

Проф. др СЛОБОДАН ПЕРОВИЋ

## ПРИРОДНО ПРАВО И СУДИЈСКА НЕЗАВИСНОСТ

Феномен права састављен је из два основна својства: трансцендентног и искуственог. Прво је априорно, универзално и апсолутно, а друго је постериорно, емпиријско и релативно.<sup>1</sup> У спољњем свету, право се никада не представља једним својством. Само у композицији оба својства право налази свој избор.

Трансцендентно својство изражава апсолутну идеју права која му обезбеђује сталност и универзалност, док се емпиријским својством испољава његова просторна и временска релативност. Отуда, емпиријско право је и национално право, а трансцендентно право је наднационално.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Кант, *Критика чистог ума* (Превод Н. Поповића), издање Култура, Београд 1970. О примени Кантовог трансценденталног идеализма на право уопште, а посебно на природно право и позитивно право, в. Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, изд. Српска академија наука, Београд 1959, сте. 623-632, где се говори о позитивном праву и његовој трансценденталној реализацији у природном праву.

<sup>2</sup> За однос између природног и позитивног права, в. нарочито наведено дело Т. Живановића (*ibidem*) који сматра да однос између природног и позитивног права не мора бити однос неслагања, што, заступају и многи други писци (у том смислу, в. Ђорђо Дел Векио, *Право, правда и држава, расправе из филозофије права*, превод М. Ристић и Ђ. Тасић, Београд 1940, стр. 115). Према Живановићу, идеја природног права је објективисана и она лежи у сваком човеку. То значи да она, свесно или несвесно, мотивише и руководи законодавце приликом регулисања одређених друштвених питања, те позитивно право само може, а не мора бити у супротности с природом. Надаље, према овом аутору, постепено сазнавање идеје природног права и самих природно-правних принципа утиче на усавршавање позитивног права, што је све и у зависности од развоја правне науке. Код римских правника сазнање те идеје је достигло велику висину. Њихова природно-правна сазнања су у великој мери ушла у римско право. У позитивном праву они су издвајали норме које проистичу из природног права, заснивајући се на природи ствари или *naturalis ratio*. Надаље, по речима овог аутора, после вековне замрачености правничког духа, идеја природног права поново је почела да дејствује у 17. и 18. веку, а нарочито је била продубљена у првој половини 19. века. Међутим, у другој половини 19. века, иако је доживела декаденцију, научна обрада позитивног права у 20. веку се ослонила на доктрину природног права, што је довело

Тај дуалитет природног и позитивног права по коме живимо и по коме управљамо наша индивидуална и заједничка хтења, нашу делатност и виталне потребе, представља, у ствари, један живи свод испод кога се налази читава правна и морална цивилизација. Прошлост нам је сведок, да се на њему одиграва и еволуција и револуција права.

Умна или физичка природа наша, одређује хоће ли природно право у трансценденцији чисте мисли бити удаљено од позитивног права или ће му бити приближено и у многим установама сасвим присутно.

Умна природа, рационална у свом бићу, гради еволуцију права, док она дуга, физичка и насилна, изводи револуцију права. Када је позитивно право у консеквенци ауторитета ума природног права, онда се снажним друштвеним преображајем и позитивно право више приближава својој природној матици.

Напротив, уколико је физичка природа човекова вођена неким другим умом или антиумом, онда се позитивно право удаљава од своје стожерне врлине и одлази у пустош неправда.

Све досадашње еволуције и револуције права стоје као докази ове констатације. Зато, ако хоћемо да нам емпиријско право буде људско,<sup>3</sup> праведно и сигурно, наш заједнички опус мора бити инспирисан и вођен рационалном умном снагом природног права.<sup>4</sup>

---

до садашњег стања законодавства у коме су озакоњени многи принципи школе природног права. На основу тога се чини разликовање у разним правним областима између природно-правних и чисто позитивно-правних установа. Поједини грађански законици, чак изричито упућују суд да у одсуству законских одредаба које би се могле применити аналогички, има да реши предмет према „општим принципима права“ или се то упућивање изричито врши на природно право. Кад, дакле, у позитивном праву има празнина, норме за попуну истих, судија има да нађе у природном праву. Оно садржи принципе за све правне односе, који настају с потребама егзистенције друштва - државе, било у свом вечитом, било у свом временском делу. Али, природно право стоји над позитивним правом само као идеал правде, као једино савршено, идејно право. То значи, дакле, да оно треба да служи законодавцу и судији као узор при изради позитивног права односно при попуњавању празнина позитивног права, које се у пракси покажу, а не да се судија сме придржавати оних њихових норми (*ius condendum*) које се не подударују с позитивним правом (*ius conditum*). Без законског овлашћења за то, функција судије помешала би се с функцијом законодавца, услед чега би позитивно право изгубило ону извесност која му припада.

<sup>3</sup> Jacques Martin, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris 1958, стр. 67 и сл.; С. Перовић, *Природно право и људска права*, у књизи *Права и слободе - међународни и југословенски стандарди*, издање Београдског центра за људска права, Београд 1995, стр. 9-19, С. Поповић, *О првеној држави*, „Драганић“, Београд 1995, стр. 44 и сл. Patrick Washamann, *Les droits de l'homme*, Paris 1995; Т. Paine, *Права човека*, изд. Либертас, Београд 1987.

<sup>4</sup> Н. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, изд. 6, том I, Leipzig 1868, стр. 35 и сл. Н. Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625; С. Wolf, *Jus naturae, Methodo scientifica pertractum*, 9. изд. књ. 1-8, Francofurti de Lipisiae, Libraria rengeriana, 174-1748; Kant; *Metaphysik der Sitten*, 1. Tell. *Metaphysische Anfangsgunde der Rechtslehre*, 1797; А. Fouillee, *L' idée moderne du Droit*, Paris, 1920.

Постоји читава скала разликовања позитивног права од природног.

Позитивно право је хетерономно и зависно је од многих чинилаца друштвеног живота, посебно од организоване људске воље изражене законима државне принуде. Природно право је аутономно, дакле, независно од вољног фактора, оно је себи суверен, оно је праведно по себи.<sup>5</sup> Природно право представља несамовољу права,<sup>6</sup> оно је творевина природе и делује као и други природни закони.

Позитивно право настаје актом одређене друштвене снаге која доноси своје законе (материјални извор права или порекло права), а који су или резултат неке врсте друштвене конвенције или су исходиште организоване силе једних према другима, некада и мањине над већином.<sup>7</sup> Природно право произилази из саме природе ствари и човек га стиче доласком на овај свет, као што је случај са другим природним законима, нпр. физичким законима. Природно право лежи у самом човеку, у самој природи.<sup>8</sup> Оно постоји као објективни реалитет, оно је *ius constitutum*, а не *constituendum*, и то са психолошком и моралном принудљивошћу.<sup>9</sup> Оно, дакле, није само мисаони принцип права,<sup>10</sup> већ право које има своју објективну егзистенцију.

Позитивно право је несавршено и незавршено право,<sup>11</sup> што за собом повлачи сталну потребу његовог прилагођавања захтевима друштвеног факта у виду вечитих измена и допуна, било да је реч о еволутивном или револуционарном преображају система права. Природно право је

<sup>5</sup> В. нарочито Ahrens, наведено дело; у истом смислу, али са извесним одступањима, в. Jacques Ellul, *Le fondement theologique du Droit*, Paris 1946; Joel-Benoit d'Onorio са другим коауторима, *Droits de Dieu et droits de l'homme*, Paris 1988.

<sup>6</sup> Ђорђо Дел Векио, *Право, правда и држава, расправе из филозофије*, превод М. Ристић и Ђ. Тасић, Београд 1941, стр. 115.

<sup>7</sup> Тако, према једној насилничкој дефиницији права, целокупно право се своди на вољу владајуће класе. Према том стваралаштву, држава свој монопол за физичко насиље остварује путем права као воље владајуће класе. У том смислу видети нпр. Радомир Лукић, у свим издањима *Увод у право*, уџбеника на Правном факултету у Београду. Разуме се, да такав приступ праву представља политичку квалификацију која служи тренутним политичким потребама. Када се дакле, право схвати као насиље једних над другима, онда законици и уџбеници који су грађени на таквом поимању права трају док траје воља те владајуће класе.

<sup>8</sup> *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit (Ulpianis - D. 1, 1, 1, 3)*. Природно право је оно што је природа дала свим живим бићима. У том смислу Christian Wolf, *Ius naturae, Methodo scientifica pertractum*, 9. издање, књ. 1-8, Francofurti ed Lipsiae, Libraria Rengeriana, 1741-1748; Christodul Suliotis, *Le droit naturel ou philosophie du droit*, Paris 1888, стр. 187 и сл.; Henri De Page, *L'idee de droit naturel*, Bruxelles 1936, стр. 2 и сл.

<sup>9</sup> Т. Живановић, наведено дело, стр. 530.

<sup>10</sup> J. Ritter, *Метифизика и политика, студије о Аристотелу и Хезелу*, превод А. Пажина и П. Баришић, Информатор, Загреб 1987, стр. 145.

<sup>11</sup> Henri De Page, *Droit naturel et Positivism juridique*, Bruxelles 1939, стр. 6 и сл.; Ђорђо Дел Векио, наведено дело, стр. 115 и сл.; J. Ritter, наведено дело, стр. 139 и сл.

савршено (*le droit parfait*), идеално и идејно<sup>12</sup> и у филозофском смислу, апсолутно дато.<sup>13</sup>

Као такво, позитивно је променљиво и нестално, нарочито са гледишта временске и просторне димензије, док је природно право непроменљиво и вечно.<sup>14</sup>

Позитивно право је неопште. Оно је парцијално у односу на општост овога света. Зато је или национално или корпоративно, у сваком случају није универзално.

Напротив, природно право је универзално, свељудско, без обзира на националност и расу, пошто су сви људи пред природом једнаки. Стога, природно право није ни национално ни класно, већ је надпозитивно, примарно и оригинерно.<sup>15</sup>

Позитивно право је често неправедно, а поједина решења овог права могу чак бити и противна здравом разуму.

