

## Коментари на Нацрт закона о судијама

### Члан 4.

Овај члан, који носи назив *"Одржавање поверења у независност и непристрасност"*, прописује различите обавезе чије испуњавање би требало да гарантује независно и непристрасно поступање судија. Нажалост, начин на који је то учињено садржи неке веома битне мањкавости.

У ставу 1. предвиђена је дужност судије *"да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност"*. Норма је идентична оној коју садржи сада важећи члан 3. Закона о судијама. Иако је интенција законодавца јасна, пропуштена је прилика да се измене и допуне правосудних закона искористе за унапређење свих њихових одредби а не само за формулисање одредби које представљају непосредну последицу измена и допуна Устава. Концепција, као и дикција, овог става указују на две ствари. Прво, да норма полази од претпоставке да поверење постоји. Јавно доступни подаци добијени истраживањима говоре супротно – да постоји велики степен неповерења јавности у раду судова, нарочито у независност судија. Осим тога, норма поверење дефинише као циљ а независност и непристрасност судија као средство да се до њега дође. Због тога она представља не само пример обрнуте правне архитектуре него и доказ да постоји неразумевачење о томе да су независност и непристрасност судија крајњи циљ а (не)поверење јавности последица његовог (не)постојања. Истовремено, са становишта Методологије, норма намеће дилему да ли постоји разлика између између једног од декларисаних циљева – независност правосуђа и стварног циља чије се остварење нормом обезбеђује – одржавање поверења у независност и непристрасност. Осим тога, појам *"одржи"* је, поред тога што је неуобичајен када је реч о номотехници, правна формулација која, сагласно Методологији, представља фактор ризика који се огледа у употреби недефинисаних појмова. Реч је о појму који нема уобичајено, широко распрострањено и јединствено значење нити суштину у широј јавности. Уместо тога, исти циљ би се могао постићи прецизним и недвосмисленим прописивањем да је судија дужан да се у свакој прилици понаша независно и непристрасно.

Став 3. представља још једну норму која није претрпела, а требало би, било какве измене и допуне посматрано у односу на сада важећи став 3. тог члана Закона о судијама. Наведени став предвиђа да се *"службе, послови и поступци неспојиви са судијском функцијом одређују законом"*. Видљиво је да ова, по својој правној природи, упућујућа норма користи неодређен и уопштем појам *"законом"*. Због тога што на нејасан, непрецизан и начин подложен различитим тумачењима упућује на друге одредбе или прописе, она представља фактор ризика који се, сагласно Методологији, огледа у мањкавости одредбу о упућивању. Другим речима, она не садржи појмове који се традиционално и уобичајено користе у сличним ситуацијама. Први од њих је синтагма *"у складу са овим законом"*, Уколико би на тај начин била формулисана она би недвосмислено и прецизно упућивала на примену одредбе члана 31. који детаљније разрађује које су то функције и послови неспојиви са функцијом судије. С друге стране, постоји сасвим легитимна могућност да се у оквиру упућујуће норме користи синтагма *"у складу са законом који регулише ..."*. У случају њеног прописивања, став 3. би упућивао, као и члан 33., на примену Закона о спречавању корупције. Међутим, независно од тога коју од две горе наведене формулације би одабрали, проблем мањкавости одредбе о упућивање би би решен стварањем новог фактора ризика који се састоји у сукобљеним одредбама (тај фактор ризика биће детаљније разматран код анализе члана 31.). Изгледа да је тога био свестан и сам законодавац

због чега се определио да употреби формулацију "законом" која, на први поглед, може изгледати као номотехнички недостатак а не као суштински проблем – дуализам и паралелизам два правна система сукоба интереса.

Ништа мање споран није и став 5. (мада би по природи ствари и нумерацији требало да буде став 6.) који предвиђа крајње уопштену обавезу свих органа јавне власти и јавних функционера "да својим поступањем и понашањем одржавају поверење у независност и непристрасност судија и судова". Поред употребе недефинисаног појма "одржавају", који је детаљније разматран и описан у вези са ставом 1. овог члана, овај став садржи још један фактор ризика. Начин на који је он формулисан пре подсећа на формулисање декларативног циља него на дужност у правном смислу речи. Пре свега, наведена одредба не наводи, ни примера ради, које су то позитивне (шта морају или треба да ураде) а које негативне (шта не смеју да ураде или од чега треба да се уздржавају) дужности органа јавне власти и јавних функционера. Осим тога, она уопште не предвиђа санкцију за случај њеног непоштовања, као корективни механизам који би омогућио њену примену и последично, ефикасно гарантовао независност и непристрасност судија. Због свега наведеног овај став може да представља фактор ризика који се састоји у неприменљивој одредби. Он има тзв. ефекат „лажних обећања“ јер се не може применити у стварном животу. Несигурност коју овај став ствара у погледу сопствене примене сасвим сигурно погодује оним органима јавне власти и јавним функционерима који дођу у искушење да га употребе ради злоупотребе својих функција.

