великих оспоравања. Затвореници у Гвантанаму називају се нелегалним борцима како би били искључени из заштите прописане Женевском конвенцијом и годинама нису имали приступ суду. Поред тога, за суђење су задужене војне комисије. Иако је у случају *Hamdan v. Rumsfeld*, Врховни суд донео одлуку према којој су војне комисије установљене декретом Председника незаконите, Конгрес сада, на основу конгресног овлашћења, доноси нови закон којим се предвиђа оснивање таквих комисија.⁸ Како један војни суд правде може заиста да буде независтан у погледу затвореника?

2.4.4. Контролисање судија

Елементи горепоменуте контроле ограничавају понашање судија, вођење суда и његову компетентност све дотле док се не односе на његове одлуке донете током суђења. Контрола над одлукама донетим на суду често зависи од тога да ли странке имају могућност да се жале вишој судској инстанци. Одлуке суда су често јавне и могу се критиковати у јавности или у јавном правничком дискурсу. У Сједињеним Државама, против судија се на државном или савезном нивоу може водити поступак импичмента. Ова традиција импичмента преузета је из старог британског система. У британском Парламенту, међутим, од 1806. године није донета ниједна одлука у поступку импичмента. С друге стране, у Сједињеним Државама, судије су у претходним годинама осуђиване у поступцима импичмента.

⁷ <http://www.hagalil.com/schweiz/gruening.htm>

⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

3. НЕПРИСТРАСНА ПРАВДА: *NEMO IUDEX IN CAUSA SUA* (НИКО НЕ МОЖЕ ДА СУДИ У ПОСТУПКУ У КОЈЕМ УЧЕСТВУЈЕ У СВОЈСТВУ СТРАНКЕ)

3.1. У којој мери судија може да буде независтан?

Принцип према којем нико не може да буде судија у поступку који се ње/њега тиче вероватно је један од најважнијих и најстаријих правних принципа, чији корени досежу све до древног римског права. И заиста, чим приватни интереси судије постану део случаја о којем одлучује, до правде се не може доћи.

Размотримо један од најупечатљивијих случајева из недавне прошлости: правду линча која је спровођена у јужним деловима Сједињених Држава, нарочито у Мисисипију 60-их година XX века. У овој области, где сегрегација и даље функционише на друштвеном нивоу, хиљаде Афро-Американаца убијено је због правде линча. Линчовање је поступак у којем руља, обично неколико десетина или неколико хиљада људи, узима закон у своје руке како би повредили или убили особу која је оптужена за неко недело. Тај наводни прекршај креће се од озбиљних кривичних дела, као што су крађа или убиство, до пуког кршења локалних обичаја и вређања локалних осећања. Питање жртвине кривице је обично споредно, јер руља обавља улогу тужиоца, судије, пороте и извршитеља. Одговарајући правни поступак уступа место тренутним страстима и корисним циљевима.

Руља, која преузима улогу „судије“, служи сопственим емоцијама и интересима. У свим овим случајевима, главни интерес за линчовање Афро-Американаца било је да се одржи незаконита сегрегација и да се Афро-Американцима забрани да ступе у друштво засновано на једнаким правима. Шерифи нису предузимали ништа против великог броја ових злочина, нити су тужиоци кривично гонили починиоце злочина, нити су судије и порота били непристрасни у случајевима који су из неког разлога доспели на суд. И заиста, државно судство било је потпуно на страни белачке већине. Стога није постојала непристрасна правда када је реч о злочинима линчовања, а ни када је реч о Афро-Американцима који су доспели на суд јер су починили другу врсту злочина. Смртна казна је била регуларна ствар када је реч о злочинима које су починили припадници дискриминисаних раса, а само у изузетним случајевима извршавана је – ако је уопште и извршавана – над белцима.

Ови случајеви расне дискриминације откривају веома посебан и савремен проблем примене принципа непристрасних судија и поротника. У земљама са етничким поделама, инволвиран лични интерес често се не тиче личног благостања нити личне погодности, већ пре

интереса расне или етничке већине да задржи своје привилегије и деградира мањине као грађане другог реда зарад интереса већине.