Природно право је, напротив, праведно и узвишено, јер живети у складу са природом, значи живети савршено и узвишено.<sup>16</sup> Позитивно право би требало да следи поредак који је успоставила природа, јер тај поредак има идеално важење.<sup>17</sup>

У општој теорији права, указане разлике између природног и позитивног права утврђују се као тачке раздвајања два правничка света.

На сваку несавршеност позитивног права одговара се савршеношћу природног права и тако се компарација своди на тезу и антитезу.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Н. Arhens, *ibidem*; G. Meuer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1905, стр. 70 и сл.; L. Strauss, *Природно право и историја*, Сарајево 1971, стр. 75 и сл.

<sup>13</sup> Т. Живановић, наведено дело, стр. 523; Ј. С. Поповић, *Природно право*, Библиотека Класици југословенског права у издању Сл. листа СРЈ, Београд 1995, стр. 49.

<sup>14</sup> Ch. Suliotis, *Le droit naturel ou philosophie du droit*, Paris 1888, стр. 8 и сл. J. Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris, изд. 5, стр. 61 и сл.; Н. Rommen, *Le droit naturel*, Paris, 1945, стр. 247 и сл.

<sup>15</sup> *Ius naturale est quod apud homines eandem habet potentiam* (Sec. Ulpianus - D. 1, 1, 1, 3). Природно право је оно које код свих људи има исту снагу. У том смислу Ј. Ст. Поповић (наведено дело, стр. 49) каже да природно право није делимично ни произвољно, него је опште и непроменљиво, сарамерно је схватању сваког народа и сваког човека као морално-умног створења, а позитивном закону служи као образац.

<sup>16</sup> L. Strauss, *Природно право и историја*, Сарајево, 1971, стр. 108, 146. Живети узвишено према овом аутору, значи живети филозофски, јер откриће природе је посао филозофа. Због тога, тамо где нема филозофије, нема ни знања о природном праву.

<sup>17</sup> Ђ. Дел Векио, наведено дело, стр. 115 и сл.

<sup>18</sup> Опширније, Božidar S. Marković, *Essai sur les rapports entre la nation de justice et l'elaboration du droit privé positif*, Paris, Librairie Artur Rousseau, 1960. (превод објављен у издању Правног факултета у Београду, 1995); Г. Вукадиновић, *Ж. Ж. Русо и природно право*, Нови Сад 1993; С. Б. Поповић, *О правној држави*, издавачка агенција „Драганић“, Београд 1995. (нарочито део о односу природног и позитивног права, стр. 60 и сл.); Д. Стојановић, *Праведно право*, *Ysticia*, Београд 1993; Ј. Филиповић, *Философија права*, из 1839. године, издање Просвета, Ниш 1994; Ј. Ст. Поповић *Природно право*, издање „Службени лист СРЈ“, Београд 1995. (нарочито стр. 47-73); Henri De Page, *Droit naturel et Positivisme juridique*, Bruxelles 1939.

Међутим, природно право, као право праведно *по себи* никада и нигде није било постављено као целовит систем права који би се примењивао по методу позитивног права.<sup>19</sup> Природно право делује као нека врста модела или узора, као критеријум и мета поређења за оцену позитивног права у смислу његових добрих или мање добрих или рђавих решења.<sup>20</sup>

На тој основи почивају сталне и непрегледне модификације и реформе позитивног права које постају иманентно својство тог права. Када се у том процесу норме природног права нађу у пољу позитивног права, онда оне улазе у ткиво позитивног права и постају његов саставни део, што значи да се примењују, не само на основу моралне, већ, пре свега, на основу правне санкције.

Већи степен присуства норми и начела природног права, чини позитивно праведнијим и квалитетнијим правом.

Међутим, процес ревизије позитивног права може ићи и другим правцем, оним који га удаљава или чак одваја од природног права. Тада позитивно право, као плод воље или самовоље мањине или појединца, постаје неправедно право које завршава у поплави антиправа. Да ли ће се једно позитивно право наћи на путу праведног или неправедног права, то зависи од филозофског опредељења, економске и политичке конституције, моралне еманципације.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> L. Straus *Природно право и историја*, Сарајево 1971, стр. 75 и сл.; Т. Живановић, наведено дело, стр. 527; Charmont, *De la renaissance du droit naturel*, Paris 1927, стр. 213, S. Trentin, *La crise du droit et de l'état*, Paris 1935. (нарочито глава V, Droit naturel et droit positif, стр. 212-288), G. Gurvitch, *Droit naturel ou droit positif intuitif*, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, бр. 3-4, Paris 1933.

<sup>20</sup> Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 67-77, Монтеѕкје, *О духу закона*, изд. Филип Вишњић, Београд 1989, том I (нарочито, део о законима природе и позитивним законима, стр. 11-17); Le Fur, *La théorie du droit naturel*, Paris 1928; Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд 1922, стр. 214

<sup>21</sup> Vareilles - Sommières, *Les lois d'ordre public et la dérogation aux lois*, Revue de Lille, 1899, стр. 674; Gény, *Méthode d'interprétation au sources en droit privé positif*, t. II, Paris 1919, стр. 178; Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, Etude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, Paris, стр. 381-401; Pascanu, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris 1973; Claps-Lienhart, *L'ordre public*, Lyon 1934; Живановић, *Основни проблеми етике (филозофије моралне)*, Београд 1935; Перић, *Утицај судије на јавни морал, Приватно право*, скупљене расправе Ж. Перића, Београд 1912, стр. 261; Марковић, *Пошљење и морал у праву*, Архив, 1922, стр. 322; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1927; Lèvy-Bruhl, *La morale et la science des moeurs*, Paris 1937; Delos, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1933, бр. 1-2, стр. 84-111; Cardahi, *Droit et morale*, Paris 1950; Darbellay, *La règle juridique. Son fondement moral et social*, Paris 1945; Salmans, *Droit et morale*, Bruges 1924; Savatier, *Des effets de la sanction du devoir moral*, Poitiers 1916; Многи писци ће рећи да је позитивно право утолико праведно уколико више одговара основним идејама које се налазе изнад позитивног права. Оно је само услов а не циљ, средство а не сврха. Цело позитивно право само је тежња да постане праведно право - Stammer, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin 1902, 29, 31, 34 (цит. према Б. Марковић, наведено дело, стр. 11).

Све поменуте разлике подигнуте дуалитетом природног и позитивног права могу се свести на основну: природно право потиче од природе, а позитивно право од људи.

Пошто је и човек део природе, однос између природног и позитивног права у некој далекој будућности треба видети у њиховој потпуној корелативности и узајамној претпостављености. То значи да поменуте разлике не морају водити у однос неслагања и антагонизма, већ напротив, у однос сагласности и суштинске подударности.

У ствари, ту се јавља једна врста антиномије. Пошто је човек део природе, како је могуће да он ствара своје позитивно право које није у складу са правом природе. Одговор, чини се, лежи још у једној давнашњој констатацији Улпиануса, према којој је право наука о праведном и неправедном, пошто се сазнају божанске и људске ствари.<sup>22</sup>

Пошто божанске и људске ствари човек до данас није у потпуности сазнао, нити ће их у скорој будућности сазнати,<sup>23</sup> он је у том смислу несавршено природно биће које ствара и своје несавршено право. За разлику од природног, ово несавршено право носи име постојећег или позитивног (постављеног) права.

Другим речима, суштина идеје природног права мора остати непозната све док је идеја природе суштински непозната.<sup>24</sup> Ако би природа своје законе до краја открила и природно право би доживело своју владавину. А дотле, свака правно организована заједница треба да настоји да своје позитивно право приближи високим начелима природног права. И пошто су сви људи делићи једне јединствене природе, са истим универзалним хтењима, па чак и потребама, при сазнању да природа није уредила овај свет по робинзонском принципу заједничко и праведно правничко здање гради се заједнички.

Мостови сарадње, знања и савести, те тачке везивања универзалног праведног права, не граде се неповерењем и садржином нити се граде априорном искључивошћу. Ти мостови се граде, пре свега, ауторитетом ума, сазнањем да су сви људи пред природом једнаки, да је живот дело природе, а не продукт конвенције и насиља једних према другима;

<sup>22</sup> *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Ulpianus - D. 1, 1, 10, 2).

<sup>23</sup> Управо због тога не постоји, нити је постојао правни систем који је апсолутно праведан у свом извору, а још мање у његовој примени.

<sup>24</sup> Откриће природе, према речима L. Strauss-a (op. cit., стр. 75) припада филозофима. И због тога нема знања о природном праву тамо где нема филозофије. Филозофија је тражење „принципа“ свих врста, а то значи у првом реду тежње „почетка“ свих ствари или „тражење првих ствари“. У овоме је филозофија једнака са митом. Међутим, *philosophos* („љубитељ мудрости“) није исто што и *philomythos* („љубитељ мита“). Аристотел је назвао прве филозофе једноставно „људима који расправљају о природи“ и разликовао их је од људи који су им претходили, и који су „расправљали о боговима“ (L. Strauss, *ibidem*).

сазнањем да свака јединка и свака скупина на једном меридијану има иста урођена права као и други који живе на другим меридијанима.

Достићи врхове тог сазнања, значи, између осталог, и организовано живети по таквим правилима друштвеног понашања која су у свом извору легитимна и која су у својој примени легална.<sup>25</sup> То значи усвојити и применити правду у Аристотеловом смислу, дакле, правду као стожерну врлину, правду комутативну (једнако у једнаким случајевима) и правду дистрибутивну.

А то су елементи једног јединог права које је универзално, које није ни национално ни класно, већ је вечно и аутономно. То су темељи школе природног права засноване још у античкој филозофији Грчке и праву старог Рима.<sup>26</sup>

Такво природно право, као што је већ истакнуто, није никада било постављено као целовит систем управо због немогућности човека као природног бића да открије до краја законе природе. Оно је само једним својим делом инкорпорирано у несавршено позитивно право и према степену заступљености природног права на пољу позитивног права, утврђује се и градација овога права у смислу његове праведности и неправедности.

Када је реч о односу природног права према позитивном праву у контексту његове практичне примене, чини се да се тај однос може сагледати у смислу једне трипартиције која се сумарно може изразити речима да је природно право узорно, супсидијарно и коректно. Наиме, суд ће у великом броју случајева применити одредбе позитивног права јер су оне јасне и праведне. Такве одредбе, као узорне дошле су из сфере умности природног права, мада законодавац често тога није ни свестан, што је индиферентно са становишта практичне примене. Такве одредбе чине читав правни свет, како у компаративном тако и у нашем праву.

