

АЛЕКСАНДАР ФАТИЋ*
Институт за филозофију и
друштвену теорију
Београд

УДК 343.95:316.64(497.11)
Оригиналан научни рад
Примљен: 22.08.2018
Одобрен: 17.09.2018
Страна: 205-222

ПРАВОСУЂЕ У СРБИЈИ ЈЕ ПРИВРЕМЕНО, ТРАНЗИЦИОНО

Сажетак: Један од суштинских елемената транзиционих, нестабилних и у битном смислу функционално поремећених друштава је и транзиционо правосуђе и транзициона правда којој такво правосуђе служи. Транзиционо правосуђе се разликује од право правосуђа утолико што је оно провизоријум, једна привремена структура која служи политичким циљевима и која мора бити под строгим надзором друштва. Транзиционо правосуђе служи транзиционој правди, а транзициона правда је политичка категорија која се ни по чему не поклапа са системском правдом и правичношћу једног уређеног друштва. Сврха транзиционог правосуђа је да постигне одређене политичке циљеве транзиције, а не да оствари друштвену правду. У томе се састоји неспоразум између носилаца правосудних функција у Србији и грађанског друштва. Конкретно, носиоци правосудних функција не разумеју да они представљају једну привремену фазу и да немају атрибуте квалитетног, сталног, системски уређеног и образованог правосуђа. Све док се не створе услови да се у Србији уведе право правосуђе, биће неопходан надзор јавности над поступањем транзиционог правосуђа.

Кључне речи: правосуђе, транзициона правда, политички циљеви, образовање, судије

Шта је транзициона правда за разлику од системске правде

Транзициона правда је институционални систем правосуђа и повезаних органа (јавне службе, полиција, тужилаштво и регулативни органи и агенције) у разореним, постконфликтним друштвима, у којима не постоје услови за успостављање регуларног и сталног система администрације правде. Разорена друштва као појам се најчешће повезују са поратним периодима, када постоје последице физичког и институционалног разарања, али је то само један мањи број случајева када друштво може бити разорено. Много је више морално и менталитетски разорених друштава услед дугорочне доминације тоталитарних идеологија, ауторитарних система владавине или системске корупције инсти-

* fatic@instifdt.bg.ac.rs

туција, у којима су разорене органске друштвене везе солидарности међу људима, емпатије једног за другог и бриге једног за другог: таква друштва пате од недостатка „осећаја за правду“, па су самим тим приоритети правосуђа у њима другачији од оних у добро интегрисаним друштвима. Циљ транзиционе, привремене правде и транзиционог правосуђа које такву правду спроводи је постизање циљева политичке транзиције, а не достизање правде (Bachmann and Fatić, 2015). Циљ правде која се администрира у међународним кривичним трибуналима није постизање аутентичне правде, него кажњавање ратних лидера и извршилаца ратних злочина да би се друштва из којих они долазе упростојила и довела на одговарајући цивилизацијски ниво политичког и безбедносног опхођења према другима. Стога чињеница да је та „правда“ селективна, то јест да некажњено пролазе многи извршиоци кривичних дела за која су међународни судови надлежни, док се на кажњавању других инсистира, представља проблем у вези са њиховом правичношћу само на први поглед: ти судови нису основани да би спроводили „правичну“ казнену политику на исти начин на који то чине редовни кривични судови у развијеним земљама. Они су ту да би послали политички сигнал да тешке злоупотребе људских права и понашање противно усвојеним цивилизацијским стандардима нису прихватљиви, и да би натерали државе које нису на одговарајућем цивилизацијском нивоу унутрашње политике и уређења да мењају своју праксу и понашање (Fatić, 2018). Међународни кривични трибунали служе за културолошко и вредносно преваспитавање делинквентних друштава и држава, а не за администрацију деонтолошке правде. Такву правду могу делити само системски изграђени национални судови у земљама које прихватају одговарајуће правне и друштвене стандарде.

Наведена тврда истина односи се и на домаће судове у неуређеним земљама, попут Србије. Правосуђе у Србији, земљи која не зна где су јој границе, у којој не постоји изграђена култура узајамне толеранције и политичког дијалога, у којој су институције или отете, са неаутентичним агендама, или потпуно нефункционалне (без обзира на то да ли се ради о правосуђу, здравству или социјалној политици), служи афирмацији одређене политичке идеологије или, у горим случајевима, персонификацији вредности које носи одређена владајућа елита. Такви судови ни по чему не подсећају на рад судова у уређеним и развијеним земљама, почев од нивоа кадра до квалитета одлука и судијске етике која је у њима присутна. Стога је дебата која се тренутно води о независности правосуђа у Србији погрешно постављена, а свако излагање у сусрет захтевима правосуђа за „независношћу“ само ће погоршати неправду и запуштено стање вредности и етике у српском правосуђу. Основна карактеристика транзиционог правосуђа је да оно мора бити под политичким надзором, све дотле док само не израсте у капацитету до нивоа када је способно да постане право правосуђе.

За разлику од транзиционе правде, системска правда се одликује снажним вредностима које одређују идентитет судијске професије и саморазумевање правосуђа у целини. Основна вредност која уређује тај систем вредности је генеричка праведност: судије себе доживљавају као експоненте аутентичне

друштвене праведности чија мисија у друштву је да исправљају друштвене неправде. Целокупан систем правосуђа руководи се етиком и из те етике проистиче његова чврстина и стабилност у односу на било какве утицаје са стране. Оног тренутка када попусти етика у правосуђу, када започне коруптивно и пристрасно поступање, руши се интегритет целокупног система и он клизи назад ка кризном и провизорном статусу, а његов ауторитет доводе у питање и јавност, и странке у поступку, и друштво у целини. Стога је сама прагматика односа према правосуђу од стране јавности јасан индикатор квалитета и статуса правосуђа у друштву: у оним околностима у којима јавност има потребу да изрази забринутост у вези са судијским одлукама или са поступањем правосуђа, јасно је да то правосуђе не ужива поверење друштва, да је његов системски карактер упитан, и да је његов легитимитет пољуљан. Покушаји да се тај легитимитет заштити забранама коментарисања судских пресуда, одбијањем судија да дају одговоре о томе због чега су поступали на начине који брину јавност, или, пак, позивањем на „притисак на суд“ и „слободно судијско уверење“ представљају самоинкриминишуће поступке којима правосуђе јасно ставља до знања јавности да нема системски карактер, да је његова етика проблематична, те да оно себе види као транзициону структуру правосудне власти која се осећа угроженом од критичког односа јавности.