Осим тога, ови случајеви откривају да је у стварности изузетно тешко применити принцип према којем нико не може да суди о сопственој ствари, без обзира на то што тај принцип нико не доводи у питање. Може се десити да на ову стварност чак и не утичу подељене етничке групе; она се такође може приметити у подели између образованих и необразованих људи или између богатих и сиромашних људи. Само због свог образовања или свог економског богатства, оптужени могу да имају користи од судије који има позитивне предрасуде засноване на њиховом друштвеном положају, или се, пак, могу осетити дискриминисаним због свог друштвеног положаја. У Сједињеним Државама, питање непристрасног судије проширено је на питање избора чланова пороте. Адвокати који учествују на суђењима пролазе посебну обуку за процену кандидата за место поротника које ће изабрати одређена страна на суђењу. Људи који морају да се одазову позиву да буду поротници бирају се насумице. Стога, за разлику од политичких избора, свако мора да се одазове и одазива се на позив да буде поротник. Сваки грађанин представља потенцијалног кандидата за поротника. Ова кандидатура не зависи од богатства, од припадности било којој политичкој партији, нити од тога да ли је неко верник или не. Стога је овај избор истински демократски. Међутим, још увек постоје извесне сумње у погледу независности пороте. Када је реч о смртној казни, проценат Афро-Американаца који су погубљени далеко је већи од процента који њихови припадници чине у целокупном становништву. И заиста, 40% оних над којима је држава извршила смртну казну јесу Афро-Американци, који чине само 12% целокупног америчког становништва. Што се тиче смртне казне, они који се противе смртној казни искључују се из пороте на суђењу за злочин за који се може одредити ова врста казне.

3.2. Независност од кога?

Од кога би то судија требало да буде независан? Очигледно је да је судија који је слаба личност и који зависи или од свог партнера или од своје деце или родитеља, не може да буде смењен са своје функције. Осим тога, не постоји никаква правна могућност да се спречи таква врста зависности. Могло би се чак поставити питање да ли је потребна таква независност. Овде би требало да се вратимо на корене вредности независности судије. У свом делу *Дух закона*, Монтескје постулира поделу власти зарад индивидуалне слободе. Према његовом мишљењу, циљ принципа поделе власти јесте боља заштита индивидуалне слободе. Ако је ово главни циљ судске независности,

онда друштвена или породична зависност не би требало да представља разлог за узнемиреност чак ни најсумњичавијих теоретичара судске независности.

Међутим, принцип судске независности нема само политичке корене, већ корене има и у концепту правде. Једна судска одлука може да се сматра праведном ако су све странке у поступку имале исте могућности да изнесу свој случај пред суд. Ово, међутим, може да доведе до праведне одлуке само ако судија или порота која заседа на случају нису изложени утицају који долази ван суда. Сваки утицај који долази ван суда може да штети једној страни и стога да ту страну дискриминише.

Међутим, овде морамо да направимо разлику између утврђивања чињеница и „утврђивања права“. Што се тиче утврђивања чињеница, требало би да само стране које су представљене на суђењу и судија утичу на утврђивање чињеница. Спољашњи утицај медија или лица која нису сведоци не би требало ни на који начин да одређује исход утврђивања чињеница које су релевантне за пороту. Управо из овог разлога, у америчкој традицији, чланови пороте се држе изоловано од јавности док траје суђење како би се онемогућио спољашњи утицај на случај. Што се тиче утврђивања релевантног права, судија мора да поштује и примењује право, и само право. Стога, сваки аргумент за одређено тумачење права требало би да се стави на располагање судији који има дужност да одлучи који је начин аргументације у погледу одређеног тумачења најубедљивији. Аргументи који долазе споља не би требало никада да приморавају судију на одређену одлуку, нити да врше притисак на њега. Он/она треба да има одговарајуће схватање и аргументацију за које сматра да су најубедљивији, а тиме и успешни. Свака врста правног промишљања које долазе споља може да буде корисно уколико омогућава судији да следи и примењује закон и само закон.

3.3. Приступ правди

Чак и најнезависнији судови не могу да унапреде владавину права у земљи у којој грађани немају приступ правди. Овај општи приступ мора да буде омогућен нарочито за случајеве евентуалних кршења људских права које почине државни службеници и државна управа. Зато је најшкакљивије питање, када је реч о приступу правди, да ли грађани имају могућност да туже државну управу за кршење људских права.