У ствари, што је већи број одредби позитивног права, оно је утолико праведније и стабилније. Тај феномен можемо назвати узорним односом природног права према позитивном праву, и он се, пре свега, тиче рада законодаваца, а мање судије.<sup>27</sup> Ово стога што суд тада примјењује норму позитивног права, не улазећи у порекло и мотиве настанка такве норме.

---

<sup>25</sup> Најјачи није никад довољно јак да увек буде господар ако не претвори своју снагу у право, а послушност у дужност (Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1949, стр. 11). О овоме опширније, Тадић, *О појму легитимности државне власти*, Југословенски часопис, бр. 1-2, 1979.

<sup>26</sup> За историјски развој доктрине природног права, в. Henri Rommen, *Le droit naturel, histoire-doctrine* (превод на француски Emile Marmy), Paris 1945.

<sup>27</sup> У ствари, многа решења позитивног права заснована су на начелима *ius nature*, тако да чине елементе позитивног права сједињене у конкретној правној норми. У том спислу, Ђорђо Дел Векио, *Право, правда и држава, расправе из филозофије права*, превод М. Ристић и Ђ. Тасић, Београд 1940, стр. 116. где се, између осталог каже: „у многим случајевима, и нарочито, када је у питању признати чисто логичке потребе или

Битно је, дакле, да суд тада непосредно примењује позитивно право, и то је онда поље права на коме се остварује правда као стожерна врлина у односу на све друге људске врлине. За разлику од узорног односа, суд може применити и непосредно правила природног права (суђење по правичности) у случају правних празнина, пошто је претходно покушао да спорни предмет реши путем аналогне примене позитивног права - суђење по сличности.<sup>28</sup> Када је реч о људским правима, избор правила налази се на пољу универзалних стандарда ових права.<sup>29</sup>

Најзад, трећи однос између позитивног и природног права је корективни однос који подразумева да суд, или примењује извесне изванформално-правне критеријуме на које га сам закон упућује (нпр. правичност, добри обичаји, савесност и поштење) или суд до правде долази путем интерпретације правила позитивног права, када, дакле, суд пред собом има једну неправедну одредбу позитивног права, он ће,

---

непосредне захтеве нашега бића, норме *ius naturae* или *naturalis ratio* откривају се, наједном, као елементи позитивног права, и управо као његов супстрат, који траје и предаје се даље, преко његових промена. Тако нпр. да нико не може пренети на другога више права од онога што има он сам; да је на силу допуштено одговорити силом, и да, тиме, свако има право да се брани; да, у свакој ствари, користи имају да припадају ономе коме припада штета; да нико не може незаслужено да се обогати на штету другога, - ова, и друга томе слична схватања, добијена из смисла природног права, и у томе значењу афирмисана још од римских правних писаца, изражавају, такође, начела која су сасвим обична у данашњим законима, било да су она у њима изриком казана, било да их ови подразумевају, као максиме, прећутне или које се подразумевају, којих када би нестало, многе појединачне одредбе би изгубиле свој смисао. Потреба да се прибегне тим схватањима, и уопште, смислу природног права, одржава се у животу благодарјећи неизбежној несавршености сваког позитивног права“.

<sup>28</sup> У том смислу, и законодавно дело Валтазара Богишића, *Општи имовински законик за Књажевину ЦрнуГору* (1888). Овај Законик је најпре предвиђао правила о примени обичаја, а затим примену правила аналогije (подобје) и примену општих основа правде и правце. Тако, у пословима за које се не би нашло правила у овоме Законик у ни у додацима његовим, треба се владати по правилима која у добрим обичајима живе (чл. 2), а обичај и његово правило бива, у законском смислу, оно правило које се држи и које влада у народноме и судском животу, а није ушло међу правила писаног закона (чл. 779). Међутим, ако за неки особити посао или случај не буде ни у законима ни у обичајима одређена правила, ред се је владати по подобју других сличних правила, или пак ријешити случај по општим основима правде и правце (чл. 3). Темелј је, разуме се, и закону и закониту обичају, правда и правца, те кад судац суди по правилима узетим из закона или из законита обичаја, он свакако ради на основу правде и правце. Ипак, правила по којима он суди, већ је законодавац и народни живот отуда извео. Тек кад ни у закону ни у обичају нема правила за неки посао, а није га могуће ни побједом (аналогijом) наћи, правда и правца постају за судца непосредним извором из кога он правце треба да црпе своје правило, према особитој природи посла који се суди. Та се радња и зове суђење по правди и правци (чл. 782).

<sup>29</sup> То су стандарди који произилазе из општих декларација и међународних конвенција, пре свега, из оквира делатности УН, а затим, као токовина филозофије природног права. Опширније, С. Перовић, *Природно право и суд*, издање Правног факултета у Београду и Удружења правника Србије, Београд 1996.



применом различитих метода тумачења, а посебно путем циљног тумачења, доћи до праведног решења, водећи рачуна да се не повреди начело легалитету заснованог на комуникативној и дистрибутивној правди.

При том, када је реч о људским правима, тешко је претпоставити да ће суд бити у ситуацији да примени неку неправедну норму позитивног права,<sup>30</sup> кад је пред њим и право и дужност да у овој области поштује и превасходно примењује правила усвојених, ратификованих и објављених међународних конвенција која су саставни део унутрашњег правног поретка.

Рационално природно право, као данас владајућа концепција у оквиру природног права уопште,<sup>31</sup> у ствари има два тока своје опстојности: ауторитет законодавног акта као толерантно праведног решења - легитимитет у извору и праведно остварење тог права у поступку његове реализације - легалитет у примени.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> О неправедним нормама позитивног права, опширније: Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980, нарочито део под насловом „*Законско неправо и надзаконско право*“ (стр. 281).

<sup>31</sup> Идеја природног права потиче још од грчких софиста (М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, издање Удружења правника Југославије, Београд 1958) која ће добити заокружену целину у делима Платона и нарочито Аристотела (*Никомахова етика* у издању Културе, Београд 1970) и даље развијања кроз римску Стоичку школу добила је у средњовековној хришћанској цивилизацији теолошку интерпретацију (Н. Rommen, *Le droit naturel, Histoire Doctrine*, Paris, 1945, стр. 54-59) нарочито у делу Томе Аквинског (*Томе Аквински*, изабрао и приредио Томо Вереш, Глобус, Загреб 1981). Међутим, теорија природног права нарочито од 17. века (Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*) доживљава своју лаицизацију и у научном слисцу дели се на билошко-рационални правац да би била сублимирана у чисто разционално схватање према коме је човјечји ум или разум извор права. Из критике традиционалног рационализма и његовим спајањем са енглеским емпиризмом дошло се до доктрине умног природног права која је до данас остала главни стуб Школе природног права чији је оснивач Имануел Кант (*Критика чистиога ума*, издање Културе, Београд 1970). Ова рационална концепција природног права представља основ општих декларација и међународних конвенција о људским правима донесених у другој половини 20. века у оквиру ОУН. пре свих и изнад свих то је *Универзална декларација о правима човека из 1948. године*, заснована на рационалној (умној) концепцији природног права, која полази од тога да су сва људска бића обдарена разумом и свешћу и да на основу тога треба једни према другима да поступају у духу братства. Људска бића, како дело природе рађају се слободна и једнака у достојанству и правима тако да свако има право на живот, слободу и безбедност личности.

<sup>32</sup> Појму правне државе могуће је прићи са различитих тачака гледања. Опширније, в. Гордана Вукадиновић, *Избор текстова из теорије права*, Приштина, 1996; исти аутор, *Од државе легалитетна ка држави легитимитетна*, Правна држава, Нови Сад, 1995, стр. 182; Миливоје Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939, стр. 3 и даље; Данило Н. Баста, *Шта није правна држава*, Гледишта, 1989, бр. 10-12, стр. 75; Љубомир Тадић, *Метаморфозе правне државе*, објављено у књизи *Правна држава*, Београд, 1991, стр. 5 и даље; А. Аулис, *Криза легитимитетна у пост-индустријском друштву*, Филозофска

У светлу такве целине права, а посебно њене конкретне примене, достојанство правде и правичности, пре свих налази се у рукама судије.

Вршећи своју дужност, судије се изјашњавају о животу и слободама, као елементарним природним правима људи, и свим другим правима и дужностима који отуда извиру и који чине непрегледан спектар људских права, а који им је законом стављен у надлежност.<sup>33</sup>

Решавајући конкретне животне ситуације у кругу одређене компетенције, судије својом стручношћу и савешћу, носе и доносе глас закона,<sup>34</sup> али не по начину позитивистичког механизма и аутоматизма, већ по неопходности примене и интерпретације закона у смислу легитимне правде.<sup>35</sup>

Монизам законске догме, када изриче самовољу неподношљиве неправде, ако већ није уклоњен умношћу законодавца, једино се може спречити плурализмом његове интерпретације од стране судије.<sup>36</sup> У том процесу, судија, као трећа власт (*troisième pouvoir*), последња је брана и одбрана праведног права пред антиномијом законског неправда.<sup>37</sup>

---

истраживања, 1987, бр. 20, стр. 230; Ј. Хабермас, *Проблеми легитимације у касном капитализму*, Загреб, 1982, стр. 10; Лидија Баста, *Политика у границама права*, Београд, 1984, стр. 92; Неуман, *Демократска и ауторитарна држава*, Загреб, 1974, стр. 25; Јб. Тадић, *О појму легитимности државне власти*, Југословенски часопис, 1-2, 1979; Коста Чавошки, *Партијска држава као носиоца владавине права*, објављено у књизи *Правна држава*, Београд, 1991, стр. 113; John Rawls, *Теорија правде*, Наше теме, Загреб, 1990, бројеви 4-5, 5-13.

