

ПРИМЕРИ АПСТРАКАТА

Петар Митровић

Студент треће године Правног факултета Универзитета у Београду

УЛОГА СУДОВА У КОНТИНЕНТАЛНОЈ ПРАВНОЈ ТРАДИЦИЈИ: СЛУЧАЈ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Улога коју врше судови у континенталном праву се обично објашњава путем поређења са положајем судија у англосаксонском праву. Тако се често истиче да, док судије у цоммон лањ системима врше и стваралачку функцију, будући да је судска пракса препозната као формални извор права, судијама у континенталном праву се даје знатно скромнија улога – они се често посматрају као, Монтескјеовим речима, „уста закона“ (ла боуцхе де ла лои), те, иако им се признаје одређена стваралачка активност, одриче јој се карактер стварања права или се негативно вреднује. Овај рад иде за тиме да покаже како, без обзира на формални статус судских одлука, судије врше стваралачку функцију, те да правни статус судских одлука искључиво има утицаја на обим и начин изражавања стваралачке делатности судова, а не и на њено само постојање.

Рад се најпре бави одређењем концепта стварања права. Полазећи од тога да је стварање материјалног закона парадигматичан пример стварања права у континенталној правној традицији којој Србија припада, рад дефинише стварање права као стварање општих правних правила.

Након што стипулира одговарајући концепт стварања права, рад прелази на анализу ситуација у којима долази до изражаја стваралачка делатност судова у континенталном праву и покушава да им дао смисао у светлу претходног одређења концепта стварања права. Рад, између осталог, анализира следеће примере:

- Попуњавање правних празнина представља пар еццелленце пример стваралачке делатности судова. Надлежни суд у конкретном случају поступа као законодавац: најпре мора да одреди да ли неки друштвени однос представља правну празнину или шупљину, а тек потом, уколико закључи да се ради о првом, ужива дискрецију у погледу регулисања тог односа. Иако грађански законици (а и Нацрт Српског грађанског законика) попуњавање празнина не препознају експлицитно као стварање права од стране судова, самим тим што им дају обавезу да, чак и у случају непостојања нормe која се односи на случај у питању исти реше, признаје се могућност деловања судија као стваралаца права, макар и у једном релативно ограниченом опсегу случајева.

- Правни стандарди, као неодређени правни појмови садржани у закону, такође дају основа да се закључи да судије у неким случајевима стварају право. Штавише, не само што је то фактичко стање ствари, него се може тврдити да управо уношење правних стандарда у текст закона представља давање овлашћења судовима да одреде њихово значење. Другим речима, намера законодавца да суду делегира извесна легислативна овлашћења је имплицитно садржана у самом чину уношења неодређеног правног појма у текст закона.

Аутор ће бранити став да ова два примера показују да судови, барем некада, стварају право на начин на који то чини и законодавац, тиме што се пре свега користи консеквенцијалистичким аргументима или аргументима целисходности.

Ван наведених случајева, рад има намеру да покаже како је стваралачка делатност судова неизоставни део јудицирања. Ова тврдња се темељи на две тезе.

Прва теза се тиче правог значења или смисла норме. Аутор тврди да право значење или смисао норме не постоји као објективна реалност. До овог закључка се долази најпре политичком и економском анализом процеса доношења правних правила, са посебним освртом на Србију. Поменута анализа ће показати да је стварање закона у данашњим правним порецима процес са много формалних и неформалних учесника, који на крају резултира доношењем закона. Самим тим, може се тврдити да, услед тога, закони често не представљају кохерентну целину, да садрже нејасности и двосмислене изразе, који су извор потенцијалних сукоба између две или више норми. Из тога следи да је веома тешко бранити тезу о правом значењу које судије треба да пронађу, те да та идеја у многоме осликава фикцију о идеалном законодавцу.

Друга теза јесте да је наша интуиција о праву промишља као појму који је веома близак са појмом кохерентности. Тако су основне вредности које право треба да оствари – попут правне сигурности и реда – немогуће уколико право није кохерентно. Рад даље аргументује да право не постоји као прост скуп правних правила, већ као смисаона и логичка целина. Рад аргументује да је управо улога судова да, путем јединствене судске праксе, уклоне све поменуте мањкавости закона и да правна правила учине смисаоном и логичком целином. Због тога, аутор закључује да судови, пре свега инстанционо виши судови, у сваком правном систему данашњице, врше улогу супсидијарног законодавца.

На том темељу, рад описује и даље објашњава природу стваралачке делатности судова. Аутор уводи поделу права на законско и судско. Док се прво односи на законске текстове који се доносе да би се примењивали на друштвене

односе, судско право представља законско право које је стављено у примену. У светлу претходно одређеног концепта стварања права, постаје јасно да судови не стварају право налик законодавцу, већ да представљају главне учеснике у другом стадијуму стварања права – оживотворењу општих правних правила.