Друштвени статус правосуђа и образовање носилаца правосудних функција

Друга битна заблуда у вези са правосуђем у Србији односи се на претпоставку носилаца правосудних функција да њихов статус у друштву проистиче из одлука које се доносе декретом: од законског положаја судија и других носилаца правосудних функција, од њихових овлашћења итд. Таква претпоставка не постоји нигде у цивилизованом свету, у коме правосуђе ужива углед. Друштвени углед правосуђа проистиче из истих оних *органичних друштвених извора* из којих проистиче и друштвени углед било које професије, па и било ког појединца. Један од кључних таквих извора угледа у друштву је *ниво образовања*.

Болна истина у вези са образовањем носилаца правосудних функција у Србији је да, међу високообразованим грађанима Србије у односу на различите професије, они спадају међу најнеобразованије. Кључну одговорност за то сноси сам систем образовања правосудног кадра, који је крајње релаксиран и незахтеван, као и правни факултети у Србији, који нуде изразито низак ниво општег и стручног образовања. Тек на крају долази одговорност самих носилаца правосудних функција, који не уписују последипломске студије, не похађају специјалистичке студије, не усавршавају се и задовољавају се, сасвим опортунистички, похађањем различитих сертификованих курсева у оквиру Правосудне академије који не представљају право и озбиљно правничко образовање. “Вокациона обука” у оквиру Правосудне академије, која често укључује свега неколико сати наставе, коју, често, држе предавачи без одговара-

јућих академских верификација и звања, никако се не може сматрати “образовањем”. Та обука може имати своје практично оправдање и вредности, али само ако долази након и поврх озбиљног академског образовања какво пролазе судије у развијеним правним и друштвеним системима. Стога је обука коју носиоци правосудних функција пролазе у Правосудној академији свакако пожељна, али је нипошто не треба мешати са одговарајућим образовањем, које се стиче на универзитету. Чињенице у овом погледу су неумољиве. Студије права у Србији спадају у најнезахтевније и најдоступније студије. Правни факултети, за разлику од осталих друштвених факултета, примају хиљаде студената, тако да се то у пракси своди на феномен да сви они који „не прођу“ на пријемним испитима за друге факултете друштвеног усмерења долазе на правне факултете. Овако велики број студената утиче на квалитет наставе, који је низак, као и на квалитет оцене знања, који је још нижи.

Култура изучавања страних језика на правним факултетима је веома лоша. Пошто је фокус студирања на српском праву, потреба за страним језицима у директном смислу је мала, тако да највећи број дипломираних правника има далеко лошије знање страних језика од дипломаца других друштвених факултета. Осим тога, на правним факултетима се не негује довољно култура писаног изражавања, број семинарских радова је врло мали, а стандарди њихове оцене крајње непримерени високом образовању. Резултат тога су неписмени носиоци правосудних функција, који не умеју да се служе српским језиком, чији акти су срамота за Србију и за српско друштво, који греше у падежима, чији стил изражавања је често на нивоу основне школе, а који у образложењима својих одлука показују елементарну несвесност о друштвеним вредностима и крајње сиромаштво опште културе. На правним факултетима не постоји дипломски испит, који, рецимо, постоји на елитнијим друштвеним факултетима, попут Филозофског факултета. Стога студенти Правног факултета фактички не задовољавају бољошки стандард „Мастер“, који им се неправилно признаје. Ово признавање само доприноси образовном дефициту дипломираних правника, који у компаративној перспективи остају на зачељу друштвено образованог кадра у Србији.

Дужина образовања правника у Србији је недопустиво кратка. После 4 године студирања Правног факултета и стажа у правосуђу тако дипломирани правници су квалификовани да постану носиоци правосудних функција, што је апсолутно без преседана у цивилизованом свету. У развијеним земљама англосаксонског права, студије права трају у просеку 7 година, тако што сви студенти прво похађају најмање 3 године општедруштвеног образовања, а тек потом неколико година студија права. То је практично дупло обухватније образовање од образовања правника у Србији. Такође, пре преузимања правосудне функције, дипломирани правници пролазе озбиљно искуство у адвокатским канцеларијама. Нечувено је да се неко у таквим системима бира за судију а да пре тога није био угледан адвокат, или да није на други начин стекао „име“ у правничкој професији. У Србији, „судије“ од 30 година старости које никада нису радиле ништа друго су сасвим нормална појава. Ова врста недопустиво кратког и оскудног образовања правосудног кадра јасно је илустрована када се

упореди са минималном дужином образовања правника у земљама које представљају оба данас доминантна правна система: прецедентно право с једне, и континентални систем права, с друге стране.

Примера ради, минимална дужина универзитетског образовања да би неко постао правник у САД износи 7-8 година студија, дакле, фактички дупло дуже него у Србији. Да би у Америци студент постао дипломирани правник, он прво мора завршити 4 године студија неке друштвене дисциплине, да би стекао одговарајуће опште знање и културу, као и разумевање вредности и етике, а тек потом још 3 године студија права као редовни, односно 4 године као ванредни студент. Тек након ових студија, које ретко могу да се заврше за мање од 8 година, студент може да иде на стаж и да полаже „Бар Ехам“, који се у Србији назива правосудни испит. Правничко образовање у Србији (о његовом квалитету у односу на правно образовање у Америци уопште не треба ни дискутовати) је еквивалентно једва половини универзитетског образовања једног дипломираног правника у САД.

У Великој Британији, студије права трају најмање 6-7 година. Студент прво мора да заврши студије неке друштвене дисциплине од 4 године (Bachelor with Honours), а потом још 2-3 године такозваног „практичног студирања“ права, након чега тек иде стаж и полагање „правосудног испита“. Другим речима, и у Великој Британији студије права практично двоструко дуже трају и обухватније су од студија у Србији.