<sup>33</sup> В., *Основни принципи за независност судства*, усвојени од стране Седмог конгреса Уједињених нација за спречавање злочина и поступања према преступницима, одржаног у Милану од 26. VII до 6. IX 1985. и потврђени од стране Генералне скупштине у њеним резолуцијама 40/32 до 29. XI 1985. год., и 40/146 од 13. XII 1985. Ови *Основни принципи* не подлежу ратификацији јер не представљају међународни уговор (в. *Људска права*, Међународни документи, „Центар Маркетинг“, Београд, 1993, стр. 317). В. такође, и *Нацрт Универзалне декларације о независности судства* од 20. VII 1988, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, 1989, бр. 1

<sup>34</sup> *Iudex est lex loquens* (судија је закон који говори).

<sup>35</sup> Суд ће, поред осталих случајева, приступити употреби правила природног права у случају кад пред собом има једну норму позитивног права која је очигледно неправедна тако да се противи осјећању правде. Тада суд приступа тумачењу такве норме, користећи се свим методама тумачења, али увек повезаних циљним тумачењем којим открива природу, значај и сврху која се нормом постиже, а то је, у крајњем исходу, легитимна правда која је састављена од кумулативне и дистрибутивне правде. Разуме се, цео поступак тумачења треба водити тако да се не повреди начело легалитета, али, с друге стране, и да се постигне сврха праведног права.

<sup>36</sup> Опширније, Евгеније Спекторски, *Историја социјалне филозофије*, Београд-Подгорица, 1997, стр. 199.

<sup>37</sup> У систему поделе власти на законодавну, управну и судску, ова се у теорији и јуриспруденцији именује као трећа власт (*troisième pouvoir*) која постоји у правној држави. Опширније, Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920; M. Nauriou, *Perécis de Droit Administratif*, Paris, 1923; Д. Данић, *О јемству судијске независности*, Београд, 1935; С. Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд, 1922; Милан Владисављевић, *Материјална концепција судске функције*, часопис Архив, 1933, бр. 3; Ж. Периф, *О улози судске власти*, Београд, 1909.

Држећи се принципа легалитета позитивног права, судија путем интерпретације закона, постаје актер досуђене правичности као израза универзалне правде и стожера врлине човека и свих његових асоцијација.<sup>38</sup>

У кругу своје официјелне вокације и на пољу своје дужности савести, судија се изјашњава о нашем животу, свеколиким слободама и њеним границама, правима и дужностима целине кодекса наших права, путем оних судијских речи које морају носити тежину превладавања времена.<sup>39</sup>

На тај начин, судија учествује у „управљању“ правдом. Веће дужности од ове нема. Пет античких речи (ићи судији значи ићи правди) стоје као споменик-доказ ове истине.

После ових речи, није тешко именовати још једну истину: судијска независност и непристрасност је неминовна и ноторна претпоставка установе судства. Она је насушни хлеб, вода за пиће и ваздух за дисање суда права и правде који се налази под сводом владавине права и правне државе.<sup>40</sup>

И зато, питање независности судије није само правно питање. То је питање опште културе једне заједнице.<sup>41</sup> Култура која је одређена природом

<sup>38</sup> Аристотел, *Никомахова етика* (превела са старогрчког Р. Шалабалић), Београд, 1970, књига V, стр. 111 и сл., или у преводу Т. Ладана, Загреб, 1982, књига V, стр. 87 и сл. Према Аристотелу, правда је врлина и као морална одредба она садржи у себи све друге врлине. Другим речима, праведност није никако само део врлине, већ она представља целину свих врлина. Она је потпуна врлина, пре свега, зато што представља потпуну практичну примену врлине, а потпуна је зато што онај ко је поседује може да је примени и према другима, а не само према себи.

<sup>39</sup> Без судије нема права, а без права, живот нема никакве вредности. Судија је оживотворени закон. Закон у њему своју личност и живот добија. Ето нашег опредељења, за које треба да се сада приправите, како ћете му после моћи одговорити. Ако сте одважни тако узвисити се, добро дошли. Ја свом душом желим, колико год више могу, народу србском извести истините, научене и способне, а пре свега, поштене и савесне судије“ - овим речима се 1849. године Димитрије Матић, професор Отчественог права обратио будућим правницима (Српске новине, бр. 49 од 10. IX 1849. Опширније в., Божидар Марковић, Димитрије Матић - *Лик једног правника*, издање Српске академије наука и уметности, Београд, 1977, стр. 19.

<sup>40</sup> Г. Радбрух, *Филозофија права*, издање Нолита, Београд, 1980, стр. 293. На овом месту Радбрух употребљава ове речи када хоће да подвуче демократију као нужну претпоставку правне државе. Он каже, да треба да тражимо правду, али да истовремено водимо рачуна о правној сигурности, јер је и она сама један део правде. И даље по речима Радбруха, правна држава је једино у стању да задовољи обе идеје - правду и правну сигурност. При томе, „демократија је свакако једно добро вредно хвале... а најбоље у демократији је управо то што је само она подобна да обезбеди правну државу“ (ibidem).

<sup>41</sup> „Уз најбољу вољу не би се могло тврдити, да правна наука и теорија обилују с много појмова, који су ван спора и опће признати. Један је од таквих судијска независност. Он уопће није правни, већ проблем опће културе. Земљу без судијске независности тешко можемо сматрати културном земљом. Судијска независност није само природни дио појма судства, већ управо његов есенцијални дио, без њега нема ни судства. Ма како окретали и разгледавали поједине проблеме судства, па при томе и заузели дијаметрално опречна стајалишта, увијек се сви враћамо судијској независности, као појму који стоји изван и над свим тим споровима“ - Иво Крбек, *Гаранције судијске независности* (посебни отисак из Споменице конгреса правника), Београд, 1935, стр. 2 и сл.

и домаћајем основних принципа на којима је заснована та заједница, њеним филозофским опредељењем, економском и политичком конституцијом, техничком цивилизацијом, моралном еманципацијом, јуститичком опсервацијом.

У том ширем кругу збивања права и правде на било ком степену просторно временске датости, принцип независности судије<sup>42</sup> представља демаркациону линију која дели поље права од пустиње неправда.

У условима неправне државе, гдје је легитимитет и легалитет права испод дозвољеног степена друштвене толеранције, где владавину права замењује владавина самовољног факта-власти, страсти или интереса појединачног или групног, где се елиминише начело поделе власти и цео живот своди на политички монизам и његову строгу хијерархију, ту се судијска независност своди на зависност од партијске, а не законске, одлуке. Таква зависност претвара судију у дериват једносмерног налога (политичког, националног, расног или класног) и судија тада објективно није у стању да примени праведно право. У хипотези, дакле, неправне државе, право доживљава бродолом, а с њим тоне и принцип независности судије. Ићи таквом „праву“ и таквом судији, значи ићи анти-правде.<sup>43</sup>

Цела историја права је ту, да нам посведочи ову тврдњу. И не само историја, већ и компаративна стварност.

Напротив, када се демократски принцип организује по начелу уставности и законитости, тада се независност судије обезбеђује деловањем правне државе.

То значи, да независност судије, као неминовни атрибут његове функције, представља органски део правне државе. А то је она држава која је у свом правном систему у толиком степену обезбедила владавину начела легитимитета и легалитета, да се она креће у границама друштвене толеранције.

<sup>42</sup> О независности судијске видети нарочито: Данило Данић, *О јемству судијске независности*, Београд, 1935; Иво Крбек, *Гаранција судијске независности*, Београд, 1935; Ђорђе Тасић, *О јемству судске независности*, Београд, 1935; Кривиц Рудолф, *О јемству неодвисности*, Београд, 1935; Никола Георгиев, *Гаранци за независности на судијаџа*, Београд, 1935; Живојин Перић, *О судској независности*, Београд, 1899; Живојин Перић, *О улози судске власти по српском законодавству*, Београд, 1909; Адам Лазаревић, *За проблемом на судскаџа независности, постојаности и недвижности*, Скопје, 1960; Зоран Покровац, *Судачка неовисности, постојалити везаности законом и слободоуравни покретити*, Зборника Правног факултета у Загребу, бр. 4, 1992, у овом раду нарочито: Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Hedelberg, Winter, 1906.

<sup>43</sup> Опширније, Giorgio Del Vecchio, *Giustizia e diritto*, Roma, 1934, стр. 80 и сл. Према овом аутору, правник и нарочито судија, мора, колико је могућно, да господари целим системом и, готово, да оживи, да осети његово духовно јединство, почевши од далеких и прећутних премиса до најмањих одредаба, као да је он сам творац свега, и да у њему говори сам закон. У том смислу тог високог идеала, судија је живи праведник, како је то Аристотел говорио (превод Ђ. Тасића, у издању Библиотеке јавног права, Београд, 1940, стр. 85).

Изречене констатације доносе нам закључак: независност судије могуће је остварити само у хипотези владавине права и правне државе. Разуме се, држава не стиче својство правне државе, нити судија стиче независност, само на тај начин што ће се те речи уписати у неки закон или устав.<sup>44</sup> Она то постаје када резултат (исходиште) права указује на чињеницу да је одређено право легитимно у свом настанку и да је легално у својој примени.

Међутим може се поставити и питање може ли принцип независности судије бити остварен у идејној оскудици позитивистичке школе која „само ријечи законске знаде“<sup>45</sup>, без разумног сазнања њиховог смисла у поступку примене праведног права.

У ствари, независност судије у поступку примене права своди се на питање позитивизма или универзализма права. Још је античко право разликовало *ius* и *leges*, па се поставља питање да ли судија примјењује само закон који је на правној снази у тренутку његове примене и то у смислу његовог слова, или судија изриче правду држећи се важећег закона, његовог смисла и разума, па чак и других усвојених правила која допуњују законску догматику.<sup>46</sup> Одговор на ово питање у суштини одређује границе независности судије у поступку примене закона и права уопште. Истовремено, то је и централно питање судијске независности.

Када је судија само аутоматизовани примењивач законске норме, па чак и оне, која у толико неподношљивијој мери противуречи правди да се

---

<sup>44</sup> Тако, независност судова не састоји се само у томе што ће се рећи да су они независни, ако се уз то не пропишу и мере које ће тој независности дати практичног смисла“ (Живојин Перих, *О судској независности*, Београд, 1899, стр. 13).

<sup>45</sup> Чл. 993 *Ойшшег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888*, према коме, ко само ријечи законске знаде, тај још закона не зна, док му не схвати разум и смисао.