На крају, рад поставља питање од каквог је утицаја претходно схватање на поимање формалних извора права у Србији. Аутор истиче да је јасно да, барем у неким случајевима (нпр. правне празнине), судска пракса представља извор права. Са друге стране, закони несумњиво представљају главни извор права, с тим што се закон не сме посматрати одвојено од процеса примене, у ком до изражаја долази стваралачка улога судова у достизању кохерентности општих правних правила. У том смислу, аутор, закључује, чланове Устава који се односе на изворе права не би требало тумачити тако да искључују стваралачку активност судова.

Теодора Миљојковић

Студенткиња треће године Правног факултета Универзитета у Београду

ИЗАЗОВИ И ГРАНИЦЕ ЦЕНТРАЛИЗОВАНЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ И МОГУЋНОСТ ПРИМЕНЕ АМЕРИЧКОГ МОДЕЛА У ЗЕМЉАМА КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВА

Правну историју савремене Европе обележила је не само тежња ка већој међусобној независности институција проистеклих из учења о традиционалној подели власти већ и оснивање посебних државних органа, уставних судова, насталих као одговор на нове политичко-правне захтеве тадашњег демократског

друштва. Развој уставног судства започет је по завршетку Првог светског рата, а свој највећи домет достигао је након пада социјалистичке уставности. Прва европска земља у којој је 1920. године основан уставни суд била је Аустрија, захваљујући утицају правног теоретичара Ханса Келзена. На Келзеновим идејама конституисан је такозвани централизовани модел контроле уставности, као ново решење у односу на алтернативу у англосаксонском праву – децентрализовани модел, чије се основне одлике могу уочити превасходно из анализе америчке судске праксе. Теоријска подела на централизовани и децентрализовани модел контроле уставности, тј. „амерички“ и „европски“ модел, приписује се италијанском јуристи Мауру Капелетију.

При европском моделу, функција заштите уставности и законитости припада искључиво уставним судовима који су у раду независни од других органа власти, док се у америчком моделу оцена уставности појединачних легислативних аката врши од стране редовних судова. Историјски посматрано, разлози за конституисање централизованог модела као своје упориште имају принцип правне сигурности, високо вреднован у земљама континенталног права. Међу правним теоретичарима јавила се следећа претпоставка - уколико би сви судови били овлашћени да испитују уставност законодавства, неусаглашеност одлука при различитим инстанцама судства створила би правну несигурност, како за грађане, тако и за органе власти. Централизација је у то време сматрана јединим ефикасним решењем за мимоилажење мишљења у судском одлучивању.

У овом раду, кроз анализу основних принципа на којима се ова два система заснивају, као и кроз поређење поступака контроле уставности и разлика између иницијативе, уставног питања и предлога, покушаћу истаћи основне карактеристике европског и америчког модела, са посебним освртањем на

могућност примене децентрализоване контроле уставности у земљама континенталног права каква је и Србија.

Такође, значајно је изложити последице ограничавања контроле појединог законског или подзаконског акта само у односу на посматрани случај, што је одлика америчког модела, али и предочити изгледе могуће неефикасности европског оцењивања уставности и законитости *in abstracto*, што најпре зависи од круга овлашћених предлагача, као и легитимности њихових функција.

Један аспект овог рада биће посвећен и могућим интерним и екстерним разлозима за децентрализацију контроле уставности у земљама континенталног права. Као један од основних проблема централизованог модела јесте одлагање одлучивања у поступку оцене уставности, што може не само опструирати решавање конкретних случајева, већ и знатно умањити подстицај редовним судовима да постављају уставна питања. Случај који овај проблем илуструје јавио се 1977. године када је Европски суд правде пресудио да је Немачка прекршила члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода који гарантује право на правично суђење, тиме што је Савезном уставном суду Немачке било потребно седам година и четири месеца да одговори на постављено уставно питање. Екстерни разлози децентрализације везују се за непосредну примену међународних уговора и законодавства Европске уније од стране државних судова.

Последњи сегмент овог рада биће посвећен уставном судству Србије као и анализи члана 18 Устава који налаже непосредну примену уставних одредби о зајамченим људским и мањинским правима. Питања која ћу обрадити јесу: да ли су и када у пракси примењене одредбе овог члана, као и да ли у нашој земљи постоје тенденције и потребе за проширењем функција редовних судова у правцу

одлучивања о уставности и законитости уз поштовање ранијих одлука уставних судова у сличним случајевима.

