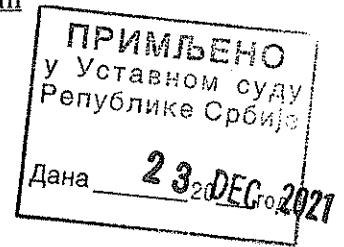




АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

Дечанска 13, 11000 Београд, Србија
Телефон: +381 11 32-39-072 Фах: +381 11 32-32-203
e-mail: a.k.srbije@gmail.com

Број: 1447/2021
Датум: 13.12.2021.



УСТАВНИ СУД

Булевар Краља Александра 15
Београд

ИНИЦИЈАТИВА ЗА ОЦЕНУ УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ

У 3 примерка са доказом о статусу
Законског заступника

На основу одредбе члана 168. став 2 Устава Републике Србије, Адвокатска комора Србије коју заступа председница Јасмина Милутиновић, адвокат подноси Иницијативу за оцену уставности и законитости одредби, предлаже се *Уставном суду* да:

I. Донесе решење о покретању поступка оцене уставности:

1. чл. 24 III, 26 II алт. 3, 31 алт. 1 и 2, 36 I алт. 1 и 2, 36 II, 40, 41 I алт. 3, 43, 44 I алт. 1, 58 I алт. 4 и 5 Закона о уређењу судова – ЗУРС (СГ 116/2008, 3; 104/2009, 3; 101/2010, 3; 31/2011, 34; 78/2011, 3; 101/2011, 273; 101/2013, 8; 40/2015, 3; 106/2015, 60; 13/2016, 13; 108/2016, 4; 113/2017, 304; 65/2018, 189 [УС]; 87/2018, 53; 88/2018, 80 [УС])
2. чл. 17 I алт. 2, 17 II, 21 II, 23, 24, 25 I алт. 3, 25 II, 28 II, 29, 29а, 31, 196 II, 197, 199, 200 Судског пословника – СудПосл (СГ 110/2009, 87; 70/2011, 31; 19/2012, 28; 89/2013, 7; 96/2015, 130; 104/2015, 50; 113/2015, 61; 39/2016, 44; 56/2016, 56; 77/2016, 57; 16/2018, 34; 78/2018, 161; 43/2019, 16; 93/2019, 275)
3. чл. 11 II ал. 1 и 2, 12 II, 31 II и 3, 32, 35 II ал. 1, 2 и 8, 36 II-IV, 39, 40 I, 41 Пословника о уређењу и раду Врховног касационог суда – ПослВКС (СГ 37/2010, 20; 51/2014, 6; 41/2016, 7; 62/2016, 25; 74/2018, 72),

и да потом, након одржане јавне расправе у смислу чл. 37 и след. Закона о Уставном суду

II. Донесе одлуку којом утврђује да цитиране одредбе нису у сагласности са Уставом.

I. Уводне напомене

1. Предмет иницијативе и терминологија

Одредбе ЗУрС и судских пословника (СудПосл и ПослВКС) наведене у петитуму ове иницијативе, односе се изричито или посредно на надлежност судова, тј. тела судова (седнице одељења, заједничке седнице одељења, седнице свих судија, Опште седнице ВКС) да утврђују правне ставове ван суђења, као и на механизме обезбеђивања слеђења правних ставова у пракси судова. Реч је о добро познатом и традиционалном концепту домаћег права, по којем се мимо било каквог конкретног судског поступка на апстрактан начин саопштава схватање једног несудећег тела суда, састављеног додуше од судија, о важећем праву. Исто тако, реч је о добро познатом концепту који су баштиниле све социјалистичке земље у своје време,¹ и који је делом преживео пад Берлинског зида, транзицију, па и улазак неких земаља у ЕУ.² Коначно, реч је о концепту који је темељно стран савременим правним системима европских земаља тзв. старе демократије.³

Иако и саме одредбе ЗУрС и пословника говоре различито о формама наведених изјашњења (правни став, правно схватање), те иако у пракси постоје и додатне форме у виду „закључака“, „правних закључака“ и „одговора на питања“, концептуално је небитно како се терминолошки уобличава модел. Због тога се у иницијативи просто говори о „правним ставовима ван суђења“.

2. Основна аргументација

Концепт правних ставова ван суђења је као такав противан принципу поделе власти из чл. 4 II Устава, јер се на тај начин судовима додељује надлежност која не спада у вршење судске власти, већ у квази-легислативу. Уз то, концепт је противан принципу независности судија из чл. 149. Устава, јер он суштински представља механизам надзора, контроле и притиска над судећим телима које врше судску власт. Начин како концепт функционише показује да је независност судија угрожена и кроз омогућавање утицаја вишестепених судова на нижестепене на добровољној бази, а што представља уједно и кршење права на правично суђење (чл. 32. I Устава).

Операционализација концепта у смислу обезбеђивања слеђења правних ставова – пословничка материја – представља најгрубљи могући вид кршења судијске независности из чл. 149. Устава, јер се на институционалном нивоу гарантовање интерне независности судија своди готово на нулу.

3. Нужност приказа стварног стања (*law in action; lebendiges Recht*)

Питање које се поставља у овом уставносудском предмету не може да се разуме без осветљавања контекста, односно, другим речима, управо начин на који функционише судство, на подлози овлашћења разних несудећих тела да заузима правне ставове и сл., показује до које мере је угрожен уставноправни поредак Републике Србије. Да је перцепција самих судија очигледно проблем (→ бр. 36 и след.), није спорно, и то се не може директно мењати одлуком УС. Али се може и мора испитати уставност концепта који је нормативна база за одржавање у животу перцепције судства примерене наизглед давно напуштеном колективистичком и антиправнодржавном моделу. Штавише, таква перцепција је у последњих десетак година и поред указивања *Венецијанске комисије (ВК)* да то што имамо не одговара савременом поимању правне државе, додатно учвршћена. Утолико је преко потребна реакција чувара правне државе, јер је очигледно да ни *ВК*,

¹ *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, München (2015), § 7 Rn. 50: „типично обележје социјалистичког права“.

² Из словеначке перспективе вид. *Zobec/Letnar Černič*, *The Remains of the Authoritarian Mentality within the Slovene Judiciary*, in: *Bobek* (ed), *Central European Judges Under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited*, Oxford (2015), 141 и след.; из хрватске перспективе вид. *Uzelac*, *Jedinstvena primjena prava u hrvatskom parničnom postupku: tradicija i suvremenost*, in: *Barbić* (ed), *Novine u parničnom procesnom pravu*, Zagreb (2019), 111 и след.; *Bratković*, *Revizija po dopuštenu*, diss. PF u Zagrebu (2018), 91 и след.