Што се тиче проблематике приступа правди, најпре морамо да будемо свесни чињенице да из историјских разлога два основна правна система, англосаксонски и континентални, имају веома различито виђење приступа правди. Континентални правни систем онемогућава

покретање судског поступка по основу тужби против државне управе зато што он спречава сваку надлежност традиционалних судова на пољу јавног права. У англосаксонском правном систему, покретање судских поступака против државне управе сматрано је покретањем судских поступака против оних који служе Круни. Пошто монарх не може да буде тужена страна на суду, и пошто су судије такође у служби Круне, овај приступ правди био је могућ само путем традиционалног англосаксонског правног лека судске забране, који се у већини случајева није могао применити против службеника Круне. Међутим, институција Лорда канцелара, која је могла да обезбеди додатне правне лекове за приступ правди у случајевима покренутим против државне управе, већ је била омогућена појавом *habeas corpus*-а, којим се захтевала правна основа за хапшење појединаца, а касније је то допуњено и применом традиционалних јавноправних лекова.

То је разлог што ћемо најпре описати виђења која различити правни системи имају у вези са приступом правди, а затим ћемо размотрити значај ширег приступа правди на пољу људских права.

4. РАЗЛИЧИТИ ПРАВНИ СИСТЕМИ У ПОГЛЕДУ ЈАВНОГ ПРАВА И ПРИВАТНОГ ПРАВА

4.1. Гаранције људских права

У чувеном случају *Brown v. Board of Education*, Врховни суд Сједињених Држава наложио је државним школама да приме децу из афро-америчких породица.⁹ Чињеница да је овај случај доспео на суд последица је постојања правног лека судског налога. Родитељи су били у могућности да, користећи правни лек судског налога, затраже од суда да наложи школи да прими децу. Сам суд био је у могућности да примени своју одлуку, као и у случају непоштовања суда, будући да је могао да наложи школи да прими децу.

У континенталном правном систему било би доста теже обезбедити правни лек уз помоћ којег би се деци омогућило да буду примљена. Уобичајени правни лек јесте захтев грађана да се поништи одлука. Међутим, у случају *Brown* није постојала одлука која је могла да се поништи: родитељи су тражили позитиван одговор школе. Стога, у континенталном правном систему, родитељи би морали да чекају да добију негативан одговор од школе. Но, чак и да се одлука поништи, суд не би имао овлашћење да примени позитивну одлуку. Непостојање правних лекова у континенталном правном систему још је више изненађујуће у случајевима где се људска права сурово крше, као рецимо, када се муче затвореници. Чувени случај израелског Врховног

⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

суда, који је у септембру 1999. године донео одлуку да је мучење затвореника засновано на управно-правним правилима забрањено, можда никада не би доспео на суд у континенталном правном систему. Актуелне тужбе против европских држава, које су дозволиле америчкој обавештајној служби да употреби њихов ваздушни простор како би транспортовала затворенике са циљем да их изложи мучењу у иностраној земљи, вероватно никада неће dospети на суд због непостојања правних лекова.

Ови примери јасно указују на однос између гаранције људских права и правних лекова којима се омогућава приступ правди. Можда у уставу једне земље и постоје извршне формулације у погледу људских права, али ако су управно право и правни лекови којима се обезбеђује приступ правди ограничени, чак и најбољи избор људских права не може заиста да поправи ситуацију у земљи када је реч о људским правима.

Исто се може рећи и када је реч о међународним уговорима којима се штите људска права. Ефикасност ових уговора унутар различитих држава зависи пре свега од тога да ли домаћи судови могу да примене ове ратификоване уговоре. Питање примењивости зависи од тога да ли држава заговара монистички или дуалистички концепт међународног права. Према монистичком концепту, међународни уговори се могу примењивати интерно, без додатних законодавних аката. Већина земаља континенталне правне традиције у мањој или већој мери, следи монистички систем. У дуалистичком систему, а то је правило у земљама англосаксонске правне традиције, с изузетком САД-а, национални суд може примењивати међународно право само уколико је, након што га је ратификовала дотична држава, инкорпорирано у законе донете у оквиру домаћег правног система. Тако, рецимо, у Уједињеном Краљевству судови дуго времена нису могли да примењују Европску конвенцију о људским правима. Тек су након доношења Закона о људским правима из 1998. године британски судови могли да примењују одредбе Европске конвенције.