#### **Члан 7.**

Овај члан такође припада оној групи чланова који током рада на доношењу новог закона нису претрпели било какве измене или допуне. Другим речима, пропуштена је прилика да се и област одговорности судија за штету регулише на прецизнији и јаснији начин. У ставу 2. овог члана прописан је правни основ за Републику Србију да наплати тј. рефундира износ који је на име штете, настале на основу правоснажне судске одлуке, односно поравнања закљученог пред судом исплатила оштећеном. Међутим, то је учињено на начин који није довољно прецизан и чини ову одредбу подложну тумачењима. Први разлог томе је чињеница да одредба користи појам "може" који се уобичајено тумачи на негативан начин као "не мора". Уз то, одредба дефинише и услов - то право Република Србија има само уколико је штета проузрокована намерно. Уколико је стварни циљ ове одредбе да успостави механизам који ће утицати на одговорнији и савеснији рад судија тај механизам би морао да садржи аутоматизам по коме ће се штета надокнађивати увек. У том случају, много примеренија би била другачија дикција овог члана нпр. "исплаћени износ ће бити надокнађен од судије" или "судија ће Републици Србији надокнадити исплаћени износ". Простим преношењем сада важеће одредбе члана 6. став 2. у нови текст закона, а самим тим појма "може" законодавац је пропустио да отклони фактор ризика који се, сагласно Методологији" огледа у употреби нејасне, непрецизне и двосмислене формулације. Употреба појма "може" намеће потребу за тумачењем када ће може значити "мора" а када сасвим супротно "не мора".

Из става 4. је видљиво да је Министарство правде, као и увек када је реч о овом фактору ризика, овлашћено за доношење такве оцене, односно за дискреционо тумачење, у складу са жељеним тумачењем, када ће а када не иницирати покретање поступка за накнаду штете. На основу дикције одредбе могло би се закључити да након тога наступа горе поменути аутоматизам јер је

Државно правобранилаштво дужно, без права да оспори захтев Министарства, да покрене парницу за накнаду штете. Међутим, наведени закључак се не може сматрати као недвосмислен. Разлог се крије у последњем делу ове одредбе који уводи још један орган, документ и фазу поступка за накнаду штете који немају јасно значење нити сврху. Према одредби, Државно правобранилаштво је дужно да пре покретања поступка за накнаду исплаћеног износа прибави мишљење Високог савета судства. О правном значају и последицама мишљења које је Високи савет дужан да да у закону нема ни речи. На основу тумачења одредбе и њене дикције може се закључити да у овом случају Високи савет има само саветодавну улогу а наведено мишљење нема моћ да спречи покретање парнице. Другим речима, независно од тога да ли је позитивно (подржава захтев Министарства) или негативно (оспорава захтев Министарства) мишљење представља само формални доказ да је процедура спроведена. Уколико је намера законодавца супротна, тј. постоји жеља да мишљење Високог савета судства добије већу правну снагу и спречи покретање парнице, онда је реч о неприменљивој одредби која се не може спровести због начина на који је формулисана. Тај њен недостатак озбиљно доводи у питање да ли је такав исход – спречавање покретања парнице у случају негативног мишљења Високог савета судства уопште могућ. С друге стране, релативно лако се може уочити да наведена формулација успоставља надлежност Министарства правде на начин који омогућава изузетке и злоупотребу у тумачењу због чега представља фактор ризика. Начин на који одредба креира механизам за накнаду штете ствара могућност да Министарство правде бира на који начин ће тумачити правни основ за вршење својих надлежности и ствара сумњу да ће то бити оно које му највише одговара, без узимања у обзир других интереса и духа закона.