³ *Kühn*, *The Judiciary in Central and Eastern Europe*, Leiden–Boston (2011), 218.

нити евентуално домаћа и страна литература нису у стању да допру до судија на првом месту, а потом и до законодавца, а изгледа и уставотворца. Судски систем Републике Србије већ деценијама функционише противно Уставу и његовим вредностима, тј. вредновањима која су нашла израз у њему. Према ставу иницијатора, ово је прилика да се УС по први пут огласи на свеобухватан начин о низу фундаменталних уставноправних питања, и то, на начин који ће српску уставноправну реалност вратити коначно у традиционалне и још увек савремене оквире. У супротном, како и стање ствари показује, постоји опасност да се уставноправни поредак додатно уруши.

4. *Оправдање компаративног приступа*

За аргументовање неуставности закона и подзаконских аката на први поглед употреба упоредне уставносудске праксе, али и иностране литературе, делује бесмислено. Исто би важило и за контекст редовног судства. Заиста је то и перцепција српског правног дискурса, јер колико је познато нема забележеног случаја да су редовни судови у својим одлукама на било који начин узели у обзир стање преко граница Републике Србије. Изузетак свакако представља пракса *ЕСЉП*, коју користи не само, и то обилато, УС, већ и редовни судови. Па ипак, без одјека је прошла одлука УС из 2019. године, у којој је, чини се, по први пут употребљена страна уставносудска пракса у виду аргументације. *Уставни суд* се изричито позвао на једну одлуку немачког *Савезног уставног суда* (*BVerfG*).⁴ Према томе, ни за УС није страно оно што је из упоредноправне перспективе пре нешто уобичајено, него ексцес. Наиме, бројни редовни судови у својим одлукама цитирају стране судске одлуке,⁵ а исто чине и уставни судови.⁶ Штавише, чини се да је за уставноправна питања због контекста изузетно важно узети у обзир стање у другим системима који се номинално заснивају на упоредивим или идентичним уставним принципима. Према томе, не би требало да буде спорно да је упоредноправни приступ помоћни метод и у тумачењу уставног права. Примера ради, што је овде од кардиналног значаја, независност судија је универзални принцип европског правног простора.

Посебно место у аргументацији, међутим, имају извори тзв. меког права, пре свих, мишљења *ВК*. Иако су она номинално необавезујућа, она одсликавају макар минимум стандарда правне државности. С друге стране, и *ЕСЉП* и УС користе „праксу“ *ВК* у својим одлукама,⁷ штавише УС је једном, као аргумент коришћења праксе *ВК*, навео да „документе Венецијанске комисије Европски суд за људска права сматра извором права“.⁸ Утолико се и у овој иницијативи у великој мери користи „пракса“ *ВК*, и то нарочито она која се односи управо на Србију. Исто важи за документе *Консултативног савета европских судија* (*КСЕС*), које и *ЕСЉП* користи.⁹

⁴ УС, 18. 4. 2019 – *IVз 249/16*, СГ 45/2019, 52 (55).

⁵ Вид. само *Möllers, Juristische Methodenlehre. 2. Auflage, München (2019), § 3 Rn. 86* са даљим упућивањима на такав приступ аустријских, швајцарских, британских, холандских и аустралијских судова.

⁶ Разлике у интензитету свакако постоје, али то не доводи у питање речено; за праксу аустријског *Уставног суда*, и то с обзиром на стање од пре десет година вид. *Gamper, Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly—The Constitutional Court's Comparative Approach*, in: *Groppi/Ponthoreau (eds), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Oxford (2007), 213* и след; за праксу *Уставног суда Словеније* вид. само његове одлуке: 2. 9. 2021 – *Up-26/19, U-I-227/19, Uradni list RS 153/2021, 8467*; 28. 5. 2020 – *U-I-123/19, Up-1550/18, Uradni list RS 97/2020, 3792 = OdlUS XXV, 15*; 26. 3. 2009 – *U-I-218/07, Uradni list RS 27/2009 = OdlUS XVIII, 12*; за праксу чешког *Уставног суда* вид. *Ondřejková/Blažková/Chmel, The Use of Foreign Legal Materials by the Constitutional Court of the Czech Republic*, in: *Ferrari (ed), Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems, Leiden (2019), 589* и след.

⁷ Вид. нпр. *ЕСЉП, Vaka/Hungary, 23. 6. 2016 – 20261/12, §§ 57* и след.; УС, 16. 1. 2013 – *IVз 455/11, СГ 23/2013, 12 (15)*; 21. 4. 2010 – *IVз 52/08, СГ 34/2010, 38 (42)*.

⁸ УС, 21. 4. 2010 – *IVз 52/08, СГ 34/2010, 38 (42)* са упућивањем на четири одлуке *ЕСЉП*.

⁹ Вид. нпр. *Vaka/Hungary, 23. 6. 2016 – 20261/12, §§ 79* и след.

II. Редакцијско стање у погледу уједначавања судске праксе

1. Историјско исходиште

а) Правни ставови ван суђења према српском праву из XIX века

Успостављање савременог модела правосуђа у Србији се везује за средину XIX века,¹⁰ а 1865. година се може сматрати коначним граничником. Законом је уређена организација судства, при чему је успостављен и Касациони суд према француском моделу. Иако је било спорно, сходно концепцијском узору, да ли Касациони суд уопште врши судску власт, било је неспорно да је његова улога у обезбеђивању обезбеђивања јединствене примене права кроз одлучивање о правним лековима.¹¹ Међутим, већ према изворној верзији закона из 1865, Касациони суд је имао и надлежност ван суђења: на тражење министра правде био је дужан да да мишљење о „каквом пропису закона“ (§ 16 т. 2). Допунама из 1895. године је било предвиђено да општа седница решава начелно како се има разумети и примењивати пропис у погледу којег постоји неједнако разумевање различитих одељења (тадашњи назив за већа) Касационог суда. Начелна одлука је везивала сва одељења у будућим конкретним предметима.¹²

Овај концепт је крајем XIX века аргументовано критиковао *Живојин Перић* у својој студији „О границама судске власти“,¹³ сматрајући да је заузимање правних ставова као такво противно принципу поделе власти, а и независности судија. *Перић* извештава и да су поједине судије Касационог суда, додуше мањина, биле против допуштања министру правде да тражи апстрактно мишљење, сматрајући да је задатак Касационог суда да решава конкретне случајеве, а не да прејудуцира сопствене одлуке кроз начелна мишљења, јер Општа седница „никојим законом није позвата да даје саветодавно мишљење у форми каквог правничког одбора“.¹⁴