<sup>46</sup> Божидар Марковић, *Озглед о односима између појма правде и развојка позитивног права*, Београд, 1995, нарочито стр. 9 и сл. Према овом аутору, чини се, да има нечег постојаног што је изнад закона и позитивног права. Постоје начела која управљају и самим законом тако да позитивно право није нека произвољна творевина, последњи појам, него је израз извесне претходно постојеће стварности. Надаље, овај аутор на овом месту наводи становиште Е. Диркема (Durkheim, *Revue internationale de l'enseignement*, I, т. 15, стр. 47), према коме, видети у законодавној вољи једини извор права, то значи узети слово за дух, спољашњи наглед за стварност. Ову идеју између осталих, заступа и Stammerl (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, стр. 29 и сл.), према коме позитивно право је само другоразредна ствар, техника, спољашња страна стварности коју треба упознати пре него што се она изрази у прописима. Позитивно право је услов а не циљ, а не сврха. Цело позитивно право само је тежња да постане праведно право (наведено према Б. Марковићу, оп. цит., стр. 11. На истом месту дати су и други библиографски подаци аутора који заступају ово становиште).

силом факта мора повући пред правдом,<sup>47</sup> и када се судији не дозвољава да путем интерпретације такву законску норму приведе правичном решењу, онда се принцип независности судије у поступку примене права претвара у своју супротност. Судија тада постаје зависан од нормативне снаге једне догме, супротно општем мишљењу и свом судијском уверењу.

Виша култура законитости истопљена умном концепцијом природног права, као читава цивилизација права и правосуђа, опомиње, указује и учи нас, да овде судијској независности треба отворити шире просторе, јер, право је феномен доброг и правичног,<sup>48</sup> а није, нити може бити, самозвани факат насилне воље једних у односу на друге.

На основу реченог, чини се да је могуће судијску независност у поступку примене права формулисати у дванаест тачака. Тако:

I. судија је у изрицању правде независан од било које власти, осим власти легитимног закона;

II. судија доноси непристрасне одлуке у законом предвиђеном поступку на основу процене чињеница и разумевања закона у смислу остварења комутативне и дистрибутивне правде;

III. судија примењује и норме о људским правима које произилазе из потврђених и објављених међународних уговора и општеприхваћених међународних стандарда који су саставни делови унутрашњег правног поретка сваке просвећене заједнице;

VI. судија је личност јавног поверења;

V. судијска дужност је заснована на високом ступњу правничке и опште културе, па судији мора бити доступна могућност сталног усавршавања;

VI. судија као и други грађанин, ужива општу слободу мишљења, говора, изражавања уверења, професионалног удруживања, окупљања и кретања, али свагда тако да чува достојанство свог позива и непристрасност и независност судства;

VII. вршење судијске дужности не сме бити предмет недостојних утицаја, подстицања, притисака, претњи или интервенција, директних или индиректних, од стране било кога и из било којих разлога;

<sup>47</sup> Опширније, Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, нарочито стр. 288, где се каже: „Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда кад је садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају кад позитивни закон у толико неподношљивој мери противуречи правди, да закон као „неисправно право“ мора одступити пред правдом. Немогуће је повући оштрију линију између случајева законског неправда и закона који важе упркос неисправне садржине, али се најоштрија граница може повући тамо: кад се чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само „неисправно право“, оно шта више нема правну природу. Јер право се, па ни позитивно право, не може друкчије дефинисати него као поредак и прописивање, одређени по своме смислу да служе правду“.

<sup>48</sup> *Ius est ars boni et aequi* (Ulpianus - D. 1, 1, 1, пр.).

VIII. свако је дужан да, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, поштује независност судије и да се уздржи од сваког акта недостојног утицаја. Свако лице које својим актом недостојног утицаја наруши или угрози независност судије, казниће се по закону;

XI. држава гарантује независност судије доследном применом уставног начела владавине права и начела поделе власти на законодавну, извршну и судску, по коме судска власт припада судовима;

X. судија не може бити позван на одговорност за мишљење или за глас који је дао у вршењу судијске дужности. Имунитет судије утврђује се законом;

XI. судија не може вршити вансудске пословне активности којима се компромитује његова судска независност или достојанство;

XII. судија се мора изузети да поступа по одређеном предмету у случају да постоје такви разлози који доводе у питање његову непристрасност, као и када може доћи до сукоба интереса који је неспојив са вршењем судијске функције и независности судије.

Овај „Закон XII таблица судијске независности“ односи се само на положај судије који он мора имати у поступку примене објективног права на конкретне животне односе.

Тај закон се „допуњава“ и оним одредбама које се односе на независност статуса судије и гаранције те независности.

Судијска независност се изражава и атрибутима судијског статуса. С обзиром на то да се већ више векова<sup>49</sup> судијска функција обавља у виду самосталности судијске професије, законодавство и правна теорија утврдили су извесне особености судијског статуса.

Управо због специфичности овог позива у поступку примене права, овај статус носи собом извесна својства која нису карактеристична (или, не бар тако категорично постављена) за област управне власти.<sup>50</sup>

Следећи традицију права и позитивно-правна решења у овој области, нарочито се истичу два својства судијског статуса. То су: сталност судијске функције (*inamovibilitet*) и непокретност судијске дужности.<sup>51</sup>

*Сталност судијске функције* подразумева правило по коме судија не може бити лишен свога звања и положаја, ничијом вољом или самовољом, осим својевољно, као и из законом утврђених разлога престанка судијске функције.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Горђе Тасић, *О јемствима судске независности*, Споменница конгреса правника, Београд, 1935, стр. 24

<sup>50</sup> Иво Крбек, *Гаранције судијске независности*, Београд, 1935, стр. 20 и сл.

<sup>51</sup> Живојин Перић, *О судијској независности*, Београд, 1899, стр. 14 и сл.

<sup>52</sup> Нпр. испуњеност законом предвиђених услова за старосну пензију, правоснажну пресуду за учињено кривично дело које га чини неподобним за вршење судијске функције, губитак радне способности за вршење судијске функције, несавесно и нестручно вршење судијске функције и евентуално други разлози, али који увек морају бити законом јасно и изричито предвиђени. При томе, законом се утврђује поступак за утврђивање разлога за престанак судијске функције, тренутак престанка те функције, орган који тај престанак изриче, као и други релевантни моменти у поступку престанка функције.

*Непокретности судијске дужности*, као други атрибут судијског статуса, значи да судија не може против своје воље бити премештен у други суд.<sup>53</sup>

У правној теорији, поставило се питање квалификације и правне природе ова два својства судијског статуса. По једном мишљењу, ова својства се идентификују са принципом независности, а по другом, она су само гаранција те независности.<sup>54</sup>

Чини се, да овде, као и другде, треба разликовати правне ситуације. Принцип судијске независности је одређен речима да је судија у изрицању правде независан од било које власти и утицаја, осим власти легитимног закона. Тај принцип, дакле, претпоставља слободу судијског одлучивања у границама закона и његову савест. У томе, судија не сме бити предмет недостојних утицаја који долазе од било кога и из било којих разлога: спољни притисци личног, материјалног или политичког карактера, разне врсте подстицања, претње или интервенције директне или индиректне, страх од репресалија, и други слични акти недостојних утицаја.

Према томе, сталност и непокретност судијске функције, нису непосредна обележја принципа независности у његовом појмовном смислу. Она изражавају статусну независност судије у обављању и спровођењу његове независности у поступку примене права. Разуме се да статусна независност испољена правилом сталности и непокретности судије произилази из његове независности у поступку примене права, али појмовно гледано, статусна независност је последица судијске независности у поступку примене права. Другим речима, статусна независност, не само да произилази из независности у поступку примене права, него је она уједно и правна неопходност која омогућава да се општи принцип судијске независности потпуније оствари.

С друге стране, статусну независност треба разликовати од читавог низа мера којима се гарантује (јамчи) општа па и статусна независност. Те гаранције су бројне, почев од начина избора судије и његовог материјалног положаја, па преко низа других мера (имунитет, изузеће, унапређење, едукација и усавршавање, квалитет образложења одлуке, јавно објављивање одлуке, унутрашња организација суда и распоређивање предмета, политичка припадност односно неприпадност, и сл.), све до одржавања високог стандарда укупног понашања и потребе интелектуалне мирноће равнотеже духа као израза опште културе.

Као што је већ истакнуто, и ова јемства или гаранције судске независности улазе у поље опште судијске независности, пошто се она изражава кулминацијом сва три елемента: независност у поступку примене права, статусна независност и гаранције судијске независности. Међутим, и поред целине и интегритета судијске независности, овде се управо ради

<sup>53</sup> Живојин Перић, *op. cit.* стр. 16 и сл.

<sup>54</sup> Опширније в., Иво Крбек, *Гаранције судијске независности*, Београд, 1935, стр. 5.



бољег поимања тог интегритета, анализирају његови делови, са покушајем да се и у овој области унесе потребна систематика, теоријског и практичног погледа. Сталност и непокретност, као својства статусне независности судије, управо због своје важности, добијају места и у уставним одредбама појединих земаља.<sup>55</sup>

Поред судијске независности у поступку примене права, као и његове статусне независности (о чему је до сада било речи), постоји већи број гаранција те независности које имају циљ да обезбеде стварну и делотворну примену судијске независности у практичном животу. Већ је истакнуто да су те гаранције бројне и различите по свом домаћају и карактеру. Све заједно, оне чине елемент опште слике судијске независности.

Једна од првих гаранција те независности, јесте начин избора судија. Узимајући у обзир компаративна решења, могло би се рећи да постоје три основна начина избора судија.<sup>56</sup>

Према првом, судије се именују од стране управне власти и то са листе кандидата који су предложени од стране судијских колегијума, или са листе од саме управне власти. Овај начин именовања судија од стране управне власти често је критикован са различитих разлога, а посебно са разлога могуће необјективности, јер се управа не руководи увек свеобухватним циљевима судства, већ једностраном и дискреционом оценом која лежи у самој природи управне власти.<sup>57</sup>

Према другом начину, судије се бирају на општим изборима, дакле, од најширег изборног тела. Овај начин избора судија практикован је у једном броју земаља у САД.<sup>58</sup>

Тај начин, с једне стране, обезбеђује широку примену демократског принципа, али, с друге стране, овако широка јавност очигледно не може имати потребне податке за одговарајућу процену, нити има потребну стручност. Надаље, на овај начин судије се бирају на кратак рок, што значи да није обезбеђена њихова сталност.