Што се тиче гаранција људских права, морамо такође бити свесни чињенице да постоје различити приступи ова два правна система. У англосаксонској правној традицији, у том погледу, нагласак је на процедури и правним лековима. Стога се у центру пажње англосаксонске правне традиције налазе праведна процедура, право на случајног (природног) судију, као и независни судови. Континентална правна традиција више је усредсређена на супстантивне гаранције, као што су људско достојанство и слободе. Стога се сматра да је најважније људско право људско достојанство, док је у земљи са континенталном правном традицијом очигледно да је најважније право *habeas corpus*, којим се свакој особи којој је ускраћена слобода гарантује приступ независном судству.

4.2. Рат против тероризма или нико не може да буде судија у сопственом поступку

Велики број организација за људска права оптужило је 2005. године Сједињене Државе и поједине европске државе да су транспортовале лица осумњичена за тероризам у земље у којима нису надлежне за истрагу, како би избегле позивање ових лица на права *habeas corpus*-а и одговарајућег правног поступка, која им се гарантују унутар домаће јурисдикције. Таква пракса оправдана је навођењем аргумента да су терористи непријатељи владавине права и да зато немају право да буду привилеговани по основу права која се дају грађанима ових земаља. Наравно, у таквим случајевима, не гарантује се независност судства. Најпре, позивајући се на околност рата, власти сматрају да су терористи непријатељи које треба победити коришћењем свих средстава. Они сматрају да њихова цивилизација има сва права овог света да одбрани себе и свој опстанак.

Да ли је, у таквом случају рата, могућа било каква судска независност? Када је реч о традиционалним ратовима, право оружаних сукоба обезбеђује неке основне гаранције ратним затвореницима. Оно забрањује непријатељској држави да своје затворенике третира као криминалце и да их оптужује за кривична дела, без обзира на чињеницу да су они можда током рата убили војнике непријатељске државе. Међутим, ако буду оптужени за ратне злочине, чак и непријатељска држава може да подигне оптужницу против њих. Овде су исцрпљене све могућности владавине права и долази се до основног питања да ли они који воде рат на начин којим се крши владавина права могу да захтевају да се и на њих примењује владавина права. Важно је да се схвати да је циљ независности судства не само гарантовање поштеност суђења оптуженима, већ и обезбеђивање најбољих могућих стандарда да се стварне чињенице сазнају. Уколико тајна служба, која је изложена притиску да мора да обезбеди све могуће информације о могућим терористичким активностима, може да испитује потенцијалне осумњичене, а да при том уопште не одговара за своје поступке, не постоји никаква гаранција да ће таква служба обезбедити потпуну истину. У том случају се пре може претпоставити да ће информације бити пречишћене како би се избегао било какав могући политички притисак.

Надаље, лица из тајне службе ће бити потпуно слободна да раде шта желе са тим осумњиченим лицима. Они ће користити сва расположива средства да својим надређенима доставе информације и користе сва расположива средства да до тих информација дођу. Пошто имају потпуну и неконтролисану власт над својим затвореницима, лако показују спремност да натерају затворенике да осете све

њихове личне фрустрације. Чувена изрека Лорда Ектона да власт квари, а апсолутна власт апсолутно квари, такође се може применити на ситуације када се само једно лице, у својству затвореника, налази под тоталном контролом друге особе која не сноси никакву одговорност за своје понашање, а која има сву могућу физичку и психолошку моћ над жртвом.

Покушају да ову дилему разрешим навођењем одлуке израелског Врховног суда у којој су изнети аргументи против правила мучења која је установила државна управа. Овај суд представља изванредан пример судске институције која опстаје у веома напетој и контроверзној политичкој средини. Не мора се подржавати израелска политика, да би изразило дивљење према судијама који доносе одлуке у овом веома осетљивом контексту. Стога сматрам да се не може пронаћи убедљивији доказ о достојанству независног суда од оног садржаног у речима које је написао Врховни суд земље која се налази у сталном страху за сопствену будућност:

Одлучивање о овим захтевима веома је тешко пало овом Суду. Истина, са правне тачке гледишта, раван је пут који је пред нама. Међутим, ми смо, ипак, део израелског друштва. Нама су познати његови проблеми и наш живот је део његове историје. Ми нисмо изоловани у некој кули од слоноваче. Ми живимо живот ове земље. Свесни смо сурове реалности у којој се повремено суочавамо са тероризмом. Узнемирава нас то што сматрамо да ће ова одлука угрозити способност да се на одговорачући начин носимо са терористима и тероризмом. Па ипак, ми смо судије. Наша браћа по професији нас обавезују да поступамо по закону. То је у исто време и стандард који сами себи постављамо. Док судимо на суду, и сами смо изложени просуђивању. Стога морамо да поступамо у складу са својом најчистијом савешћу, када доносимо одлуке по закону. Речи заменика председника Врховног суда, судије Ландауа, говоре јасно у прилог томе: „Ми имамо одговарајуће изворе на основу којих обликујемо своје одлуке и немамо потребу, а док судимо и забрањено нам је, да своја лична виђења која имамо као грађани ове земље уносимо у своје одлуке. Ипак, постоји велика бојазан од могућег мишљења да је Суд одступио од своје улоге и да се спустио на ниво јавне дебате и страха да ће његово одлучивање бити ометано негодовањем једног дела становништва и апсолутним и емотивним одбијањем другог дела становништва. У том смислу, себе доживљавам као некога чија је дужност да доноси одлуке по закону у свим случајевима који доспеју на Суд. Мене чврсто обавезује ова дужност. Исто тако, унапред сам веома свестан чињенице да јавност генерално неће обраћати пажњу на правно образложење, већ само на крајњи исход, као и да постоји ризик да се угрози одговарајући статус Суда, као институције која је изнад пристрас-

них дебата. Шта да се ради, када је то функција и улога нас као судија.“¹⁰

5. ЗАКЉУЧАК

Које основне закључке можемо извући из ових размишљања о судској независности? У принципу, видели смо да судство не зависи само од добрих закона и добрих правних принципа, већ зависи и од процедура, правног система и правне културе, као и од положаја суда и судија. Правда не само да мора бити задовољена, већ се мора видети да је она задовољена. Чак и најбољи јаки правни принципи не могу да гарантују правду ако не постоји одговарајућа процедура и одговарајућа гаранција независности судства.

Још увек не постоји одговор на питање које треба да решимо: да ли би отворена демократска скупштина или парламент био много бољи судија и исто тако независтан као што су суд и судство? Право може да обезбеди сигурност само уколико је предвидиво. Међутим, сам појам парламента и законодавства не може да буде предвидив у погледу прошлости, већ може да предвиди будућност и да обезбеди креативне прописе за будуће догађаје. Људи, с друге стране, треба да знају који прописи су важећи и које морају да поштују. Право мора да буде предвидиво. Овај принцип може гарантовати само систем судова који потпуно познају право које ће се примењивати у одређеном случају и који су способни да установе чињенично стање у чврстој сарадњи са супарничким странама. Судије морају да гледају у прошлост, док политичари треба да гледају у будућност. Ово је главни разлог због којег судство, које је најсагласније са принципом предвидивости примене права, треба да буде независно.

Dr Thomas Fleiner

Full Professor

University of Fribourg, Faculty of Law

THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY

Summary

The author argues that even the best catalogue of human rights cannot guarantee justice if the remedies for human rights violations are lim-

¹⁰ H.C. 390/79 *Dawikat v. The State of Israel*, 34(1) P.D. 1, 4.

ited. In that respect, the author emphasizes that all international instruments providing for the basic elements of the rule of law give a clear priority to the principle of independent, impartial and competent courts provided by law. The essential elements of the independence of judiciary include: the fact-finding procedure, the institutional organization of the court, the procedure for the election of judges, the protection and guarantee of judges' independence, their competences and their capacities. This essay covers all those elements, and highlights that courts must guarantee political independence and impartiality; they must be prescribed by law and accessible to every individual; procedures must be credible, and the courts must have the power to implement judgments. These guarantees are particularly endangered in the currently waged war on terrorism, because it is often forgotten that law can provide security only if it is predictable. Finally, it is stressed that the independence of judiciary depends on the legal education and legal culture of one country. In this regard, the author provides an overview of different legal cultures and their distinctive approaches to the power and independence of judiciary.

Key words: *Judicial independence. – Fact finding. – Protection and guarantees of independence. – Competency. – Impartiality.*