б) Правни ставови ван суђења према предратном југословенском праву

На подручју апелационих судова у Београду и Скопљу приказани систем је важио све до ступања на снагу новог Закона о уређењу редовних судова из 1929. године. Овај закон је предвиђао један Касациони суд за целу земљу, с тим да док се не формира дотадашњи врховни судови засебних правних подручја ће деловати као одељења Касационог суда. Иако се испоставило да ће до краја Краљевине Југославије привремено решење постати трајно, уређење „Касационог суда“ (тј. његових одељења) је ступило на снагу. Његова организација је очито почивала на аустријском уређењу тог доба, што се не види само из преузетог система евиденције судске праксе и механизма уједначавања судске праксе Касационог суда, већ и из преузимања саветодавне надлежности овог суда. Према § 48 V т. 4 *leg. cit.*, „пуна седница за грађанске ствари“ (11 судија) је доносила одлуку о правном питањима која су нижи судови решили на различит или погрешан начин, под условом да је реч била о оним стварима о којима Касациони суд на основу процесних закона не би могао да одлучује. Касациони суд није могао самоиницијативно да се изјашњава, већ само на основу захтева врховног државног тужиоца, коме је министар правде могао да нареди тако нешто. Одлука о правном питању није везивала нижестепене судове, већ им је служила за „поуку“.¹⁵

¹⁰ *Ракић-Водинелић*, Правосудно организационо право, 2. издање, Београд (2012), 34.

¹¹ Уп. § 6 Закона о устројству Касационог суда из 1865. године; уп. и *А. Ђорђевић*, Теорија грађанског судског поступка II, 2. издање (1923), 167; *исти*, Теорија грађанског судског поступка I, 2. издање (1924), 10 и след., 56 и след., где се наглашава јавна улога Касационог суда у одлучивању о правним лековима.

¹² Вид. § 16 т. 4 Закона о устројству Касационог суда из 1865. године, новелираног 28. 11. 1895.

¹³ Објављена у Браничу 5 (1898) у наставцима, касније издата као посебна књига.

¹⁴ Цитирано према *Перићу*, Бранич 5 (1898), 902 (919/920).

¹⁵ У Аустрији је овај концепт, успостављен још у XIX веку, напуштен 1968. доношењем Закона о Врховном суду. У образложењу предлога овог закона, наводи се, између осталог, да је тако нешто уставноправно спорно, и да се зато напушта како би се отклониле све сумње, вид. GP XI RV 470, 5 и след., https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XI/I/I_00470/imfname_308856.pdf. За приказ тадашњих

в) Рађање данашњег концепта: југословенско социјалистичко право

Из приказаног се види да је и у пред-социјалистичком праву био присутан концепт правних ставова ван суђења. Међутим, потоње овлашћивање републичких врховних судова и савезне инстанце да утврђују разне правне ставове (ставови одељења, начелни ставови пленарних седница) не може се схватити као показатељ континуитета. Тако нешто је – и о томе нема спора у литератури – последица совјетизације југословенског права.¹⁶ Правни ставови ван суђења су на оригиналан начин патентирани у совјетском праву, и након Другог светског рата извезени у све нове социјалистичке земље. То је био из југословенске перспективе свеж производ са нарочитим циљем у оквиру нове идеологије, са капацитетом да уобличи правну културу у складу са новим вредновањима. То је био израз принципа јединства власти и начин да се контролише и надзире судство на патерналистички начин¹⁷ у смислу ауторитарног правног дискурса.¹⁸ То је било рађање колективистичког поимања судства на подлози учења о демократском централизму.¹⁹ Ако је концепт правних ставова ван суђења постојао и мимо социјалистичког права, то је само доказ да нека обележја социјалистичке правне традиције нису уникатна. Ипак, социјалистичко право је пружио најкохерентнији модел,²⁰ чији су трагови и данас видљиви већ и на редакцијском плану. Упоредивање одредаба последњег социјалистичког закона којим се уређивало судство (Закон о редовним судовима из 1989) и данашњег ЗУРС показује да су само изричито идеолошки префикси нестали, али да је демократски централизам остао угаони камен уређења судова.

2. Закон о уређењу судова

а) Изворна верзија

У изворној верзији ЗУРС из 2008, утврђивање правних ставова се изричито јавља на свега неколико места: „утврђивање начелних правних ставова ради јединствене судске примене права“ као надлежност ван суђења ВКС (чл. 31), прецизније Опште седнице ВКС (чл. 45); утврђивање правних схватања одељења ВКС (чл. 43); утврђивање правних ставова од стране ПАС ради јединствене примене закона из надлежности привредних судова (чл. 26 II алт. 3).

Међутим, друге одредбе индицирају надлежност других судова, тј. њихових тела, да утврђују правне ставове. Тако је у надлежности седнице одељења било којег суда „разматрање рада одељења и правних питања“ (чл. 36 I алт. 1 и 2), а у надлежности одељења апелационих судова, ПАС и тадашњег Вишег прекршајног суда је и „разматрање важних питања за рад подручних судова“. Даље, према чл. 40 I, „заједничка седница одељења сазива се кад је за разматрање правног питања потребна сарадња најмање два одељења“. Коначно, у надлежности седнице свих судија је „разматрање примене прописа којима се уређују питања из делокруга судова“ (чл. 41 I алт. 3).

Да су приказане одредбе биле и још увек јесу, јер нису мењане Новелом ЗУРС 2013,²¹ изгледа законски основ за успостављање надлежности за утврђивање разних правних ставова показује продукција правних ставова свих судова осим ВКС и ПАС за које постоји изричито законски ослонац, као и одредбе СудПосл које предвиђају на општи начин утврђивање правних ставова на седницама одељења (чл. 23) и на заједничким седницама одељења (чл. 24).

схватања о неуставности „саветодавне“ надлежности аустријског *Врховног суда* вид. *Feldner, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof, Wien–New York (2001), 21* и след.

¹⁶ Нема ни индиција да је тадашња литература и/или легислатива видела узор у предратном праву; оно се уопште не спомиње. С друге стране, нема спора да је судски систем успостављен према совјетском узору.

¹⁷ *Uzelac* (фн. 2), 118.

¹⁸ Уп. *Kühn* (фн. 3), 128; *усту*, *The Authoritarian Legal Culture at Work: The Passivity of Parties and the Interpretational Statements of Supreme Courts*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2/2 (2006), 19; *Bratković* (фн. 2), 92; *Zobec/Letnar Černič* (фн. 2), 141.

¹⁹ О томе исцрпно *Uzelac* (фн. 2), 111 и след.

²⁰ У том смислу *Uzelac*, (фн. 2), 118 и след.

²¹ Закон о изменама и допунама ЗУРС, СГ 101/2013, 8.