Осим тога, на основу разматрања наведених ставова види се да чињеница наступања штете није довољна за активирање овог механизма. Поред наступања штете као објективног услова, закон предвиђа постојање још једног услова – намере. Проблем је међутим, што закон ништа одређеније не говори о каквој намери се ради. Полазна претпоставка је да право на рефундацију исплаћеног износа штете постоји само у вези са вршењем функције судије а не и са активностима које судија предузима мимо и ван тог оквира. То другим речима значи да је за покретање овог механизма неопходно да постоји одговарајућа судска пресуда којом је утврђена одговорност судије за извршење кривичног дела кршење закона од стране судије из члана 360. Кривичног законика. Поред тога, логика ствари налаже да таква пресуда буде правоснажна пре покретања поступка за накнаду штете. Уместо тога, став садржи формулацију *"ако је штета проузрокована намерно"* која представља фактор ризика који се огледа не само у употреби нејасних и недефинисаних појмова већ и успостављање надлежности на начин који омогућава изузетке и злоупотребу у тумачењу, као и прописивање неодређеног, нејасног или дискреционог основа за одлучивање. Надлежности успостављене на овај начин омогућавају изузетке и злоупотребу у тумачењу јер стварају могућност за њихово различито тумачење у различитим ситуацијама. Неодређен, нејасан или дискрециони основ за одлучивање постоји зато што је изостало навођење основа/критеријума којима Министарство правде треба да се руководи у тим случајевима. Поред тога, овај став може да представља и фактор ризика који се састоји у прописивању непотпуног основа за настанак одговорности судија.

Све наведено важи и у погледу става 3. овог члана.

#### **Члан 16.**

Став 2. овог члана, који регулише време за које судија може бити удаљен са функције, прописује да Високи савет судства може да укине одлуку о удаљењу пре окончања поступка за утврђивање разлога за разрешење судије или окончања кривичног поступка. На основу анализе овог члана тешко је закључити шта је стварни циљ ове одредбе. С друге стране, релативно лако се може уочити да начин на који је ова одредба формулисана није најбољи јер уноси правну несигурност у примену закона. Слично као и код претходног члана, видљиво је да и ова одредба садржи нејасан и непрецизан појам "може". Поред тога, одредба потенцијално може да представља фактор ризика који се огледа у прописивању неодређеног, нејасног или дискреционог основа за одлучивање имајући у виду да не формулише (оквирно или прецизно) критеријуме и случајеве када Високи савет судства може донети наведену одлуку. Због тога што је избор могућих критеријума остављен отвореним постоји основ за широко дискреционо одлучивање у конкретном случају. Истовремено, овај став може, због тога што разлози за његово прописивање нису јасни, да представља и фактор ризика који се састоји у прописивању уопштеног изузетка од правила да се судија, у законом прецизно одређеним случајевима, обавезно удаљава са функције. Тиме он испуњава услове да буде сматран неоснованим (јер ничим није образложен нити објашњен) „законодавним вратима“ кроз која Високи савет судства може да избегне остваривање правила које служи да испуни легитимне циљеве и интересе. У стварности није тешко замислити случајеве у којима заинтересовани субјекти на различите начине мотивишу чланове Високог савета судства да искористе неоправдано дискреционо овлашћење да примени одступање од правила.

#### **Члан 25.**

Овај члан, који носи назив "Одступања", у ставу 2. таксативно наводи разлоге због којих се судији може одузети предмет, односно одступити од расподеле предмета случајем на основу годишње расподеле послова у суду. Начелно, такав приступ заслужује сваку похвалу. Међутим, поново су номотехнички пропусти заслужни за то што овај члан заслужује примедбе него похвале.

Међу набројаним разлозима, за потребе ове анализе, пажњу заслужују два: *"предмети који су хитни по својој суштини"* и *"у другим случајевима предвиђеним законом"*. Нажалост, закон не садржи ниједну одредбу која би прецизно (прописивањем критеријума) или оквирно (илустрацијом неколико карактеристичних случајева) дефинисала шта законодавац сматра под наведеном синтагмом. Тим пре што се за судске предмете уобичајено и колоквијално користе неке друге квалификације – сложени и једноставни, тешки насупрот лаким, са већим или мањим бројем странака, обимном или малом документацијом и сл. Може се само претпоставити да није реч о предметима где се, због пропуштања рокова и евентуалног наступања штете, захтева хитност у поступању (мада је и та квалификација погрешно формулисана као *"предмет који је хитан по закону"*). Због тога ова синтагма омогућава појаву различитих тумачења у ситуацији када се због остваривања права на приступ правди очекује јединствена и једнака примена прописа. Осим тога, заинтересоване стране у конкретним предметима могу наведени став искористити да на незаконит начин нпр. утицајем или давањем мита омогуће или олакшају заштиту својих права и остваривање интереса. Због свега наведеног ова синтагма може да представља фактор ризика који се огледа у употреби недефинисаних појмова. Истовремено, због одсуства било каквих критеријума за утврђивање правог значења ове синтагме она може

представљати и фактор ризика који се састоји у прописивању неодређеног, нејасног или дискреционог основа за одлучивање.