У Италији, најрелаксиранијој земљи Европске уније у погледу формата студија, такође у земљи која има континентални правни систем, студије права трају 5 година и подразумевају завршавање истовремено основних дипломских студија и наставак на Мастер студије, након чега се добија основна квалификација *Laurea Magistrale in Giurisprudenza a ciclo unico percorso interno*, која студента тек квалификује за стажирање и полагање правосудног испита након најмање 1,5 годину „стажа“. При томе, у свим овим земљама потребно је да, након полагања правосудног испита, правник успешно ради у адвокатури дужи низ година да би уопште могао размишљати о томе да буде биран за судију. Потпуно је нечувено, било где у развијеном свету, да неко положи правосудни испит и одмах постане судија. Дакле, и у Италији, најнеформалнијој земљи у погледу правног образовања у ЕУ, основна квалификација да би неко уопште могао да почне да се бави правом је Мастер.

На основу свега овога, правно образовање у Србији далеко заостаје и по обиму, и по дужини, и по квалитету у односу на правно образовање у европским земљама: оно, једноставно, не задовољава европски правни стандард, и зачуђујуће је да српске власти не мењају регулативу у погледу неопходног нивоа образовања носилаца правосудних функција у складу са европским стандардима.

Статус стручњака у савременом друштву постиже се квалификацијама које далеко превазилазе завршен факултет, чак и када је он озбиљнији и дуготрајнији од, нажалост, врло слабих и неквалитетних студија права у Србији. За већину административних послова данас се у развијеним друштвима тражи

завршен факултет, а то није нимало ретка појава ни у Србији. Тако се ствара ситуација у којој су секретарице у великим фирмама једнако образоване или образованије од већине носилаца правосудних функција. У таквом стању немогуће је да правосуђе има реалан друштвени углед. Примера ради, да би неко могао бити психолог у државној служби у развијеним земљама, он мора, осим основних студија, завршити и Мастер студије (посебне, реалне Мастер студије, после завршених основних студија), а потом и неколико година интензивне и озбиљне едукације која се може мерити са још једним завршеним факултетом. Резултат је тај да, рецимо, један просечан психолог у државној служби има више него дупло више образовања од једног просечног судије у Србији. Ова правилност у односу између образовања и друштвеног угледа носилаца правосудних функција види се и из разлика у друштвеном угледу појединих носилаца правосудних функција. Постоје у Србији судије које су се додатно образовале, које имају магистратуре и докторате, и које умеју да се писано изражавају, па се не плаше да се обрате јавности и преко личних блогова, а који уживају углед. Они су, међутим, у оштрој супротности у смислу угледа са великом већином судија које, мимо суднице, не умеју да се артикулисано изразе о било чему на начин који друштво препознаје као квалитетан и користан.

Укратко, квалитет правосудног кадра у Србији је поразан, част изузетцима. Велики део одговорности за то катастрофално стање у правосуђу носе правни факултети у Србији који продукују велики број лоше образованих правника и који код њих уопште не побуђују и не развијају свест о њиховим сопственим ограничењима и потребом за даљим образовањем. Стога не чуди што су правни факултети често упоришта партијских кадрова, обично блиских свакој власти, за разлику од других друштвених и хуманистичких образованих установа, које су углавном резервисане у односу на партијску политику или се пак налазе примарно на опозиционом и критичком полу у односу на било коју владајућу структуру. Сама ова чињеница доста говори о интелектуалном и етичком профилу правних факултета.

Посебан проблем са друштвеним угледом и статусом правосуђа лежи у потреби да се дефицит друштвеног угледа компензује бахатим и арогантним понашањем у јавности, попут захтева судијског удружења да медији не постављају питања о проблематичним потезима судија или очигледно погрешног и етички неодрживог позивања на „притисак на суд“ од стране друштва коме тај суд служи. Јавно оглашавање судијског удружења у Србији активно и ефикасно доприноси додатном урушавању угледа правосуђа, због тога што демонстрира недостатак знања и недостатак вредности које друштво апсолутно очекује од судија. Удружење тужилаца је у том смислу дискретније и осетљивије на низак степен поверења јавности, па се стиче утисак да оно са већим опрезом поступа према јавности. Судијска ароганција у комбинацији са лошим образовањем и општом културом судија довешће до озбиљнијег сукоба судијске професије са друштвом у целини, као и са интелектуалном елитом тог друштва.

Морална мисија правосуђа

У етичком смислу, правосуђе игра једну морално-образовну и корективну улогу у друштву; његова суштинска функција је да исправља моралне неисправности у друштву користећи закон као алат: у том смислу позивање на „закон“ када се доводи у питање морални квалитет поступања носилаца правосудних функција представља замену теза. Закон служи томе да унапређује друштвени морал и вредности политичке заједнице, а не као замена за те вредности. Стога дискусија о вредностима и моралу не може бити замењена дискусијом о закону. У многим ситуацијама могуће је поступати „законито“ (у складу са одредбама позитивног законодавства) на различите начине, од којих су неки морални, а неки неморални. Улога носилаца правосудних функција је да поступају морално користећи закон, а не да поступају у складу са законом руководећи се мотивима, инструкцијама или циљевима који нису нужно превасходно морални.

Да би носиоци правосудних функција могли себе сагледати као пре свега моралне актере, они морају имати одговарајуће знање о томе шта су морални принципи које друштво од њих очекује. У актуелном Етичком кодексу, како за судије, тако и за тужиоце, тог знања нема ни приближно довољно.

Само уверење да ће се доношењем „Етичког кодекса“ за судије и тужиоце нешто решити у погледу судијске и тужилачке етике је, са тачке гледишта озбиљног разматрања интегритета правосуђа, најблаже говорећи — смешно. О томе је можда најбоље метафорички пише судија Алекс Козински (Alex Kozinski), који почиње своју расправу о судијског етици констатовањем да га „канони судијске етике“ подсећају на стару причу о пијанцу и полицајцу. Прича је следећа. Једне вечери, пијанац, на све четири, пузајући око уличне светиљке нешто тражи. Полицајац га види и након што га пита шта ради, овај му објашњава да је испустио новчић и да покушава да га пронађе. Полицајац покушава да му помогне, па се и он спушта на све четири и почиње да пипа наоколо. Након дугачког и прљавог тражења, полицајац, нервозно, пита пијанца да ли је сигуран да је ту испустио новчић, на шта му овај одговара: „А, не, испустио сам га тамо преко пута у мрачној улици, али сувише је мрачно да тамо тражим“ (Kozinski, 2004: 1093).