Стефан Ракић

Студент друге године Правног факултета Универзитета у Београду

МИШЉЕЊА ВЕНЕЦИЈАНСКЕ КОМИСИЈЕ О УСТАВНОМ СУДСТВУ КАО ИЗВОР ПРАВА

Европска комисија за демократију посредством права, познатија као Венецијанска комисија је саветодавно тело при Савету Европе (СЕ). Главни задатак Венецијанске комисије је издавање мишљења о уставним одредбама и другим правним нормама, било на сопствену иницијативу, или учесталије, на захтев институција са овлашћењем да затраже мишљење Комисије, а у сврху асистирања у материји уставног права у ширем смислу, придржавајући се основних принципа европског уставотворног наслеђа, конкретно људских права, демократије и владавине права. Поред тога, Венецијанска комисија такође припрема студије, тзв. *amicus curiae briefs*, извештаје и упутства за своје деловање засноване на претходним одлукама.

Заједничка црта свих мишљења Венецијанске комисије јесте да она нису правно обавезујућа, већ су, у најбољем случају, *soft law*. Чињеница је да се у модерно доба стандардне *hard law* норме све учесталије допуњују и/или замењују *soft law*

нормама, па тако мишљења Венецијанске комисије добијају на значају и без принудности која карактерише класичне норме, код којих се понашање по диспозицији обезбеђује претњом одговарајућом санкцијом иза које стоји државни апарат принуде.

При развијању генералних стандарда, Венецијанска комисија се ослања на Европски суд за људска права и међународне уговоре, као што су конвенције о људским правима, али се тада углавном држи општих принципа на којима су ти документи засновани. Стандарди које Комисија извлачи из других извора углавном садрже доста простора за конкретизацију приликом примене у датом случају, што је последица тога да се исти извлаче у виду принципа.

Мишљења Венецијанске комисије која се тичу конкретно уставног судства су од посебног значаја јер задиру у веома значајну област суверености једне државе: механизам контроле закона и других општих аката. Међутим, ретко је испитивано да ли и у којој мери државе адресати прихватају и примењују сугестије и препоруке Венецијанске комисије. Пропратни извештаји Комисије се, очекивано, ограничавају на опис непосредно предузетих мера, а посебна пажња се обраћа на то да ли су и у којој мери примењени владавина права и демократија по критеријумима Комисије. Треба ипак имати у виду да у неким источноевропским државама постоје фундаменталне потешкоће у пуној примени ових стандарда, те да је за исте потребно времена.

Будући да је сама Комисија основана деведесетих година прошлог века и да је, између осталог, један од њених циљева била и консултативна помоћ бившим комунистичким државама источне Европе у прилагођавању режиму либералне демократије, може се рећи да њена мишљења и препоруке у неку руку представљају извор права, узевши у обзир стандарде које Комисија примењује, али и оне које

током свог рада и сама ствара. Међутим, то не би били извори права у класичном смислу, али се фактички тако могу посматрати узме ли се у обзир њихово инкорпорисање у правне системе тих држава. Управо због тога се мишљења и препоруке Венецијанске комисије могу посматрати као нека врста *soft law* норми.

У овом раду аутор настоји да детаљније објасни улогу Венецијанске комисије као актера у стварању права, као и да истражи на који се начин мишљења Комисије у вези са уставним судством реципирају у националним правним системима. У првом делу рада ћемо размотрити да ли би мишљења и препоруке Венецијанске комисије могла да буду *soft law*, а онда и извори права; затим, у другом делу ћемо испитати да ли та мишљења и препоруке имају места у хијерархији материјалних извора права националних држава, па ћемо покушати да им у складу са тим одредимо правну снагу. У фокусу трећег дела ће бити криза уставног судства у Пољској која је започела јуна 2015. контроверзним именованима судија Уставног суда и пратећим променама Закона о Уставном суду од децембра 2015. што је довело до политичке кризе у земљи, а под притиском међународне заједнице је затражено и мишљење Венецијанске комисије о изменама Закона о Уставном суду. Овај случај ће послужити за разматрање теоријских теза изнетих у раду.

Најзад, у закључку ћемо изнети сумарна разматрања о ефекту који производи делатност Венецијанске комисије у области уставног судства у различитим врстама држава, а покушаћемо и да дамо одговор на питање да ли би се и у којим околностима акти Комисије у вези са уставним судством могли посматрати као нешто више од *soft law* норми и да ли би се тиме повећала њихова учинковитост.

Душан Станковић

Студент треће године Правног факултета Универзитета у Београду

САМОСТАЛНОСТ И НЕЗАВИСНОСТ СУДСТВА КАО ЈЕДНО ОД ЈЕМСТАВА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Дилема која вековима окупира пажњу: који је облик владавине бољи - владавина људи или владавина права, разрешена је у корист потоње. Управо то је разлог да владавину права метафорички одредимо као благо за које се као и за свако друго благо вреди борити, уколико желимо његове користи, а та борба у суштини подразумева борбу за успостављање оних институција које су есенцијални елементе владавине права и уједно њени гаранти. Поред легитимности власти, поделе власти, уставности и законитости, уставних јемстава људских и грађанских права, слободне привреде и привредне активности, аутор овог рада посебно истиче значај самосталности и независности судства као једно од јемстава владавине права.