Када је реч о последње наведеном разлогу за одступање од расподеле предмета случајем - "у другим случајевима предвиђеним законом", он због тога што на нејасан, непрецизан и начин подложен различитим тумачењима упућује на одредбе других прописа представља фактор ризика који се огледа у мањкавој одредби о упућивању. На овај начин формулисан он постаје равноправни члан бројне породице коју чини изрази као што су: „у складу са важећим законима“, „по закону“, „на уобичајени начин“, „у складу са правним прописима у тој области“.

### Члан 30.

Став 1. овог члана нормира ново правно средство које судије могу да користе за заштиту своје независности и непристрасности у поступању. На основу њега, судија може поднети захтев за заштиту од непримереног утицаја Високом савету судства. Међутим, начин на који је ова одредба прописана садржи најмање два фактора ризика од корупције. Сагласно овој одредби, судија може посегнути за овим правним средством ако сматра да се на њега врши "непримерен" утицај. Истовремено, наведени став, као ни друге одредбе закона, не дефинише нити прецизира у чему се састоји непримереност неког утицаја. Имајући у виду да законодавац не користи израз "недозвољени" може се само претпоставити да је реч о утицају који је суштински другачији од утицаја чије је вршење забрањено одређеном правном нормом. Због тога што овај израз, који нема уобичајено, широко распрострањено и јединствено значење, нигде није појашњен у закону, предложено решење може да представља фактор ризика од корупције који Методологија препознаје као употребу недефинисаних појмова који су подложни дискреционом одлучивању и тумачењу у складу са интересима онога ко је примењује. Као такав, он омогућава појаву различитих тумачења, од којих нека могу бити коруптивна, упркос томе што решавања једног овако осетљивог питања захтева примену јединствених мерила и критеријума. Због тога се намеће потреба да се направи јасна разлика између примереног и непримереног утицаја тако што ће се они оквирно (илустрацијом карактеристичних случајева) или ближе дефинисати (прецизним навођењем критеријума).

Са становишта Високог савета судства, који је адресиран као орган јавне власти коме се наведени захтев подноси, исти разлози могу да представљају фактор ризика који се огледа у прописивању неодређеног, нејасног или дискреционог основа за одлучивање. Услед изостанка било каквог критеријума за процењивање да ли је неки утицај примерен или не створен је правни основ за Високи савет судства да у сваком конкретном случају процењује да ли постоји непримерен утицај на рад судије. Будући да одредба не упућује да се интерним актом Високог савета судства могу прописати критеријуми за процену да ли је неки утицај примерен или не, у конкретном случају реч је о потпуној отворености за дискреционо одлучивање.

С друге стране, став 2. представља пример упућујуће норме која предвиђа да ће се начин подношења захтева и поступак по захтеву за заштиту од непримереног утицаја прописати актом Високог савета судства. Фактор ризика огледа се пре свега у чињеници да је реч о питању које по природи ствари треба да представља законску материју те пребацивање његовог регулисања на подзаконски акт може да представља недовољну транспарентност поступка. Према

уобичајеној пракси, основне законске одредбе могу и треба да се додатно разраде и прецизирају подзаконским актом али он не може бити једини и искључиви правни основ за спровођење поступка поводом поднетог захтева. Због тога ова одредба може да представља фактор ризика - недовољна транспарентност органа јавне власти. Осим тога, видљиво је да овај став помиње тачно одређени механизма за заштиту независности и непристрасности судија али задатак његовог ближег регулисања пребацује на Високи савет судства који је истовремено орган јавне власти овлашћен за његову непосредну примену. Наведена особина је једна од основних одлика фактора ризика које Методологија дефинише као непостојећи или нејасни управни поступци. У свим случајевима постојања тог фактора ризика постоји опасан простор за дискреционо овлашћење, у смислу импровизације процедуралних правила.

### **Члан 31.**

Овај члан на нешто другачији начин уређују сукоб интереса у односу на решења које важећи Закон о спречавању корупције предвиђа за све јавне функционере, укључујући и судије. Наиме, уколико буде усвојен у облику који је предложен, њиме ће бити знатно смањен број јавних функција које су неспојиве са функцијом судије. Приликом набрајања функција које су неспојиве са функцијом судије – " *на функцији у другом органу Републике Србије, органу аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, градске општине или јавној служби,*" изостављене су функције у установама, јавним предузећима и другим правним лицима чији је оснивач или члан Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или градска општина које предвиђа члан 2\*. став 1. тачке 2), 3) и 4) Закона о спречавању корупције.