Козински аргументише да питања која регулишу етички кодекси представљају само оне најочигледније ситуације које стварају морални конфликт када се посматрају са тачке гледишта изван правосуђа. То су очигледне ситуације у којима је јасно да судија мора поступати на одређени начин: свакоме је јасно да судија која има или је имала емотивну везу са адвокатом који заступа странку у предмету мора да пријави конфликт интереса и да се изузме. Свакоме је јасно да судија мора бити непристрасан, да не сме да се дружи са странкама и пуномоћницима, да мора водити рачуна о доказима итд. Међутим, то није суштина правосудне етике. Њена суштина је у питањима која нису рутинска и досадна и која имају општедруштвени значај, у случајевима у којима се решава о важним друштвеним вредностима. Примера ради, парница у којој се

ради о дугу или штети често нема шири друштвени значај, представља рутински поступак чији значај је у конкретном случају ограничен на странке у поступку и никог другог. Ту је одговорност судије ограничена и грешке имају релативно ограничене последице. С друге стране, парница о питању које се тиче слободе политичког уверена и мишљења, права на живот и здравље, старатељству над дететом И сличним кључним друштвеним вредностима дотиче виталну вредносну “кичму” политичке заједнице и свака злоупотреба или кршење моралних начела од стране судије би требало да води до хапшења судије и њеног или његовог најоштријег кривичног процесуирања. Улога професионалне етике, према Козинском, лежи управо у томе да друштво успостави јасан вредносни оквир и оштру вредносну контролу над тим шта судије раде и како расуђују у друштвено важним предметима.

Једно од основних начела у теорији вредности је да мотиви за деловање проистичу из знања о вредностима, а не из подражаја да се поступа на одређени начин. Подражај је непосредни интерес који човек може имати: жеља за разменом услуга са неким, за унапређењем, за бољим односима са претпостављеним, за остваривањем неке личне жеље, деловањем на основу личне фрустрације или трауме, и томе слично. Знање, насупротив подражају, је рационална свест о вредности која руководи наше поступање. Представа света и стварности коју имамо заснива се на знању које смо спремни да стекнемо и примењујемо о својим искуствима насупротив подражајима (Schopenhauer, 2010, прва књига, секције 2 и 3).

Шопенхауер ту можда најдиректније описује разлику између поступања на основу подражаја и поступања на основу знања: он каже да и пас зна, да када скочи на подигнуту платформу, мора водити рачуна о тежини свога тела, те један пас неће скочити увис на нешто што је очигледно нестабилно и са чега може пасти. Знање се, у том смислу, протеже на све животиње, а нарочито на људе. Међутим, знање људи се заснива на *представама* о свету и стварности које имамо, а те представе могу бити од две врсте: интуитивне и апстрактне. Интуитивне представе су конкретне и тичу се околности неког одређеног искуства; апстрактне представе су начела на основу којих ми уређујемо своје укупно искуство. *Морална начела спадају у апстрактне представе, као што у општој епистемологији простор и време спадају у апстрактне „темплејте“ или формате на основу којих уређујемо своје чулно искуство.* Пре него што доживимо неко конкретно чулно искуство, морамо имати претходне, „празне“, апстрактне представе простора и времена, које онда представљају координатни систем у коме се слажу наша интуитивне искуства. Тек на основу апстрактних представа о простору и времену, можемо дати смисао својим искуствима и системски их меморисати као „један дан“, један месец или једну годину свог живота. Такође, пре него што о нечему одлучимо (поготово ако смо припадници правосудне професије) морамо имати претходни координатни систем апстрактних представа, то јест вредности. Морамо имати моралне координате које се стичу хуманистичким образовањем и васпитањем. Управо зато се право студира тако да се прво изучавају хуманистичке дисциплине, а тек потом “правна школа”. Прескакање ове прве фазе у српском правничком образовању

природно се преводи у кризу апстрактних представа И вредности, а та криза се, опет природно, преводи у поразно стање у правосуђу.

Морална начела су апстрактне представе које тек омогућавају да се конкретна искуства вреднују и као таква когнитивно процесуирају и меморишу на начин који је у складу са интегритетом личности и који тај интегритет ојачава и подржава. Идентитет једне групе људи, једне професије, па и једног друштва заснива се на пројекцији *врлине* коју та група види као суштинску за припадање групи (Fatić, 2016). Морална проблематичност у људском понашању проистиче из спремности људи да поступају на основу подражаја (личног интереса), уз способност да знање о вредностима и последицама својих поступака искључе, или потисну у други план. У том смислу, филозофски посматрано, етика се појављује као императив у регулисању само понашања људи, док интелигентним животињама није потребна етика, пошто оне немају способност да своје знање о последицама субоптималних поступака потискују.

Улога правосуђа у друштву је кључна због тога што оно рационализује друштво. Квалитетно правосуђе систематски обесхрабрује потискивање моралног знања у корист деловања на основу подражаја и тиме *подиже ниво квалитета друштвених трансакција и односа*. Недовољно образовано и морално недовољно изграђено правосуђе, с друге стране, *унижава квалитет друштвених трансакција и представља проблем и препреку моралном развоју друштва*.