б) Новела 2013

Закон о уређењу судова је у погледу надлежности судова да утврђују правне ставове ван суђења претрпео одређене измене Новелом из 2013, и то према речима предлагача – Владе – као последица „узимања у обзир сугестија ВК из 2008. године“, као и оних које су учињене у мишљењу о Нацрту Новеле 2013.

У Нацрту Новеле ЗУРС 2013. било је предвиђено да ВКС добије још једну надлежност ван суђења у виду законодавне иницијативе, али и да се успоставе заједничке седнице апелационих судова. Пошто је ВК изнова критиковала надлежност ВКС ван суђења, Влада је одлучила да брише само концепт „начелних правних ставова“ Опште седнице ВКС. Уместо тога, предложила је замену у виду нове надлежности ВКС ван суђења: „обезбеђивање јединствене судске примене права и једнакости странака у судским поступцима“ (нови чл. 31 алт. 1). Такође, предложено је додавање новог (трећег) става члану 24 који уређује надлежност апелационих судова, тако да гласи:

[а]пелациони судови одржавају заједничке седнице и обавештавају Врховни касациони суд о спорним питањима од значаја за функционисање судова у Републици Србији и уједначавање судске праксе.

Обе предложене измене и допуне су усвојене у Народној скупштини. Све остале одредбе које на директан или индиректан начин успостављају надлежност за правне ставове ван суђења (→ бр. 12 и след.) остале су недирнуте, и до данас су на снази.

3. Пословници

Оба пословника полазе од овлашћења ВКС, односно жалбених судова, да утврђују правне ставове, и настоје да се операционализују одредбе ЗУРС. Кључне одредбе које треба да обезбеде супрематију правних ставова су заправо готово идентичне.

Судско веће које одлучује у поступку по правном леку (редовном или ванредном) по доношењу одлуке доставља предмет одељењу судске праксе, које контролише одлуку у смислу одступања од „праксе суда“ или „правних схватања“ релевантног одељења. Ако одељење судске праксе „нема примедби“, одлука се експедује (чл. 199 I СудПосл; чл. 40 I ПослВКС). У супротном, покреће се механизам предвиђен чл. 199 II, III, 200 СудПосл, односно чл. 41 ПослВКС.

СудПосл:

Члан 199.

(1) Кад одељење судске праксе нема примедбе, писмено израђена судска одлука се предаје писарници ради преписа и отправљања.

(2) Ако одељење судске праксе сматра да је веће одступило од праксе суда и да треба уједначити судску праксу због постојања различитих одлука, вратиће предмет већу са писаном образложеном примедбом и супротном одлуком, у року од седам дана од дана пријема предмета у одељење судске праксе.

(3) Ако одељење судске праксе сматра да због неуједначене праксе нижестепених судова треба обезбедити јединствену примену прописа, доставља писано обавештење председнику одељења у чијој је надлежности примена прописа ради усвајања одговарајућег правног схватања.

Члан 200.

(1) Ако одељење судске праксе писаном образложеном примедбом укаже да се у донетој одлуци одступило од праксе суда, председник већа поново износи предмет на седницу већа. Ако веће не промени одлуку, предмет се упућује председнику одељења ради изношења на седницу одељења, односно седницу свих судија.

(2) Ако седница одељења већином гласова судија одељења, односно седница свих судија већином гласова судија одлучи да се у одлуци одступило од праксе суда, вратиће предмет већу ради преиспитивања одлуке.

(3) Ако веће при поновном одлучивању не поступи у складу са правним схватањем одељења, спорно питање износи се на седницу свих судија.

ПослВКС

Члан 41

- (1) Ако руководилац евиденције судске праксе писменом образложеном примедбом укаже да се у донетој одлуци одступило од усвојених правних схватања и праксе суда, председник већа поново износи предмет на седницу већа.
- (2) Ако веће не промени одлуку, предмет се доставља председнику Одељења судске праксе, ради изношења на седницу тог одељења.
- (3) На седници Одељења судске праксе разматрају се разлози и примедбе руководиоца евиденције судске праксе и разлози већа због којих је веће остало при својој одлуци, и доноси одлука да ли ће се предмет изнети на седницу одељења у коме поступа веће које је донело одговарајућу одлуку.
- (4) Предмет се увек износи на седницу одељења, уколико на седници Одељења судске праксе није постигнут консензус.
- (5) Ако седница одељења закључи да се у одлуци одступило од усвојених правних схватања и праксе суда, вратиће предмет већу које је донело одлуку ради поновног одлучивања.
- (6) Ако веће остане при својој одлуци предмет се доставља Општој седници.

Овакво поступање у смислу могућности мењања суштински већ донете одлуке надлежног судског већа („донете а још неекспедоване одлуке“) покривено је одредбама пословника. Оба пословника предвиђају да „док судска одлука не буде отпремљена из суда о ствари се може поново одлучивати, али само у истом саставу већа“ (чл. 197 СудПосл; 32 ПослВКС). Већ овде треба напоменути да тако нешто није предвиђено процесним законима, штавише, постоји празнина, јер је питање тренутка везаности суда за своју одлуку у случају да се она јавно не објављује данас нерегулисано.

4. План активности ВКС

Врховни касациони суд је нову надлежност ван суђења у виду „обезбеђивања јединствене судске примене права“ (чл. 31 алт. 1 ЗУрС) схватио тако што је Председник Врховног касационог суда 2014. године донео „План активности Врховног касационог суда ради уједначавања судске праксе“.²² У њему се предвиђају обавезе судова да или сами утврђују правне ставове ван суђења (нпр. Привредни апелациони суд), или да обавештавају Врховни касациони суд о спорним правним питањима, да их обраде у виду реферата, како би се одељење Врховног касационог суда о њима изјаснило. Таква обавеза је предвиђа чак и за првостепене судове.

III. Стварно стање

1. Перцепција судова

Приказани нормативни концепт судови су прихватили, нарочито ВКС, и успоставили – очигледно на подлози Плана активности ВКС – систем који продукује годишње у најмању руку преко 200 правних ставова. Разлог за то је свакако јачање система „одговора и питања“ (→ бр 28 и след.), који је „патентирао“ изгледа претходник ПАС – Виши трговински суд. Све активности који се предузимају, а које резултују у заузимању правних ставова ван суђења, оправдавају се позивом на праксу ЕСЉП, коју они очигледно тумаче тако да је јединствена примена права апсолутно људско право.