Према трећем начину, избор судија се врши од стране самих судијских тела, слично избору универзитетских професора, са извесним модификацијама.<sup>59</sup> За овај начин избора судија залаже се, у начелу, и Ђорђе Тасић (професор Правног факултета у Београду 1920-1941). Пошто се претходно

<sup>55</sup> Живојин Перић, *op. cit.* стр. 18 и сл.

<sup>56</sup> Опширније в.; Данило Данић, *О јемствима судске независности*, Београд, 1935; Иво Крбек, *Гаранције судске независности*, Београд, 1935; Ђорђе Тасић, *О јемствима судске независности* Београд, 1935; Кривиц Рудолф, *О јемству содиншке неогвисности*, Београд, 1935; Никола Георгиев, *Гаранцији за независимости на судијата*, Београд, 1935 (радови објављени у Споменици Конгреса правника, Београд, 1935).

<sup>57</sup> Данило Данић, *О јемствима судске независности*, Београд, 1935, стр. 14

<sup>58</sup> Ђорђе Тасић, наведено дело, стр. 32; Данило Данић, наведено дело, стр. 14

<sup>59</sup> Опширније в.; Споменица Конгреса правника, Београд, 1935, која је посвећена „јемствима судске независности“.

позвао и на друге ауторе<sup>60</sup> који предлажу овај систем као најбољи начин за именовање судија, Тасић овај став образлаже узимајући у обзир и добре и слабе стране овог система. Ипак, овај аутор предлаже да се овај систем „ублажи“ на тај начин што би извршна власт (министар) потврђивала овако изабране судије. У том смислу, са извесним модификацијама, изјашњавају се и други аутори који су се бавили овим питањем.<sup>61</sup>

Као што се види, компаративни (и историјски) преглед нам указује на постојање различитих (чак и веома различитих) система избора судија. Сваки од њих има релевантну вредност, без обзира да ли је у питању „чист“ систем (именовање од стране управне власти; избор судије на општим изборима грађана) или „комбиновани“ систем (избор од стране судског колегијума уз учешће управне власти; избор од стране представничког тела уз учешће управне власти). Када неки од ових система не би имао чак ни релативну вредност, очигледно, био би изван законодавног и теоријског домашаја. Хоће се рећи, да сваки од поменутих система није произвољан, већ је, у принципу, примерен правној природи основних установа одговарајућег правног поретка.

Стога, чини се, ниједан систем избора судије не може бити унапред квалификован као добар или лош. Најбољи ја онај који собом носи гаранцију од „неоправданог именовања“.<sup>62</sup>

Другим речима, онај систем који омогућава да функцију и дужност судије понесе оно лице које је, сходно својој савести, стручности и мудрости, у стању да другоме изриче правду независно од било које власти и утицаја, осим власти легитимног закона.

Ако задржимо пажњу на систем избора од стране самих судских колегијума, можда би се могло рећи, да он заслужује да буде препоручен али са модификацијом да такав избор буде потврђен од надлежног органа управе. Избор би се вршио на основу писаног и објављеног реферата за сваког пријављеног кандидата на јавном конкурс, а комисију за писање реферата чинили би, пред судија, још и познати правни стручњаци из

---

<sup>60</sup> Адам Лазаревић, Никола Георгиев, Данило Данић, наведена Спомена Конгреса правника, стр. 32.

<sup>61</sup> Тако, Данило Данић *op. cit.*, стр. 14.

<sup>62</sup> Тако, *Основни принципи везани за независност судства* усвојени од стране Седмог конгреса Уједињених нација за спречавање злочина и поступање према преступницима, одржаног у Милану 1985. и потврђени од стране Генералне скупштине у њеним резолуцијама 40/32 и 40/46, обе из 1985. године, код питања независности судства, квалификације у избору и именовању (чл. 10) предвиђају следеће: Лица одабрана да врше функцију судија морају бити поштена и стручна и имати потврду о потребном образовању и правничким квалификацијама. Све методе избора судија морају предвидети гаранције против неоправданог именовања. Избор судија треба да се обавља без обзира на расу, боју, пол, веру, политичко и друго убеђење, национално или социјално порекло, имовно стање, породично порекло и друштвени положај; правило по коме кандидат за судију мора бити држављанин дотичне земље не сматра се дискриминацијом.

одговарајућих области, праксе и правне теорије. Реферат би се објавио јавно и оставио би се рок од 30 дана за стављање приговора од најшире јавности. После тога, приступило би се гласању од стране судијског колегијум на уобичајен начин. Број референата би могао бити од три до пет из поменутих области права. Судски колегијум који би вршио избор, сачињавали би или судије врховног суда или судије онога суда за које се кандидат бира. Ово је постављено као алтернативно решење, што значи да би оба могла бити предмет пажње будућег законодавца. Цела ова хипотеза претпоставља да би се прве судије „морале поставити од које друге власти“.<sup>63</sup> Избор од стране судског колегијума важио би и за председнике судова.

Као што се види, овај начин избора судија доста подсећа на начин избора универзитетских професора и сарадника који има дугу и општу традицију. Међутим, пошто се избор на овај начин изврши, изабрани кандидат стиче звање судије, али акт његовог постављења (а то значи и остварење судијске функције) био би препуштен високом органу управне власти, нпр. министру правде. Ово стога, што судска власт мора бити „израз свих аспеката друштва“,<sup>64</sup> а не само једног сегмента. Уколико изостане акт о постављењу, статус изабраног судије налази се у стању мировања.

Уосталом, и код избора универзитетских професора постоји исти или сличан поступак: или се изабрани професор поставља одговарајућим управник актом (систем који је и код нас раније постојао), или се избор односно потврда избора врши од стране одговарајућег факултетског тела кога у значајном броју чине чланови изван факултетског круга, као представници друштвене заједнице.

Овакав систем избора судија код нас данас није могућ без промене Устава, јер Устав предвиђа да судије бира и разрешава Народна скупштина. Остаје, дакле, да се овај систем данас расправља само са аспекта *de lege ferenda*.

<sup>63</sup> Ђорђе Тасић, наведено дело, стр. 33.

<sup>64</sup> Према *Нацрту Универзалне декларације о независности судства* израђеном од стране Комисије за људска права УН из 1988. године (у преводу објављена у часопису Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, бр. 1 из 1989. године) предвиђено је: у поступку и одређивању критеријума за избор судија мора се узети у обзир и потреба обезбеђивања да правосудје буде одраз свих аспеката друштва. Поступак за избор судија мора строго обезбедити да не дође до наименовања судија из неадекватних мотива. Учешће законодавне и извршне власти у именовању судија је у складу са судском независношћу у оној мери у којој се то учешће не злоупотребљава и у којој је обезбеђено од неодговарајућих побуда и метода. Да би се осигурао најоптималнији избор, са гледишта професионалне способности и интегритета и да би се обезбедила независност и интегритет појединаца, треба учинити напоре, у мери у којој је то могуће, на плану консултовања са представницима правосудја и правничке професије, у циљу именовања судија или давања прелога за именовање које ће извршити тело у коме активно учествују представници правосудја и правничке професије.

Поред начина избора судија, као друга гаранција судијске независности, јавља се одговарајући материјални положај судије, тј. висина судијске плате. Ова гаранција се убраја у прворазредна обезбеђења судијске независности, јер се „само материјално обезбеђени судија може сав посветити својој тешкој задаћи“.<sup>65</sup> Судијска независност претпоставља, дакле, одсуство сваког штетног и недостојног утицаја, без обзира од кога он долазио и без обзира на разлоге његовог преузимања.<sup>66</sup> Одговарајући материјални положај судије у великој мери може бити брана таквим утицајима, посебно у системима конкуренције способности титулара различитих статуса и овлашћења.<sup>67</sup>

Што се тиче конкретне висине судијске плате, посебно са гледишта упоредног права, ту се могу поставити само начелни критеријуми (јасни и категорични), јер висина судијске плате мора пратити опште стандарде једне или друге државне заједнице.<sup>68</sup>

Са овом напоменом, чини се, да се могу формулисати извесни општи критеријуми. Пре свега, треба рећи да одговарајући материјални положај судија гарантује држава која има законску дужност да обезбеди материјална средства судству која су потребна за нормално обављање судијских функција и која одговарају тежини и достојанству судијске функције.<sup>69</sup> Ако се пође од општег међународног стандарда о праведној и

<sup>65</sup> Иво Крбек, наведено дело, стр. 7.

<sup>66</sup> Стога „рационално и практички се може судијска независност провести само с материјално осигураним судијама. Ствар је појединог позитивног права и прилика поједине земље, да ли ће се судијама, поред општих чиновничких припадности, осигурати и посебне судијске“ (И. Крбек, *ibidem*).

<sup>67</sup> У том смислу се истиче да је „добра плата судијама важна ствар у демократији. Ту нема титула и ордења, нити судско звање врши социјални положај да би се накнадила недовољност у плати. Особито је то потребно стога, што баш у демократији ваља омогућити да у судски позив улазе људи из свих друштвених редова. Најважније је пак, што се само на тај начин обезбеђује независност судска. Ништа више неће човека довести у искушење него материјална невоља. А данас има разних канала, који, иако споља не изгледају корупција, корупција су у својој суштини. Материјална обезбеђеност даје могућности да човек шире гледа и да се са много више воље посвети позиву“ (Ђорђе Тасић, наведено дело, стр. 36)

<sup>68</sup> Тако, „енглеске судијске плате по својој висини ушле су у пословицу. Судије у Америци су такође добро плаћени у већини држава. Ипак, оне су много ниже него енглеских судија, мада много више него француских. У неким богатим швајцарским кантонима су врло добро плаћени, али у другим нису. Француска је у том погледу стајала нарочито лоше, што је изазвало незадовољство у редовима судија“ (Ђ. Тасић, *ibidem*). Ове оцене цитираног аутора дате су 1935. године, што не значи да је и данас тако. Међутим, овде и није била намера да се даје преглед висине судијске плате по појединим замљама, већ само да се укаже на релативност нормалних износа, с обзиром на различите стандарде појединих земаља.