Свака морално проблематична одлука носилаца правосудних функција наноси дубоку штету друштвеном ткиву, поготово у транзиционом и недовољно уређеном друштву и треба да се, због своје друштвене штетности, санкционише најтежим могућим санкцијама. Носиоци правосудних функција, а посебно судије, морају се тешко дисциплиновати да би се том дисциплином надокнадио велики дефицит њиховог образовања и опште културе у односу на остале високообразоване чланове српског друштва. Ова врста „тврде хране“ у смислу моралног васпитања правосудног кадра претпоставка је, суштински, за прелазак једног транзиционог и провизорног правосуђа у статус системског и ауторитативног правосуђа. Реч је о процесу сазревања носилаца правосудних функција који подразумева прелазак од декрета и привилегија ка стварној одговорности за сопствено знање и морални интегритет. Одговоре на питања о знању и интегритету носиоци правосудних функција морају давати друштву и јавности, јер само тако могу заслужити поверење и поштовање те јавности. У садашњем тренутку у Србији, правосудна професија у целини не одаје утисак да је зрела и способна да даје такве одговоре; она и даље испољава атавистичке рефлексе самоодбране од питања јавности позивањем на декрете иза којих се сувише често крије некомпетентност и недовољно јасно и обухватно изграђен вредносни систем носилаца правосудних функција.

Поверење јавности у морални интегритет носилаца правосудних функција, чак и на појавном нивоу, постиже се управо на супротне начине од оних које призивају сами носиоци правосудних функција и њихова удружења, а посебно Удружење судија. Повећана контрола рада носилаца правосудних функција и њихово ажурно санкционисање, уз подршку осталих носилаца пра-

восудних функција, више би допринела угледу и ауторитету правосуђа од садашњег отпора таквој контроли. Чињеница да тужиоци не гоне судије за бројна кривична дела кршења закона од стране судије (не памти се када је неки судија гоњен, а поготово осуђен, за то кривично дело, иако је оно прописано кривичним законодавством и иако је кршења закона од стране судија много у Србији) нарушава углед и тужилаца и судија. Чињеница да готово да нема тужилаца и судија које су ухапшене због сумњи на злоупотребе, да им се не одређује притвор за злоупотребе, као и да је пракса изузимања у случају сумњи на сукоб интереса изразито слаба, све указују на дубоке проблеме са интегритетом међу носиоцима правосудних функција, а посебно на нивоу председника судова.

Председници судова су дужни да воде рачуна о правовремености у поступању судија и о интегритету у њиховом поступању. Иако они нису овлашћени да директно интервенишу у појединим предметима, они не само да су овлашћени, него имају законом прописану дужност да санкционишу судије које поступају неетично и неажурно, како поступањем у оквиру својих надлежности у самим судовима које воде, тако и подношењем дисциплинских пријава Дисциплинском тужиоцу Високог савета судства против проблематичних судија.

У правосуђу у коме функцију надзора на агилан и оштар начин не врше председници судова и други правосудни органи који су томе намењен, и функцију надзора може вршити само јавност, а никако правосуђе само. Неспоразум у погледу борбе за „независност“ лежи, у најочигледнијем смислу, управо у оваквим случајевима који доказују да српско правосуђе није ни близу статуса системског правосуђа и да је деценијама далеко од одговарајућег степена морално и професионалног интегритета који је претпоставка за његову функционалну независност. Оно по профилу правосудног кадра и по нивоу моралних вредности које су у њему заступљене упорно остаје транзиционо правосуђе, а транзиционо правосуђе по природи не може бити независно од политике.

Није политика та која превасходно правосуђе треба да учини независним. Напротив, правосуђе пре свега само треба да покаже да је способно да буде независно, а актуелно стање је такво да сваким својим поступком у јавности српско правосуђе показује да је све даље од оспособљености да буде и минимално независно.

Улога судске праксе

Према српском законодавству, „судска пракса није извор права“. Овај принцип има две слабости. Прва слабост је да је принцип погрешан; судска пракса треба да буде извор права зато што она успоставља правне стандарде и зато што је неопходно да се према истим или сличним случајевима поступа исто или слично. Друга слабост је у чињеници да се принцип да судска пракса није извор права у пракси не поштује, па тако различити судови или колегију-

ми појединих тужилаштава „заузимају ставове“ на основу појединих судских одлука у погледу будућег поступања. Ова друга слабост је озбиљнија, јер се оваквим „ставовима“ у ствари нарушава принцип законитости: „став“ је субјективна ствар, чак и када је колективан и институционалан, а закон је апсолутна обавеза и стандард поступања. Пошто је законодавство мањкаво, судови и тужилаштва тај проблем решавају тако што поступају мимо оквира прописаних законом заузимањем „ставова“ који, опет по закону, нису извор права.

Постоји један начелни разлог због кога судска пракса није извор права у српском праву. Реч је о раније кратко продискутованој релативној некомпетентности великог дела правосудног кадра: када би судска пракса била извор права, онда би поједине судске одлуке биле предмет детаљне анализе и дискусије, а тиме би постало очигледно колико има незаконитих, некомпетентних и лоше образложених одлука, да се не говори о пристрасним и одлукама донетим на основу коруптивних мотива и разлога.

Ова врста самонадзора правосуђа је, наравно, један од кључних разлога за прецедентни третман пресуда у англосаксонском праву, као и за оне правне системе континенталног права који се битним делом ослањају и на судску праксу.

На пример, судска пракса Европског суда правде је обавезујући правни стандард за све судове земаља потписница, укључујући и Србију, али се закони и стручни стандарди у Србији не руководе овим обавезујућим правним стандардом. То се посебно односи на правне стандарде у вези са равноправношћу људи и странака у судским поступцима по основу етничке, расне и полне припадности, а ниво дискриминације у судским поступцима у Србији види се из чињенице да из Србије има највише притужби Европском суду правде и да је Влада Србије само у августу 2018. године определила 400 милиона евра из буџетске резерве основним, прекршајним и привредним судовима у Србији због исплата одштете странкама услед повреде права на суђење у разумном року. Већ и из ове чињенице јасна је транзициона и провизорна природа српског правосуђа, које није у стању да обезбеди ни најелементарнија права грађанима, попут права на суђење у разумном року, у тој мери да држава рутински опредељује средства за одштету због повреде ових права, а не мења судове, не разрешава судије и не предузима радње да стање доведе у цивилизацијски прихватљиве оквире.

Третман судске праксе у српском правосуђу јасно указује на све стручне, образовне и етичке проблеме које смо овде идентификовали.