²² 1. 4. 2014 – I Су-7 24/2014, у даљем тексту: „План активности ВКС“; доступно на: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PlanAktivnostiVrhovnogKasacionogSuda.pdf>

а) Правни ставови одељења ВКС; правни ставови апелационих судова

Одељења ВКС утврђују разне ставове ван суђења, и то у одређеном броју случајева без давања било каквог образложења.²³ Она уз то потврђују ставове ван суђења које утврђују заједничке седнице апелационих судова које функционишу на делегатском систему. Неки правни ставови су према самом образложењу донети на захтев министарства,²⁴ а у једном случају је чак наведено да је једно приватно привредно друштво дало иницијативу.²⁵ Повод за неке правне ставове је изричито „уочена погрешна пракса судова“:

Пратећи и проучавајући праксу нижестепених судова у примени правила ванпарничног поступка ради деобе заједничке ствари и примену правила извршног поступка ради цивилне деобе продајом ствари на основу правоснажне и извршне одлуке ванпарничног суда, у смислу члана 38. став 2. Закона о уређењу судова, уочено је да поједини виши судови у укидајућим одлукама упућују првостепене судове на примену ванпарничног поступка ради принудне продаје заједничке ствари, **уместо на примену правила извршног поступка ради деобе заједничке ствари продајом ствари на основу правоснажне и извршне одлуке ванпарничног суда.** [наглашено у оригиналу]

Грађанско одељење Врховног касационог суда је због тога, одлучило да без обзира на изричите норме Закона о извршном поступку и на овај начин укаже нижестепеним судовима на уочену погрешну праксу у поступку цивилне деобе заједничке ствари.²⁶

Понекад је реакција на грешке нижестепеног суда као повод за правни став индиректно видљива, као у скорашњем случају из 2019. године,²⁷ када ГО ВКС претходно истиче да је уочено да жалбени судови не примењују одредбе о забрани двоструког укидања одлуке у погледу решења о трошковима (конкретно АС у Нишу), потом наводи да је ВКС већ решио сукоб надлежности у једном конкретном случају противно ставу АС у Нишу и тиме искасао свој став, али да је изгледа нужно да се о томе донесе „закључак“ ГО ВКС. Чини се да је порука ГО ВКС била упућена управо АС у Нишу, који најчешће грешу.

Такође, и апелациони судови утврђују правне ставове, при чему се мисли како заиста на апелационе, тако и ПАС и ПрАС.²⁸ Углавном се објављују са образложењем, али има изузетака.²⁹

б) Однос судова према правним ставовима ВКС ван суђења

У неким одлукама апелационих судова се изричито истиче да су правни ставови Врховног касационог суда заузети ван суђења апсолутно везујући, иако за тако нешто немогуће пронаћи уставни или законски ослонац. Тако АС у Новом Саду у пресуди из 2019. године, након навођења садржине „закључка“ ГО ВКС, који је иначе необразложен, истиче: и које закључке је и овај суд у обавези да примењује ради уједначавања судске праксе као једног од елемената уставног права на правично суђење, *те уколико се ови закључци не измене и не може заузимати другачије становиште у погледу ове спорног правног питања [...].* [курзив додат]³⁰

²³ Нпр. ГО ВКС, 11. 3. 2014, Билтен ВКС 1/2015, 309; 23. 6. 2015, Билтен ВКС 1/2015, 318; 8. 12. 2015, Билтен ВКС 1/2016, 266; 18. 9. 2015. Билтен ВКС 266: 10. 11. 2015, Билтен ВКС 2015, Билтен ВКС 1/2016, 277.

²⁴ ГО ВКС, 25. 3. 2011, Билтен ВКС 1/2011, 74; вид. такође КО ВСС, 25. 11. 2008, Билтен ВСС 1/2009, 57.

²⁵ ГО ВКС, 18. 6. 2015, Билтен ВКС 1/2016, 316: „поводом иницијативе Swisslion“.

²⁶ ГО ВКС, 13. 9. 2010, Билтен ВКС 2010, 93; слично и „закључак“ од 4. 10. 2010, Билтен ВКС 2010, 119.

²⁷ ГО ВКС, 12. 11. 2019, Билтен ВКС 4/2019, 97 и след.

²⁸ Нпр. ГО АС у Београду, 5. 3. 2018, Билтен АС у Београду 10 (2018), 66; КО АС у Новом Саду, 10. 4. 2018, Билтен АС у Новом Саду 9 (2018), 177; ОдПС ПАС, 25. 12. 2019, доступно на <https://www.sudskapraksa.sud.rs>; за правна схватања ПрАС вид. <http://pkap.sud.rs/prekrsajni-apelacioni-sud-pravni-stavovi-po-oblastima.html>.

²⁹ ГО АС у Новом Саду, Билтен АС у Новом Саду 7 (2016), 31: четири правна става без образложења.

³⁰ АС у Новом Саду, 3. 10. 2019 – Гж 3282/19, доступно на <https://www.sudskapraksa.sud.rs>; слично већ у пресуди од 21. 11. 2013 – Гж 3938/13, доступно на <https://www.sudskapraksa.sud.rs>.

в) Однос судова према сопственим ставовима ван суђења

Према расположивој судској пракси, не може се наићи на одлуке у којима је резоновано на начин како је то учинио АС у *Новом Саду* у односу на правни став ВКС, тј. да су правни ставови одељења судова обавезни за њихова већа.³¹ Међутим, веома је значајна садржина „Програма рада Одељења судске праксе од 2020–2025 [sic!]“ *Прекршајног апелационог суда*. У њему се, између осталог, каже следеће:

У односу на поједина питања која се тичу уједначеног поступања судија у суду на захтев Одељења судске праксе ће се одредити гласање на седницама седишта, односно одељења Суда. Уколико се на појединачним седницама одељења, односно седишта и то простом већином гласова оцени да заузимање правног схватања на седници свих судија није потребно већински одговор који представља збир свих гласова судија Суда *ће се сматрати обавезујућим мишљењем по коме ће се убудуће поступати*. Уколико судије једног дела (седишта или одељења) Суда сматрају да о постављеном питању треба да се заузме правно схватање исто ће бити стављено на дневни ред следеће седнице свих судија [курзив додат].³²

Према томе, у најмању руку се може импутирати Одељењу судске праксе *ПрАС*, на чијем челу је један судија (чл. 38 III ЗУРС), да су правни ставови ван суђења обавезни за сва већа, тј. за све судије.

Случај који је доспео у јавност, а везује за АС у *Крагујевцу*, недвосмислено говори да судска тела исто резонују; о том случају исцрпно → бр. 32 и след.

г) Систем одговора и питања

Поврх традиционалних правних ставова ван суђења, успостављен је кохерентан систем по којем судије/судови нижег ранга постављају питања судовима вишег ранга, укључујући и Врховном касационом суду, а седнице одељења таквих судова онда одговарају на њих, и то суштински у форми правног става. При томе, из објављених материјала је очигледно да судије нижих судова у великом броју случајева постављају питања која се тичу конкретних предмета који су у току, а странке из тих предмета уопште нису обавештене о томе. Тај систем не треба мешати са законски уређеним концептом решавања спорног правног питања од стране ВКС (чл. 180–185 ЗПП), јер он подразумева пуну транспарентност и обезбеђивање странкама њиховог права на саслушање³³ (енг. *right to be heard*; нем. *rechtliches Gehör*), као неодвојивог дела права на правично суђење.³⁴

Као сликовити пример како изгледа неформално решавање спорног правног питања једног кривичног предмета који је у току, са напоменом да у кривичним стварима ни не постоји званично решавање спорног правног питања, може да послужи један пример изјашњења *КО ВКС* из 2013. године.