<sup>69</sup> Према Основним *принципима везаним за независност судства* донетих у оквиру УН у 1985. години, свака држава чланица има задатак да обезбеђује средства која су судству потребна за нормално обављање функције. И даље (према *Нацрту Универзалне*

задовољавајућој накнади као еквивалента за уложени рад, онда би, код питања висине судијске плате, требало, на тај општи стандард применити и посебни међународни стандард који важи само за судије, а који гласи: плате и пензије судија морају бити адекватне, сразмерне статусу, достојанству и одговорности њихове функције и морају бити периодично ревидиране у циљу отклањања или ублажења ефеката инфлације.<sup>70</sup>

Примењен на конкретне поједине земље, овај стандард (и поред релативности номиналних износа) требало би законом везати за одговарајући стални параметар који изражава опште материјално стање и могућности одређене заједнице. Тако би висина судијске плате била одредљива у сваком моменту и прилагођена, с једне стране, општим материјалним могућностима заједнице, а с друге стране, сразмјерно примјерена достојанству и тежини судијске функције, што представља висок међународни стандард.

Као следећа гаранција судијске независности јављају се извесна ограничења која произилазе из природе судијске функције. Реч је о извесним вансудским активностима, јавним или приватним, које су у одређеном смислу неспојиве (инкомпатибилне) са судијском функцијом. Разуме се, судије као и други грађани<sup>71</sup> уживају слободу мишљења и изражавања уверења, удруживања, поседовања имовине, чланства у одређеним асоцијацијама, учествовања у политичком животу.

Међутим, у остваривању тих права и дужности, за судије постоје специфична и категорична ограничења: морају се увек понашати тако да чувају достојанство свог позива и непристрасност и независност судства. Судије не могу вршити вансудске функције којима се компромитује њихова судска независност.<sup>72</sup> Ове речи упућују на закључак, да код овог питања није потребно, па ни могуће, ићи списком или казуистиком забрањених аката вансудске активности, већ уопште формулом која је прилагодљива свакој конкретној ситуацији.

И по томе: судија у свом укупном животу мора испуњавати високе стандарде понашања којима се изражава идентитет и интегритет судијске независности. Када је, дакле, реч о јавним вансудским активностима, а посебно политичким, треба рећи да се и овде (и нарочито овде) примењује

---

*декларације о независности судства у оквиру УН из 1988. године), за сваку државу је приоритет највишег ранга обавеза да обезбеди адекватна средства за рад суда, укључујући материјалне услове потребне за очување судске независности, достојанства и ефикасности, судске и административне кадрове, као и оперативни буџет. Судски буџет треба да обезбеди надлежни органи у сарадњи са органима правосуђа, имајући при томе у виду потребе и захтеве правосудне администрације (чл. 33 и 34).*

<sup>70</sup> Чл. 18 *Нацрта Универзалне декларације о независности судства* израђен у оквиру рада УН од 1988. године.

<sup>71</sup> Универзална декларација о правима човека из 1948. године (чл. 17-20).

<sup>72</sup> *Нацрт Универзалне декларације о независности судства* израђен 1988. године, у оквиру УН (чл. 22).

принцип ограничене слободе политичког деловања, и то не формалном забраном чланства у политичким партијама,<sup>73</sup> већ суштинским ограничењем којим се увек исказује очување независности судијске функције, њеног достојанства и општег ауторитета који треба да ужива у друштву. Конкретно, то значи да ће судија као члан или присталица неке вансудске асоцијације, својим активностима јавног деловања (медијска и друга средства јавне комуникације) увек бити на позицијама права и правде, на пољу културе законитости и хуманости праведног права, избегавајући (или чак игноришући) политичке изјаве „дневне“ пролазности.

Суштински, исти принцип важи и када су у питању „приватни“ акти вансудске активности. Судије се морају уздржавати од вршења било какве пословне активности предузетништва или службе која би могла нарушити или довести у сумњу високе принципе судијске вокације и њене независности. Личне инвестиције и поседовање имовине, без сумње, не улазе у недозвољене пословне активности. Али, пружање правне помоћи изван оквира судијске функције или давање правног савета уз накнаду, био би пример недозвољене судијске приватне активности. Напротив, пример дозвољене и пожељне активности представља објављивање стручних и научних радова уз ограду професионалне тајне, којом се спречава нарушавање приватности странака.

Наиме, судије су везане професионалном тајном у вези са оним подацима до којих су дошли у вршењу своје судијске функције, осим оних који су извесни у поступку јавног суђења. У погледу података који представљају професионалну тајну, судије не могу сведочити, нити се од судија сме захтевати да о тим питањима било где сведоче.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Опширније, Иво Политео, *Поводом нових судских уредаба*, Београд, 1939, стр. 6. На овом месту овај аутор истиче да је деполитизација судова потребна, не само ради њих, него и ради народа и јавности, а понајпре ради сврхе судовања. Надаље, према овом аутору, судија смије и мора политички мислити, али је сувишно да политички и ради. И без судија остаје довољно (можда превише) грађана који политички раде. За судију је сасвим доста да своје политичко уверење изрази у вршењу изборног права тајним гласањем. Сваки већи његов утицај на формирање поретка у држави значно би повећање погубелсти за утицај политике на његово суђење. Па и онда када би то суђење било стварно имуно од таквог утицаја, али би политички рад судије оставио у народу сумњу о пристрасности његове судске одлуке. А судство мора бити чисто и од такве сумње.

<sup>74</sup> Према *Основним принципима везаним за независност судства* донетих 1985. године у оквиру рада УН (чл. 15) судије су везане професионалном тајном у погледу процеса поверљивих података које добијају током обављања својих функција изван јавних суђења и не могу сведочити о тим питањима. Исто право садржи и *Нацрт Универзалне декларације о независности судства* из 1988. године (такође, донесен у оквиру рада УН), према коме, судије су дужне да чувају као професионалну тајну све податке до којих су дошли, осим оних до којих су дошли на јавном главном претресу. Од судија се не сме захтевати да се појаве као сведоци у вези са питањима која се односе на те податке (чл. 21).

Следећу гаранцију судијске независности представља судијски имунитет који у законским оквирима обезбеђује поље слободног судијског деловања. Тај имунитет, пре свега, подразумева принцип по коме је судија слободан да изнесе своје мишљење о свим покренутим питањима о којима одлучује и да то мишљење слободно брани у случају већања и гласања када се суди у већу. С друге стране, овај имунитет значи да судија у одређеној мери мора бити заштићен у евентуалном кривичном поступку који се против њега води ради дела учињеног у вршењу судијске дужности, на тај начин што не може бити притворен без одобрења надлежног органа. С обзиром да је наш систем избора и разрешења судија поверен Народној скупштини, логично је решење по коме је она надлежна да даје или ускрађује поменуто одобрење. Надаље, када је реч о накнади штете коју судија причини незаконитим и неправилним радом у вршењу судијске функције, судијски имунитет овде подразумева правило, по коме, за такву штету оштећеним лицима одговара држава, с тим што држава има право да од судије тражи накнаду исплаћеног износа, само ако је он штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.

Гаранције судијске независности представља и начин унапређења судија, као и њихова стална едукација и усавршавање, јер правничко и опште образовање доприноси судијској независности.

С обзиром на ауторитет и ингеренцију суда вишег степена, унапређења судија мора се заснивати на објективним показатељима, а нарочито на њиховој професионалној стручности, поштењу, искуству, хуманости и привржености идеји законитости. Унапређење, дакле, треба да буде слика конкретне и објективне процене интегритета судијске независности, што значи да се не сме вршити из неадекватних побуда.<sup>75</sup> Та процена, бар када је реч о лицу односно органу који је доноси, у великој мери зависи од начина избора судија.

У сваком случају, унапређење судија према објективним критеријумима треба да обезбеди јасну перспективу у каријери, не само са становишта индивидуалитета, већ и са становишта опште потребе да се на судијској функцији задрже способне судије са највишим моралним и стручним интегритетом.

Стога, судије ће у свом радном веку, перманентно настављати да обогаћују своја знања путем различитих начина као што су: додатни степени проучавања права формализовани у облику студија или иновације већ стеченог знања, специјалистички курсеви, и сл.; а затим, активно праћење правничких публикација у земљи и иностранству, учествовање на савјетовањима, семинарима, стручним консултацијама, студијске посете европским и другим страним судовима и органима власти; упознавање са међународним конвенцијама и другим изворима којима се утврђују

---

<sup>75</sup> Чл. 14 *Нацрта Универзалне декларације о независности судства* из 1988. (ор. cit.); чл. 13 *Основних принципа независности судства* из 1985. (ор. cit.).

норме о људским правима и другим сличним скуповима; сарадња са научним установама, нарочито правним факултетима и институтима који се баве проучавањем права са компаративног аспекта, као и са одговарајућим установама из широке области друштвених наука. То ће омогућити да се извесне судије јаве и као незаобилазни аутори у стручној и научној литератури, што значајно доприноси ауторитету суда и ширењу принципа судијске независности.

С тим у вези је и следећа гаранција судијске независности која се исказује добро фундираним и свеобухватним образложењем судске одлуке. Према једном становишту „ми данас нисмо више ни свесни тога, од које је големе важности по судијску независност темељито правно образложење пресуде. Само судија, који је добар правник, може бити уистину независан“.<sup>76</sup>

Образложење судске одлуке мора бити прецизно и јасно, аргументовано са гледишта позитивног права, а нарочито са гледишта интерпретације овог права у смислу праведног пресуђивања, као и супсидијарне примене „правде и правиче“.

Код важнијих правних питања, нарочито оних код којих се мења или модификује постојећа судска пракса, образложење одлуке мора својом убедљивошћу да остави траг, не само у судској пракси, већ и у правној теорији. Другим речима, тако образложење мора да преживи своје време, и да буде цитирано од каснијих генерација.

То подразумева и јавно објављивање судијских одлука, пре свега, путем разних збирки и зборника судске праксе, како би становишта образложења била доступна најширој јавности.