Слична је ситуација са поступком утврђивања и санкционисања дисциплинске одговорности судија од стране Високог савета судства. Од момента подношења дисциплинске пријаве против судије странка нема право да изврши увид у ток те пријаве. Целокупан поступак је тајан, тако да странка уопште не може знати у којој је поступак фази, да ли је прибављено изјашњење судије, који докази су прибављени и каква одлука је донесена у погледу покретања или тока дисциплинског поступка. Ова врста нетранспарентности представља инструмент за заштиту система који сам нема поверења у сопствени интегритет.

тет и квалитет у поступању. Као и свака тајновитост, и тајновитост дисциплинских поступака против судија индикује могућност тешке корупције и злоупотреба, необјективног поступања и непримењивања професионалних и етичких стандарда у раду суда.

Креативност и транспарентност у раду једног системски уређеног и компетентног правосуђа огледа се, пре свега у теоријским иновацијама чији су аутори поједине судије у развијеним правосудним системима (Lobingier, 1946). У САД и Великој Британији судије спадају у иновативне и плодне теоријске правне ауторе, који предлажу нове теоријске моделе разумевања појединих грана права. Примера ради, један од данас најутицајнијих правних теоретичара је Ричард Познер (Richard Posner), активни чикашки судија, који заговара реконцептуализацију кривичног права као изведеног права од парничног права: Познер, који је кривични судија и предавач на чикашком Правном факултету, сматра да се кривично право може разумети као конфликт интереса и да се кривица и санкција за ту кривицу могу најбоље оценити када се третирају као нека врста моралне парнице („торг“): чињењем кривичног дела се нарушава неко право на које неко други легитимно полаже право, па се санкцијом жртва кривичног дела (у српској правној терминологији: оштећени) и друштво у целини као индиректна жртва извршиоца кривичног дела *компензују* за штету или опасност коју су претрпели (Posner, 1985). Ова врста експерименталног правног мишљења је истовремено непроцењива за сам развој правних појмова и могућа само у систему у коме су судије креативни носиоци развоја правног система као целине (Sackville, 1997). Таква улога судија, наравно, није могућа у систему у коме они иза себе имају 4 године слабог универзитетског образовања ниског академског нивоа. Она је могућа само у систему у коме судије спадају у најобразованије, а не у најнеобразованије грађане који поседују факултетску диплому. Судска пракса као извор права омогућава ову креативну улогу судија, и, истовремено, омогућава стално преиспитивање особина, квалитета и интегритета у судским пресудама на основу којих се доносе нове пресуде. Јасно је да у систему у коме чак и дисциплински поступци против судија носе са собом тоталну нетранспарентност и тајност за странке не може бити ни капацитета ни храбрости да се судска пракса фактички третира као извор права.

Конкретне мере за унапређење правосуђа од транзиционог до системског: систем П4

Из свега до сада наведеног мере потребне да српско транзиционо правосуђе постане право, стално и системски уређено су јасне и логички произлазе из наведених разлога због којих правосуђе то сада не може бити. Оне укључују систем од четири принципа које можемо назвати **П4**:

Приликом првих „реформи“ кривичног законодавства после петооктобарских промена у Србији, изменама и допунама Кривичног закона Србије из 2003. године, овај аутор је био члан радне групе тадашњег Министарства

правде које је водио Владан Батић, а која је донела измене кривичног законодавства којима су први пут у закон уведене криминализације кривичних дела корупције у различитим секторима. На основу тих нових кривичних дела брзо је ухапшено и оптужено неколико тужилаца и судија, међутим иницијатива није била дугог века и, чим се власт променила, закон је поново промењен, кривична дела корупције су избрисана и поново „утопљена“ у шира и генерички одређена кривична дела за основу којих је, наравно, могуће дискреционо одлучивање тужилаштва о томе да ли су присутни елементи кривичних дела и да ли предузимати или не предузимати кривично гоњење. Чим конкретна дела „утопите“ у генеричка кривична дела, аутоматски више није толико обавезно гоњење за конкретна дела, јер се повећава степен дискреције тужиоца и „процена“ релевантности појединих кривичних дела у светлу генерички одређеног кривичног дела. То је „мала прљава тајна“ уопштавања у дефинисању кривичних дела.

У време рада ове радне групе, покојни Владан Батић је стално инсистирао на једној поенти: на томе да се не поремети „равнотежа“ кривичног законодавства. Узгред речено, управо је ова радна група предложила дефинитивно укидање смртне казне у српском кривичном законодавству. У то време је још постојала „крња“ Југославија (СР Југославија), која се састојала од Србије и Црне Горе, па су постојала и два кривична закона. Постојао је „савезни“ кривични закон, који је био прогресивнији, у чијој преамбули је стајало да је људски живот највећа друштвена вредност, и који, самим тим, није допуштао смртну казну за кривична дела прописана тим законом. Упоредо са савезним законом, постојао је и српски кривични закон, за који, очигледно, људски живот није био највиша вредност, па је он прописивао смртну казну за кривична дела одређена тим законом. Након што смо предложили укидање смртне казне, многе „мудре главе“ из правничке професије су се побуниле, са аргументом да „генерална превенција“ (феномен чије је само постојање, иначе, већ деценијама, већ тада, било доведено у питање у озбиљној кривичноправној литератури) више неће бити тако фантастично ефикасна као што је била у време док је постојала и извршавала се смртна казна.

И питања укидања смртне казне, и увођење нових кривичних дела корупције, отворила су, за тадашњег министра, питање о томе како одржати пропорцију између тежине кривичних дела, односно друштвене опасности коју она представљају, с једне стране, и тежине или оштрине кривичних санкција прописаних за та дела. Министар Батић је са правом инсистирао на усклађивању свих казни и процесних кривичних одредби у посебном ЗКП са друштвеном опасношћу од појединих кривичних дела. Та друштвена опасност се мења са променом друштвених прилика. Оно што је већ тада постајало јасно, а данас је упадљиво, је да се друштвена опасност повезана са појединим врстама кривичних дела променила. Некада је убиство у српском друштву било кривично дело са највећом друштвеном опасношћу. Данас је то *корупција у правосуђу*. У том смислу ни казнене ни процесне одредбе кривичног законодавства нису ни приближно прилагођене стварним потребама, све до данас, и ту истовремено лежи *кључ решења проблема „реформе правосуђа“*.