ПИТАЊЕ: Затражено је признање стране судске одлуке за лице које је осуђено због кривичног дела кријумчарење миграната из члана 418. став 4. у вези става 1. КЗ Републике Македоније, а у чињеничном опису дела стоји да је наведено лице илегално преводило мигранте преко државне границе из Републике Македоније у Републику Грчку (из Републике Србије у Републику Македонију је остварен легалан улазак миграната). Да ли се може извршити признање стране судске одлуке, односно да ли у наведеним радњама има елемената кривичног дела из члана 350. Кривичног законика?

ОДГОВОР: У описаној чињеничној ситуацији, нема кривичног дела.³⁵

³¹ Никако није искључено да није било таквих случајева, а такође могуће да су ипак такве одлуке и објављене.

³² <http://pkap.sud.rs/preksajni-apelacioni-sud-program-rada-sudske-prakse.html>.

³³ Уп. *ГО ВКС*, 16. 9. 2021 – Спп 2/21: захтев за решавање спорног правног питања је недозвољен ако једна од странка није имала могућност да се изјасни о њему; доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/spp-22021>.

³⁴ О праву на саслушање као делу права на правично суђење, уместо свих *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Auflage, München (2021), § 24 Rn. 66.

³⁵ *КО ВКС*, 15. 4. 2015, Билтен ВКС 1/2015, 287.

Други примери се могу наћи, између осталог, у свакој свесци „Билтена судске праксе привредних судова“ (СППС) у којој се објављују одговори на питања.³⁶

Иако у последње време ВКС не објављује своје одговоре на питања нижестепених судова, не може се рећи да су његова одељења била пасивна. Примера ради, КО ВКС је током једне године (2013–2014) одговорило на више од 200 питања.³⁷ Привредни апелациони суд је најажурнији у том смислу, јер редовно годишње објављује одговоре, и то понекад у импозантном броју.³⁸

2. Посебно о функционисању система „суспендовања експедиције одлуке“

Нема пуно јавно доступних података о томе колико често се дешава да одељење судске праксе зауставља доставу одлуке надлежног већа због „одступања од праксе и/или правних ставова“, али из објављених текстова чији су аутори судије, може се закључити да се то дешава (→ бр. 37).

С друге стране, један случај је доспео у јавност, који на најбољи начин илуструје саморефлексију судства. Реч је о дешавањима из 2013. и 2014. године поводом одбијања једног судећег већа АС у Крагујевцу да донесе одлуку у складу са мишљењем већине судија сопственог одељења, а потом и већине судија целокупног суда. Укратко, одлука је била „заустављена“ у одељењу судске праксе, враћена је већу на поновно разматрање; веће је остало при своме, па је сазвана седница одељења, која је била против одлуке надлежног већа; како ни након тога веће није одступило од свог става, сазвана је седница свих судија, која је била такође против одлуке већа. Потом, следи званично обавештење Руководиоца судске праксе Одељења за радне спорове, у којем се након приказане хронологије каже:

Уз пуно уважавање независности и раду судије известиоца и већа, руководиоца судске праксе је мишљења да не може пустити из судске праксе Ваш предмет, са оваквом врстом одлуке, јер би се тиме поступало супротно исходу гласања на седници Грађанског одељења и на седници свих судија, а поводом истог Вашег предмета и исте врсте одлуке. [курзив додат]³⁹

Убрзо, следи подношење дисциплинске пријаве против чланова већа од стране Председнице АС у Крагујевцу, у којој им се ставља на терет извршење дисциплинског прекршаја из чл. 90 I т. 18 Закона о судијама у вези са т. 3.5 Етичког кодекса.⁴⁰ У дисциплинској пријави се наводи:

*Обавила сам у више наврата разговор са судијом Обреном Јездићем и на моје инсистирање да преиспита одлуку у смислу схватања седнице свих судија, одговорио је да би тиме погазио себе и своје принципе, те да би било понижавајуће за њега да одступи од свог схватања, а да нема ништа против да буде изузет од поступања у предмету Гж1 ****. [курзив додат]*

Неслагање судије са закључком и ставом одељења и чак седнице свих судија не може бити основ за изузеће. Прихватање описаног понашања наведених судија, које су једногласно доносиле своје одлуке, неприхватајући правна схватања Грађанског одељења и седнице свих судија, значило би нарушавање ауторитета седнице свих судија, као и нарушавање колегијалних односа и прихватање самовоље и дало повод судијама да не поштују закључке, схватања и начелне ставове одељења у седнице свих судија, што и у потпуности урушило напоре који се улажу у

³⁶ Примери, само за издање из 2013. године, при чему је набрајање само илустративно, јер их има још: СППС 3/2013, 16 (питање бр. 7); 3/2013, 21 (питање бр. 10); 3/2013, 25 (питање бр. 13); 3/2015, 46/47 (питање бр. 31); 3/2013, 52 (питање бр. 36); 3/2013, 81 (питање бр. 1); 3/2013, 101 (питање бр. 13); 3/2013, 103 (питање бр. 17); 3/2013, 107 (питање бр. 22); 3/2013, 111 (питање бр. 27); 3/2013, 112 (питање бр. 29); 3/2013, 148 (питање бр. 2).

³⁷ Вид. Билтен ВКС 1/2015, 202–295.

³⁸ Чини се да је рекорд постигнут 2017. године, када је одговорено на чак 274 питања, вид. СППС 3/2017. У 2020. години дато је 143 одговора (СППС 3/2020), а у 2019. 187 (СППС 3/2019).

³⁹ Допис Руководиоца судске праксе Одељења за радне спорове АС у Крагујевцу од 28. 11. 2013, доступно https://www.ombudsman.rs/attachments/3294_3odgovor%20zastitnik%20gradjana%20kragujevac.pdf.

⁴⁰ Дисциплински прекршај судије из цитиране одредбе Закона о судијама је „кршење одредаба Етичког кодекса у већој мери“. Цитирана одредба Етичког кодекса гласи: „судија је дужан да развија и одржава добре колегијалне односе и стручну сарадњу са другим судијама“.