Слично томе, наведени члан сужава обим примене важећег члана 46. Закона о спречавању корупције. За разлику од тог члана који изричито предвиђа да се јавни функционер, укључујући и судије, може бавити, ван радног времена и уз накнаду, хуманитарном и спортском делатношћу, овај члан дозвољава само да се судије, ван радног времена, без посебног одобрења могу бавити наставном, научном (што је другачије у односу сада важећи научноистраживачки рад) и уметничком делатношћу уз накнаду. Штавише, он не садржи тј. у њему је изостављен корективни механизам који се огледа у изричитом прописивању услова под којима се те функције могу обављати - ако се тиме не угрожава непристрасно вршење и углед јавне функције.

С друге стране, он познаје две функције које не постоје у важећем Закону о спречавању корупције. Прва од њих је чланство у Управном одбору и Програмском савету Правосудне академије. Штавише, овај члан прописује да судија наведену функцију може обављати, не у складу са овим законом или Законом о спречавању корупције, већ у складу са Законом о Правосудној академији. Осим тога, овај члан дозвољава судији да буде и члан тела за проверу стручности, коју судија може обављати без сагласности и уз накнаду. Све наведено може да представља, према Методологији, фактор ризика – сукоб норми, и то екстерни сукоб норми, нарочито имајући у виду одредба члана 33 који садржи упућујућу норму да је " *судија је јавни функционер у смислу закона који уређује спречавање корупције и подлежу обавезама за јавне функционере које су утврђене тим законом*".

Поред тога, овим чланом регулисана је забрана политичког деловања судија. Нажалост, то је учињено једноставним прописивањем одредбе која и сада постоји у Закону о судијама а нема своје упориште у Уставу Републике Србије. Према одредби члана 31. став судији је забрањено

чланство у политичким странкама (идентично као у Уставу) подједнако као и политичко деловање (што Устав не прописује). Штавише, ова последња забрана је формулисана на начин који може представљати фактор ризика од корупције јер користи уопштен израз који нема уобичајено, широко распрострањено и јединствено значење. Имајући у виду да израз није појашњен како у овом члану тако ни у другим члановима закона ова одредба се може, сагласно Методологији, сматрати фактором ризика од корупције који се огледа у употреби недефинисаних појмова. Као таква, ова одредба представља плодно тло за појаву различитог тумачења од којих нека могу представљати награду (када се изразито политичко деловање појединих судија "не види", игнорише или аболира) а нека савршени механизам за кажњавање (када се неке активности судије које немају политички карактер оцене као политичко деловање на други начин).

Истовремено, са становишта основних људских права гарантованих ратификованим међународним уговорима, ова одредба може представљати фактор ризика који се огледа у неоправданом ограничавању људских права. Очигледно је да се овом одредбом умањује могућности за неометано остваривање два основна индивидуална права свих лица – слобода мишљења и изражавања. Формулација ове одредбе намеће дилему да ли је реч о мери која је потребна у демократском друштву због националне безбедности, јавне безбедности, економског благостања у земљи, заштите реда и мира и превенције криминала, заштите здравља и морала или заштите других права и слобода. Штавише, тиме се одступа од две основне идеје. Прве, да је потребно забранити оно ангажовање судија које их излаже различитим коруптивним утицајима, између осталог и политичким утицајима на вршење судијске функције. И друге, иако погрешно пројектоване јер не постиже жељени циљ, да се због тога изричито ограничава слобода удруживања, конкретно политичког удруживања.

### **Члан 33.**

Овај члан изричито предвиђа примену Закона о спречавању корупције на судије тиме што прописује да је судија јавни функционер који подлеже обавезама за јавне функционере које су утврђене тим законом. Проблем се, међутим, састоји у томе што начин на који је формулисана одредба уводи дуализам правних режима који се могу примењивати на судије због чега представља фактор ризика који се састоји у прописивању сукобљених одредби. Последица тога може бити нпр. да ће, у случају усвајања у овом облику, на судије бити могуће применити како одредбе Закона о спречавању корупције које прописују неспојивост функција тако и одредбе овог закона које на другачији начин регулишу то питање.

### **Члан 50.**

У ставу 6. овај члан предвиђа да ће показатеље за оцену стручности, оспособљености и достојности прописати Високи савет судства. Такав приступ је проблематичан из више разлога. Реч је о питањима која се сматрају најважнијим предусловима за остваривање независности и непристрасности правосуђа. Због тога би њихово регулисање, макар уопштено и оквирно, требало да буде материја закона а не подзаконског акта.