Од доношења првих пост-петооктобарских промена кривичног закона до данас, развој догађаја је био углавном негативан. Посебна дела корупције, која су тада била предвиђена посебном главом КЗ Србије, поново су укинута, уведена је тужилачка истрага, међан је кривично-процесни закон. Оптужени припадници правосуђа, пре свега судије, фактички су сви ослобођени, а правосуђе, уместо да буде решење за нагомилане проблеме друштва, постало је његов највећи проблем. И то не само због спорости и неефикасности у раду, него пре свега због некомпетентности, отвореног кршења закона и постепеног формирања једне најблаже речено изразито сумњиве атмосфере у којој многе судије користе своју аутономију и слободу не да деле правду, него да избегавају друштвену одговорност.

„Поглавља“ у преговорима са ЕУ која се тичу правосуђа и владавине права не могу се затворити а извештаји Европске комисије и других међународних организација из године у годину указују на све веће проблеме у правосуђу. *Питање правде* постало је најкритичније питање српског друштва. То питање је, генерички посматрано, у ствари *питање корупције*.

У земљама које имају хроничне системске проблем кривични закон предвиђа најтежу казну управо за оне врсте понашања које представљају највећи проблем за друштво. У Кини, на пример, смртна казна се изриче за дела корупције јавних службеника, и већина осуђених су владини службеници и функционери. Разлог је једноставан: корупција у јавном сектору је највећа опасност за то друштво. Појам „друштвене опасности“ је једна функционална категорија. Друштвена опасност се разликује у различитим друштвима. У САД, убиства представљају највећу друштвену опасност, јер су она често масовна, њихове жртве су углавном невини људи, окупљени на јавним местима, деца у школама, штићеници у домовима за старе, итд. Зато САД смртном казном санкционишу убиство. У Србији, убиства не представљају ни изблиза највећу друштвену опасност, зато што су убиства у Србији, иако бројна, готово увек мафијашка по карактеру. У тим убиствима, која су прецизна и селективна, фактички нема „коллатералне штете“, то јест обични и невини углавном не страдају, већ се ради о мафијашким обрачунима у којима једна криминална група убија припаднике друге криминалне групе, и обрнуто. Стога та убиства, иако спектакуларна, не производе драматичну друштвену штету.

У Србији је највећи друштвени проблем *корумпирано и некомпетентно правосуђе* које је устројено хоризонталним криминалним структурама утицаја, које ради незаконито и некажњено, и које у различитим сегментима сарађује са политиком, са адвокатима, ради за новац, спроводи идеолошке обрасце дискриминације грађана, итд. Такво правосуђе угрожава само језгро друштвених односа, онемогућава предвидивост и уништава могућност успостављања друштвене правде. Оно је најслабија и критична карика у реформи српског друштва, и стога су злоупотребе у правосуђу разлог да се у КЗ Србије кршење закона од стране судије и корупција судија санкционишу најтежом казном, дакле *мандатном казном од 10, а у случају поновљеног кривичног дела мандатном казном од 20 година затвора*. Мандатна казна је битна јер измиче било каквој дискреционој оцени судија самих, чиме се омогућава јасна предвиди-

вост последица корупције у правосуђу за оне који се у ту корупцију упуштају. Реч је о моделу мандатне казне који већ деценијама постоји у САД, иако је реч о идеолошки најлибералнијој земљи савременог света: у САД, *сваки* извршилац кривичног дела који три пута буде осуђен за *било које кривично дело*, трећи пут добија мандатну доживотну казну затвора (“three times and out” политика). Јасно је како се ова логика мора применити на носиоце правосудних функција, чија одговорност је неупоредиво већа од одговорности осталих грађана.

Тренутно КЗС санкционише кривично дело „кршење закона од стране судије“ на начин који кривично гоњење чини врло тешким. Наиме, да би судија био гоњен за кршење закона, није довољно да донесе незакониту одлуку на нечију штету. Потребно је да постоји јасна *намера* да нанесе штету једној странци у поступку. Пошто је намера психолошка категорија, тужиоци фактички увек одбацују кривичне пријаве против судија позивајући се на „нејасност намере“ да се нанесе штета. Ради се, наравно, о злоупотреби, јер судија, по дефиницији, не би требало да је неинтелигентан и несвестан последица својих одлука, а самим тим и штете коју наноси странци доношењем незаконите одлуке. Међутим, фактички тужиоци не гоне судије на основу овог кривичног дела, иако многе судије масовно и свакодневно, намерно доносе незаконите одлуке, поготово у парницама.

Ову врсту проблема, који је огроман за српско друштво (због таквих одлука страдају рањиви и невини, губи се имовина, поверење у правни систем и руши се квалитет живота читавог становништва, што је политичко питање *par excellence*) треба решити у склопу политичких процеса који управљају транзиционим правосуђем о коме је овде реч, односно *давањем одговарајућих смерница хијерархијским органима (тужилаштву) и изменом кривичног законодавства*.

У многим предметима странке су свесне незаконитости у раду судија и коруптивних намера судија и оне својим радњама и поднесцима траже да им се не наноси штета, указују судијама на последице њихових одлука и врло јасно оцртавају оквире за будућу кривичну пријаву. Знајући да их тужиоци неће гонити, судије се углавном не обазире на такве радње странака у поступку, а многи предмете и не читају, пратећи некакав „шаблон“ који им осигурава да прођу без последица како год да пресуде. Основни принцип је „ради како сви раде“, реши се предмета само да „није код тебе“, покажи „ефикасност“, а то како судиш, какав ти је квалитет одлука, шта знаш о праву и материји коју судиш, то те нико никада неће питати. Ова врста стања је дијагноза тешке правосудне кризе у којој се Србија тренутно налази и која никада није била гора у њеној модерној историји.