уједначавању судске праксе и деградирало до сада постигнуте резултате. Посебно имајући у виду да је предмет Гж1 **** стари предмет, примљен у овај суд пре више од годину дана и по природи захтева хитно поступање и окончање и то у складу са судском праксом, оценила сам да је неопходно подношење ове дисциплинске пријаве. [курзив додат]⁴¹

По подношењу дисциплинске пријаве, Председница АС у Крагујевцу је решењем одузела предмет из рада дотадашњег већа, које је и расформирано изменом годишњег плана, и доделила другом судији. Основ је пронађен у чињеници да је против чланова већа поднета дисциплинска пријава због „непоступања по правном схватању седнице свих судија“.⁴² Против одлуке о промени годишњег распореда је изјављен приговор, који је Председник ВКС одбио као неоснован, сматрајући изричито да је околност подношења дисциплинске пријаве довољан разлог да неко не буде (више) председник већа.⁴³ Ново веће је донело одлуку у конкретном предмету, која је коначно достављена странкама.⁴⁴

Дисциплинска пријава је на срећу одбачена, али је и одбијена притужба чланова већа ради угрожавања судијске независности од стране *Високог савета судства*.⁴⁵ Случај је доспео у медије,⁴⁶ те је завршио и као негативни пример у Извештају Заштитника грађана, у документима Друштва судија Србије, али и у Извештају Европске комисије за 2014. годину о напретку Србије.⁴⁷ Против подносиоца овакве дисциплинске пријаве није поднета дисциплинска пријава, а ни против Руководиоца судске праксе Одељења за радне спорове.

3. Перцепција судија

Приказани пример може да послужи и као илустрација перцепције самих судија о томе какав је смисао правних ставова ван суђења, какво правно дејство они имају, али и о сржи судске власти у смислу њеног носиоца, те о думетима судијске независности. У изјави за Политику, Председница АС у Крагујевцу истиче да све што се догодило није кршење судијске независности, већ је то било нужно ради обезбеђивања јединствене примене права, али и изгледа „природно“ због тога што је суд „колектив“.

Нема говора да је вршен било какав притисак на колегу Јездића да донесе пресуду која није у складу са законом. Самосталност судије је загарантована, али та самосталност не сме да буде сама себи циљ. Суд је колектив и зато сваки предмет пролази кроз Одељење судске праксе. Тачно је да судски пословник не каже да је судија обавезан да поступи у складу са закључком седнице свих судија, али сваки судија је дужан да оствари квалитетну комуникацију с колегама. Ми заједно креирамо праксу, јер грађани морају да имају једнаку заштиту у једнаким правним ситуацијама. То судија Јездић очито није имао у виду, а његово понашање оценила сам као кршење етичког кодекса, с обзиром на то да је дошло до поремећаја у раду суда. Пре њега, у овом суду су многе колеге, по истим предметима, донеле пресуде са другачијим правним схватањем. У овом случају је, дакле, реч о непоштовању

⁴¹ Дисциплинска пријава Председнице АС у Крагујевцу од 24. 12. 2013 – V Су-35-19/13; доступно на https://www.ombudsman.rs/attachments/3294_3odgovor%20zastitnik%20gradjana%20kragujevac.pdf.

⁴² Решење Председнице АС у Крагујевцу, 24. 12. 2013 – I Су-2-214/13, доступно на https://www.ombudsman.rs/attachments/3294_3odgovor%20zastitnik%20gradjana%20kragujevac.pdf.

⁴³ Решење од 17. 1. 2014 – I Су 2 54/13-1, доступно на https://www.ombudsman.rs/attachments/3294_3odgovor%20zastitnik%20gradjana%20kragujevac.pdf.

⁴⁴ Чак је и према СудПосл тако нешто недозвољено, јер само веће коме је иницијално додељен предмет може да мења донету а неекспедовану одлуку (чл. 97).

⁴⁵ Вид. ВСС, 1. 4. 2014 – 071-00-408/2014-01, са напоменом да је објављен само записник са седнице ВСС, дакле, нема објављеног образложења одлуке; <https://vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/SednicaVSS-01-04-2014-zakljucci.pdf>.

⁴⁶ Онлајн издање „Политике“ од 18. 3. 2014, <https://www.politika.rs/scc/clanak/287447/Ko-presuduje-sud-ili-sudija>.

⁴⁷ Вид. ЕЦ, Serbia 2014 Progress Report, SWD(2014) 302 final, 40: „Some judges from higher and appellate courts were confronted with direct attempts to exert political influence over their daily activities without the High Judicial Council properly defending their independence“; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014SC0302&from=EN>.

процедуре, а не о незаконитом притиску на једно судско веће, како то тврди Друштво судија.⁴⁸

У објављеним радовима других судија такође се могу пронаћи исте позиције. Један судија категорички, али без образложења, тврди да концепт заустављања експедиције одлуке и следећући механизам нису противни Уставу,⁴⁹ с тим да додаје да је одељење судске праксе његовог суда враћало предмете већима и онда када би опазило да постоје „озбиљни пропусти процесног или материјалног карактера“.⁵⁰ Друга судија узима у обзир аспект независности судија, али сматра да „важна правна питања требају и морају бити предмет разматрања свих судија једног одељења и из суда не могу излазити различите одлуке о истом правном питању“, док се то не односи на сва (обична) правна питања, јер тада је то већ противно независности судија; закључује да је

заузимање правних ставова нужно у сваком, а тиме и у нашем правосуђу, али да је потребно то чинити само када не постоји правна норма која регулише одређени правни однос. Тек тада они неће угрожавати право судије да тумачи закон.⁵¹

Трећа судија у једном интервјуу без осврта на евентуално кршење Устава каже: „док предмет не изађе из суда, о њему се може поново одлучивати. Може бити изнет на седницу одељења и враћен са седнице. Ако постоје озбиљне примедбе, поново се већа и расправља о предмету“ [курзив додат].⁵²

С друге стране, има и другачијих (пре усамљених) схватања која у резултату негирају колективизам и вреднују судијску независност. Према таквом схватању, концепт правних ставова ван суђења на нивоу једног суда заправо представља надзор над судијама, што је противно Закону о судијама, те га треба заправо напустити.