Да би један правни поредак оквалификовали као поредак владавине права, у њему заиста мора владати право, а не арбитрарност и самовоља богатих и утицајних појединаца који припадају слоју: политичке, економске, естрадне и друге „елите“. То даље значи да је у том правном поретку неопходно обезбедити непристрасну примену правних прописа, што како сматра аутор овог текста, није могуће без самосталног и независног судства. Толика и таква улога и значај независности и самосталности судства произилази из чињенице да је управо овој грани власти поверено ауторитативно решавање спорова о праву, а када такав спор једном буде решен од стране суда он има снагу пресуђене ствари (*res judicata*), а пресуђена ствар пак снагу законске истине. То значи да се истином у праву сматра

оно што је суд утврдио правоснажном пресудом, па су даљи спорови о истој ствари искључени. У том смислу, сваки па и најмањи утицаји на судску власти и њене носиоце, приликом решавања конкретних спорних ситуација, представљају удаљавање од владавине права.

Питање које се сада логички намеће је: Који су основни механизми у једном правном поретку који могу обезбедити и гарантовати независност и самосталност судства? Анализа како националних, тако и међународних решења овог проблема, за резултат је дала следеће општеприхваћене стандарде који би гарантовали независно и самостално судство: 1. Правно дефинисање суда као самосталне и независне државне институције, 2. Заснованост суда и суђења на актима највишег ранга, 3. Институционална независност судства, 4. Персонална независност судије, 5. Доношење мериторне одлуке у разумном року, на основу јавног расправљања, 6. Непристрасност, 7. Појавни изглед независности суда и судије, 8. Начин одређивања судије у конкретној правној ствари. Сви ови стандарди независности и самосталности судства су данас уставне категорије у већини земљама света, па и код нас, и као такви они би требало да буду јаке гаранције за самосталност и независност, међутим како то иначе бива ови стандарди су прихваћени у свом нормативном и формалном облику, али њихова примена у пракси ако не у потпуности онда бар у добром делу изостаје, јер и поред уставних прокламација о независном и самосталном судству, оно неретко бива испостава политичке моћи.

Сходно томе аутор истиче да уставне гаранције нису саме по себи довољне те је циљ овог рада да поред анализе појма владавине права, затим његових основних гаранта, а пре свега независног и самосталног судства и основних стандарда који су прокламовани у циљу независности и самосталности, јавност подстакне бар на размишљање о томе како да све те уставне гаранције не буду само мртво слово на папиру, већ их преточити у реалност. У прилог томе аутор даје преглед актуелних

решења важећег устава Р. Србије и на основу њих анализира проблеме са којим се сусреће домаће правосуђе у равни самосталности и независности, истичући у први план следеће проблеме и решења: институционална независност судства као самосталне и независне државне институције предвиђена је и у Уставу Р. Србије из 2006. године, али и у актуелном Закону о уређењу судова, с тим што је у Уставу наведено да је гарант те независности Високи савет судства што је сматра аутор спорно због структуре и састава овог органа, који је у доброј мери политизован и који као такав не може бити ваљан гарант независности и самосталности, па сходно томе предлаже промене на плану структуре и састава овог органа, персонална независност судије предвиђена је Уставом најпре кроз одредбу о сталности судијске функције која предвиђа изузетак у случајевима када се лице први пут бира за судију, тада му мандат траје три године, што утиче на самосталност судије који је први пут изабран и који је подложен политичким утицајима јер страхује да неће бити изабран да трајно обавља ту функцију, што је директно у вези са Високим саветом судства који је надлежан да бира судије за трајно обављање те функције, а који је у доброј мери по структури и саставу политизован, што аутор поново наводи као проблем и прелаже промене у структури и саставу овог органа, затим следи одредба која регулише престанак судијске функције и која наводи између осталог да ће судији функција престати онда када наступе законом прописани услови, а да судија може бити разрешен из законом одређених разлога, поново уплив политике у судство и могућност законодавца да законом пропише те разлоге односно услове, иако је боље да то буде регулисано самим Уставом, али и низ других практичних проблема, као што је питање на који начин обезбедити да судија поступа без предрасуда и пристрасности у конкретном спору, а у случају када је непристрасност доведена у питање посредством утицаја самих странака у спору на судију у виду уцена или подмићивања, где аутор као решење истиче с једне стране већу материјалну сигурност судија у смислу повећања њихових примања по основу

обављања судијске функције, а с друге стране развој колективне свести у друштву о значају независног и самосталног судства и судија за владавину права.