Као и у већини криминалних структура у државним органима, овај проблем је у ствари једноставно решити ако за то постоји политичка воља. Решење је следеће:

П1. Хијерархијски устројено тужилаштво треба да усвоји *обавезујуће упутство* да се увек предузима кривично гоњење по кривичним пријавама за кршење закона од стране судије када у предмету постоје трагови указивања

странака да судија незаконитим поступањем чини штету једној страни. То упутство треба да дефинише постојање писаних трагова у предмету као одговарајући доказ постојања *намере* судије да некога оштети, док се сама незаконитост у поступању утврђује независно.

П2. Кривични законик треба да редефинише кривично дела „кршење закона од стране судије“ као дело „*корупције судије*“, јер је намерно кршење закона од стране судије *увек корупција*, то јест злоупотреба свог овлашћења да се некоме прибави корист, а некоме нанесе штета, без обзира на то шта је мотив за такво поступање, да ли је то новац, пријатељске, садашње или љубавне везе или нека друга врста социјалног капитала који се размењује. Такво схватање корупције је у складу и са дефиницијом корупције у српском закону.

П3. Ове предмете ЗКП-ом треба дефинисати као приоритетне и хитне за процесуирање, а тужиоцима треба издати обавезујуће упутство да од судова увек траже одређивање притвора за овакве судије, због очигледне могућности утицаја на сведоке и прикривања доказа. Одређивање притвора је основа за разрешење судије, па би самим тим фактор генералне превенције био јасно изражен, чак и пре доношења правноснажне пресуде у самом поступку за корупцију.

П4. Санкција за корупцију од стране судије треба да буде *мандатна казна од 10 година затвора (без икакве дискреције у одмеравању казне) за прво дело, а мандатно 20 година затвора за друго дело.*

Ове промене гарантују затварање поглавља о правосуђу и решавање проблема кршења закона од стране судије, односно корупције у правосуђу.

Ствар је радикална и једноставна.

После ових мера, у року од пар година српско правосуђе би било један од најбоље реформисаних делова српског друштва, уместо најгорег дела друштва, што је оно сада. Обрачун са морално и професионално неадекватним носиоцима правосудних функција би се десио брзо, донео би како друштвено побољшање, тако и политичку корист онима који би такве реформе увели, и омогућио би да се Србија, коначно, приближи ситуацији у којој може да размишља о развијању системског, а не транзиционог, правосуђа.

Реформа правосуђа из транзиционог у системско, осим образовања носилаца правосудних функција, у смислу структурисања система је једноставна и укључује модел **П4**. Овај модел применила је Кина са две милијарде становника и великим делом се изборила са корупцијом у јавном сектору, с тим да је у Кини казна за корупцију у правосуђу: *стрељање*. Разлог за кинески успех је у томе што су кинеске власти *заиста имале за циљ* да се изборе са корупцијом. Решење за српско правосуђе у земљи од једва 7 милиона становника је много једноставније и не захтева одузимање било чијег живота, али захтева *ригорозно кажњавање криминализованих и корумпираних судија*, што, са техничке и практичне стране, *уопште није компликовано*.

Питање о моралу и поштовању закона, као и о квалификованости и компетентности носилаца правосудних функција, а посебно судија, једно је од најважнијих питања за свако транзиционо друштво, па је стога неспремност

различитих владајућих елита, али и јавности, да се оштро и директно обрате овим питањима и рашчисте са криминализованим правосуђем, основни разлог за заокочену, а по свој прилици и пропалу српску транзицију.

Цена коју друштво плаћа за овакво одуговлачења одлучног обрачуна са криминализованим правосуђем несагледива је у смислу људског страдања, нарушавања оптималног квалитета живота, напуштања земље од стране младих и перспективних људи, али и дубоке и структурно укореењене неправде и криминала у сектору који је намењен томе да решава питања неправде и криминала.

Литература:

1. Bachmann, Klaus and Fatić, Aleksandar (2015). *The UN International War Crimes Tribunals: Transition Without Justice?*. London: Routledge.
2. Fatić, Aleksandar (2016). *Virtue as Identity: Emotions and the Moral Personality*. London and New York: Rowman and Littlefield.
3. Fatić, Aleksandar (2018). „Introduction: Transitional Justice as Conflict-Resolution“. U Fatić, Aleksandar, Klaus Bachmann and Igor Lyubashenko (eds). *Transitional Justice in Troubled Societies*. London and New York: Rowman and Littlefield, u štampi.
4. Kozinski, Alex (2004). ‘The Real Issues of Judicial Ethics’. *Hofstra Law Review* 32, 4: 1095–1106.
5. Lobingier, C. Sumner (1946). ‘Precedent in Past and Present Legal Systems’. *Michigan Law Review* 44, 6: 959–996.
6. Posner, Richard (1985). ‘The Economics of Criminal Law’. *Columbia Law Review* 85, 6: 1199–1230.
7. Sackville, Ronald (1997). ‘Continuity and Judicial Creativity: Some Observations’. *University of New South Wales Law Journal* 20,1: 145–169.
8. Schopenhauer, Arthur (2010). *The World and Will and Representation*. Translated by Judith Norman and Alistair Welchman. Cambridge: Cambridge University Press.

JUDICIARY IN SERBIA IS TEMPORARY, TRACING

Summary: A key misconception with regard to the Serbian judiciary and its reforms arises from the assumption that Serbian judiciary possesses lasting, systemic features and is sustainable in the long-term, and that, consequently, the reforms should somehow address the deficiencies in its current structure and operation in order to correct the administration of justice in a permanent way. In fact, Serbian judiciary is a provisional, temporary and transitional one. It does not satisfy the key criteria of education of magistrates and judges, ethical development and appropriate sense of own mission in society in order to be a serious, lasting judiciary. As a transitional judiciary, Serbian judiciary serves the temporary goals of political transition, rather than the goals of justice. The misunderstanding has repercussions both for members of the judiciary and for the general public. The first take the Serbian judiciary too seriously and seek reforms like those in well-established judiciaries in

developed countries. Such changes, or such status, are totally unrealistic for the Serbian judiciary. The latter (the general public) expect the judiciary to mete out justice and only justice, while in fact the Serbian judiciary is a semi-political instrument which is neither conceptualized to, nor capable of, administering justice as such.

Key words: judiciary, meting out justice, political instrument, transitional justice