У тим зборницима, за разлику од садашњег стања, објављене судске одлуке треба да носе и име њиховог аутора, јер се и на тај начин шири и постиже већи степен судијске независности, тим пре, што „читаво друштво треба да бдије над институтом судијске независности“.<sup>77</sup>

Да би се постигли жељени ефекти судијске независности, потребно је обезбедити и одговарајуће услове за обављање судијске функције, што, такође, нотирамо као једну од гаранција судијске независности. Ту не мислимо само на елементарне потребе за рад (судски буџет који омогућава савремену опрему и простор за рад), већ и на унутрашњу радну организацију суда, улогу судске администрације, овлашћења председника суда, начин распоређивања предмета, све до сигурности и физичке заштите судија како не би били жртве озбиљних претњи.

Када је реч о одговарајућим условима који омогућују ефикасан рад судије, треба, пре свега, рећи, да је неопходно у једном суду обезбедити довољан број судија, како не би дошло до претераног нагомилавања

<sup>76</sup> Иво Крбек, *Гаранције судијске независности*, Споменица Конгреса правника, Београд, 1935, стр. 23.

<sup>77</sup> Иво Крбек, *ibidem*.



предмета и стварања утиска о неопходности хитног решавања да би се постигла или пребацила постављена норма. Ако оставимо по страни тзв. лаке предмете који се обављују аутоматизмом праксе и професионалним искуством судећег судије, сигурно је, да се судија мора припремити за сваки предмет, како би одржао квалитет суђења и потребу да се поступак води без непотребног одлагања. Писање образложења одлуке, као што смо видели, мора бити на завидном степену јуристичке струке, што све захтева, не само утврђење, већ и квалификације правних чињеница и њихово повезивање са основом пресуђења.

Природа ове вокације претпоставља, дакле, такву атмосферу независности, која се, између осталог, остварује и „потребном мирноћом и равнотежом духа при доношењу судских одлука“.<sup>78</sup> Другим речима судија не сме да доноси одлуке у тренутку срџбе или афектације изазване општом или појединачном ситуацијом, јер се то може одразити на квалитет његове одлуке. Стога, ефикасност суђења или брзина у суђењу захтевана од стране било кога, па и управе самог суда, не сме никада бити на штету квалитета суђења, пресуђења и образложења донете одлуке.

Што се тиче распоређивања предмета у рад појединим судијама, треба рећи да се и овде морају применити критеријуми који објективизирају овај акт тако да он не изазове основану сумњу у независност и непристрасност суђења. То је последица општег става да се правосудна управа не сме мешати у рад судије у смислу посредног или непосредног утицаја на доношење одговарајуће одлуке - тзв. *кабинетска јустисија*.<sup>79</sup>

У том смислу, председник суда може вршити надзор над судијама само у погледу послова административне природе.<sup>80</sup> Према међународним стандардима у овој области, расподела предмета судијама у оквиру суда представља интерно питање организације тог суда које се решава у складу

<sup>78</sup> Опширније, Лазар Марковић, *Парламентарно право*, издање и штампа, „Експрес“, Зрењанин, 1991, стр. 212. На истом месту, овај аутор констатује да се судије налазе у служби једне идеје која се назива законитост и правда, и која је везана за филозофски основ постојања државне заједнице. Отуда, установа независних судова је највеће културно остварење човечанства; највећа победа ума над свим нижим склоностима и способностима човека, и највећи напредак у оквиру једне државне заједнице. Тек са организовањем и функционисањем правде и правосуђа, држава је постала истинска културна заједница, уздигнута над свим другим могућим облицима удруживања. Тек са судством држава је добила своју објективну, према свим грађанима једнаку и истоветну базу. Из овога произилази да је независно судство неминован појам културне државе. Важност судства и судских власти тако је крупна и изузетна, да су та власт и њени квалитети постали мерило за оцену културног нивоа једне државе. На којој се висини налази судство једне земље, на том ступњу је и културна вредност дотичне државне заједнице (стр. 209-213).

<sup>79</sup> Опширније И. Крбек, *Гаранције судијске независности*, Споменица Конгреса правника, Београд, 1935, стр. 22.

<sup>80</sup> Чл. 36 *Нацрта Универзалне декларације о независности судства* из 1988. израђен у оквиру рада УН (оп. цит.).

са законом или судским пословником. Постоје различити начини распоређивања предмета по систему „аутоматске дистрибуције“ (азбучни ред по именима судија или сличан објективизирани начин) или распоређивање од стране председника суда.

Битно је да распоређивање предмета не сме бити у корист једне стране нити вршено под било чијим утицајем, јер свако има право да се његов случај практично и јавно расправи у разумном року пред независним и непристрасним судом (право на природног судију) који је образован на основу закона, било у погледу његовог грађанског права и обавеза било у погледу кривичне оптужбе управљене против њега.<sup>81</sup> Ако је већ предмет распоређен код одређеног судије да овај поступа по њему, онда, према међународним стандардима,<sup>82</sup> предмет би накнадно могао бити уступљен другом судији само у случају озбиљне болести или сукобу интереса. При томе, сматра се да би разлози и процедура прерасподеле предмета (одузимање предмета од судије коме је већ додијељен) требало предвидети законом, како тај акт не би био под утицајем администрације или владе.<sup>83</sup>

Све ово подразумева дужност и право судије коме је предмет додељен да се изузима од поступања и одлучивања у случају законом предвиђених разлога, дакле, у оним случајевима када његова објективност и непристрасност може бити доведена у питање.

Најзад, када је реч о одговарајућим условима за рад судија, као једној од бројних гаранција судијске независности, треба поменути и обавезу органа извршне власти да обезбеде сигурност и физичку заштиту судија и њихових породица.<sup>84</sup>

Принцип судијске независности и непристрасности треба да буде заштићен и правилом по коме не могу бити судије у исто време у једном суду, нити заједно судити, блиски сродници чији круг треба законом да буде одређен. Према неком просечном осећању јавног мњења ово правило отклања унапред постављену претпоставку (додуше, обориву) о пристрасности судије у случају круга „сумњиве породице“, па стога, нема разлога да то правилно не буде поштовано и законом конкретизовано, без обзира на постојање установе изузећа судије. Због своје важности, то правило је негда било и уставом предвиђено.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Европска конвенција о људским правима усвојена у оквиру Европског савета од 4. XI 1950, а ступила на снагу 3. IX 1953. године (чл. 6).

<sup>82</sup> Према чл. 35 *Нацрта Универзалне декларације о независности судства* (ор. cit.) судови треба сами, у складу са законом и пословником, да одлучују о распоређивању предмета судијама или одељењима суда састављеним од неколико судија.

<sup>83</sup> У том смислу *Предлог Министарског комитета земљама-чланицама Савета Европе о независности, ефикасности и улози судија* од 13. X 1994. године.

<sup>84</sup> Чл. 19 *Нацрта Универзалне декларације о независности судства* (ор. cit.), као и чл. III, тач. 2. *Предлога Министарског комитета* (ор. cit.).

<sup>85</sup> Тако, *Устав за Краљевину Србију* од 1888. године, предвиђао је да у исто време у једном суду не могу бити сродници по крви у првој линији у коме било степену, у побочној до четвртог степена завршно, а по тазбини до другог степена завршно.

Ауторитет судске власти и судијска независност треба да буду гарантовани и правилом да се овлашћења управне власти у погледу могућности да се њеним актима унапред или ретроактивно поништавају дејства судских одлука (аболиције, амнестије, помиловање) користе само у оној мери у којој се грубо не нарушава ауторитет (па чак и достојанство) суда и принцип судијске независности.

Разуме се, ово питање се законом уређује (надлежност, разлози, услови и поступак доношења ових аката), али му треба одредити место и домаћај, не само са становишта начела поделе власти, већ и са становишта очувања угледа суда и судијске независности. На основу свега до сада изложеног може се закључити: да би судија могао да изриче правду независно од било које власти осим власти праведног закона, он мора познавати садржину и опсег рационалне концепције природног права и примењивати је у смислу изнете теорије која одређује однос између позитивног и природног права као владавине комуникативне и дистрибутивне правде. То значи да без правне државе и организованог природног права, нема ни судијске независности.

Slobodan Perović

## NATURAL LAW AND INDEPENDENCE OF JUDICIARY

### S u m m a r y

The idea of natural law emerges back from Greek sophists, it will obtain full meaning in works by Plato and Aristotle and be further developed through the Roman School of Stoicism; it gained in Medieval Christian civilization a theological interpretation. However, the theory of natural law, especially from the 17th century (Hugo Grotius) experiences its laicisation and in scientific regard it is divided on biological rational direction, which will subsequently develop in pure rational understanding, according to which human mind (understanding) is the source of law. From the critique of traditional rationalism and by its connecting with empirism the doctrine of intelligent natural law was derived which until now has remained a main pillar of School of Natural Law, the founder of which is Kant. This rational conception of natural law represents the foundation of general declarations and international conventions on human rights passed in the second half of the 20th century in scope of the United Nations. Before all, these are the universal declarations on human rights from 1948, based on rational conception of natural law, which starts from the fact that all human beings are presented with mind and consciousness and on these grounds they should act towards each other in spirit of brotherhood. Human beings are born free and equal in dignity and rights so that everyone is entitled to life, freedom and safety of their personality. According to the rational conception of natural law, this law

emerges from the very nature and human gains it coming to this world, what is the case with other natural laws. It is perfect and just by itself, universal, supra-national and supra class, primary and original, whereas the present law is imperfect, changeable and frequently unjust. Therefrom, natural law as compared to the present law is ideal, subsidiary and corrective, what creates a tripartite theory which explains the relation between the natural and present law. Judges, discharging their duty, speak out about life and freedoms as elementary natural rights of people and that is why they must enjoy independence in context of distribution of power to legislative, judiciary and executive ones. Independence of judges represents an organic part of lawful state. The question of independence of judge is not merely a legal question, but the question of general culture of certain community. Independence of judge understands that in declaring justice he/she is independent of any power but the power of a just law. Judge makes impartial decisions in the proceeding set forth by the law on basis of the assessment of the facts and understanding the laws in meaning of reaching the cumulative and distributive justice. Judge, like any other citizen, enjoys a general freedom of opinion and expressing his/her belief, but always in a way which understands keeping the dignity of the profession and independence of judiciary. Discharging the judiciary function must not be the subject of undignified influences, stimulation, pressures, threats or interventions, direct or indirect, by anyone or from any reasons.