Уједначеност судских одлука може се постићи подизањем квалитета у примени и тумачењу права уз примену општих начела, посебно правичности и савесности, равномерним оптерећењем судија, вредновањем рада судија према сложености и тежини предмета, што би био подстицај за подизање квалитета одлука и другачијом фактичком организацијом одељења судске праксе тако да не врши надзор над судским одлукама као виша судска инстанца у суду истог ранга, већ да формира базу судских одлука Уставног, Врховног касационог и свог суда, прати одлуке других судова и да се заједно са другим судијама стара о примени прописа и правилном тумачењу права кроз процедуру која је компатибилна одредбама Закона о судијама.⁵³

4. Резиме

Правни ставови ван суђења су присутни у данашњем српском праву, више него икада у историји, а на компаративном нивоу тешко је наћи пандан. Разни судови их утврђују, на различите начине: самоиницијативно, поводом екстерних иницијатива (министарства, привредна друштва) или поводом питања нижестепених судова, која се добрим делом односе на текуће поступке. Циљ је обезбеђивање „права на правично суђење“ у виду уједначене примене права. Доминантно схватање у судству, уз ћутање литературе, у концепту „заустављања експедиције донете одлуке“ и следећућем механизму, као операционализацији самог модела, не види евентуалну супротност са Уставом. То је очито и став *Високог савета судства* из 2014. године. Сматра се да је заузимање правних ставова ван суђења и њихово спровођење кроз приказани концепт једино замисливо, и да је универзално решење проблема „уједначавања судске праксе“. У

⁴⁸ Онлајн издање „Политике“ од 18. 3. 2014, <https://www.politika.rs/scc/clanak/287447/Ko-presuduje-sud-ili-sudija>.

⁴⁹ Вујичић, Уједначавање судске праксе у грађанској материји – проблеми и могућа решења, Билтен ВКС 3/2012, 263 (266).

⁵⁰ Вујичић (фн. 4949), 270.

⁵¹ Булајић, Правна питања и правни ставови, у: *Друштво судија Србије*, Узроци неуједначене судске примене права, Београд (2016), 64.

⁵² Снежана Андрејевић, изјава дата Политици, онлајн издање од 18. 3. 2017, <https://www.politika.rs/sr/clanak/376396/Uskoro-prve-odluke-Vrhovnog-suda-o-svajcarcima>.

⁵³ Видић, Тумачење и примена прописа од стране судије, у: *Друштво судија Србије*, Узроци неуједначене судске примене права, Београд (2016), 47.

результату, вршење судске власти је прожето колективистичким духом. „Суд је [ипак] колектив“.

IV. Неуставност због кршења принципа поделе власти

1. Судска власт

а) Појам

О појму судској власти не постоји потпуни консензус, како у супстанцијалном смислу, тако и у терминолошком. Често се говори о правосуђу као синониму, при чему се онда оно дели на ужи и шири појам.⁵⁴ Исто тако, говори се о судској власти у ужем или ширем смислу, о судској власти у формалном и материјалном смислу,⁵⁵ или о правосудној делатности и судској власти.⁵⁶ Дилеме могу да се оставе по страни, када се само каузални проблем ове иницијативе осветли.

Наиме, сви правци полазе од тога да је судска власт вршење државне власти у конкретним случајевима, и подразумева претходно вођење поступка у којем морају бити обезбеђена основна људска процесна права, и који резултује одлуком органа састављеног од независних судија; та одлука мора имати карактер коначног одлучивања о правној позицији у спорном случају (капацитет правноснажности);⁵⁷ она је резултат, како се обично наводи, примене права на одређено чињенично стање, тј. судског силогизма. Вршење судске власти је – према апсолутно владајућем схватању и у домаћој литератури – суђење, одлучивање у конкретној ствари.⁵⁸

Иако је традиционално учење о силогизму одавно изложено критици, то не дира у основни концепт. И даље је суђење увек примена права на некакво стање ствари, колоквијално, примена права на чињенице. Јер, чак и када се – исправно – негира теза о судији као супсумпционом аутомату, већ се говори о судији који до решења правног питања долази креативном делатношћу, опет он неминовно заузима правни став о важећем праву. Судија *изриче право* у једном апстрактном смислу, и онда га примењује на утврђено чињенично стање. Отуда је разумљиво да је немачки термин за судску власт „*rechtsprechende Gewalt*“ (буквално: „власт изрицања права“), док се као синоним користи и у Основном закону „*Rechtsprechung*“;⁵⁹ иначе термин који углавном означава оно што се на српском назива „судском праксом“.

Иако Устав не дефинише судску власт, јер то ни није задатак једног устава и питање је на који се то начин уопште може спровести, већ полази од научног појма, из системског приступа се може без сумње потврдити да је уставотворац мислио управо на одлучивање у конкретним случајевима. „Начела судства“ из чл. 142 се готово искључиво везују за решавање конкретних предмета: судови „суде“ (II), „расправљање пред судом“ је јавно (III), у „суђењу“ учествују судије и судије поротници (IV), законом се може прописати да у одређеним судовима и у одређеним стварима „суде“ само судије (V), суд „суди“ у већу, а законом се може предвидети да у одређеним стварима „суди“ судија појединац (VI).

Стога, говоре убедљиви разлози, што и литература потврђује у резултату, да се и у домаћем уставном праву под појмом „судске власти“ подразумева доношење ауторитативних одлука у конкретним случајевима.

⁵⁴ М. Марковић, Грађанско процесно право I/1, Београд (1957), § 16 бр. 150.

⁵⁵ Немачко учење, вид. само *BVerfG*, 6. 6. 1967 – 2 BvR 375, 53/ 60, 18/65, BVerfGE 22, 49 (73 и след. са даљим упућивањима на праксу и литературу).

⁵⁶ Ракић-Водинелић (фн. 10), бр. 22.

⁵⁷ Вид. само *BVerfG*, 8. 2. 2001 – 2 BvF 1/00, NJW 1048 (1052 са бројним упућивањима на ранију праксу).

⁵⁸ Вид. између осталих Р. Марковић, Уставно право, 17. издање, Београд (2013), 517; С. Орловић, Уставно право, 2. издање, Нови Сад (2019), 270 и след.; М. Марковић (фн. 54), § 16 бр. 150, 161; Познић/Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, 17. издање. Београд (2015), бр. 68 и след.; Ракић-Водинелић (фн. 10), бр. 22 и даље, 28 и даље.; вид. и Издвојено мишљење уз одлуку УС (4. 2. 2021 – IУз 97/20, СГ 30/2021) судије Корхеца.

⁵⁹ Тако гласи рубрум IX дела Основног закона у којем се уређује судска власт; уп. BeckOK GG/Morgenthaler, 48. Edition, Art. 92 Rn. 4.

б) Носиоци

Редакцијски приступ уставотворца би говорио у прилог тези да су искључиво судови као такви носиоци судске власти. Према чл. 143 I Устава „судска власт припада судовима опште и посебне надлежности“. Такође, већ према чл. 142 II Устава предвиђено је да су „судови“ независни и самостални. Тек се, потом, у чл. 149 Устава говори о независности судија у вршењу судијске функције.

Дилема се може разрешити само ако се ствар сагледа из перспективе која је иначе у компаративном уставноправном контексту присутна, а код нас пре у процесуалистици. Наиме, термин „суд“ је вишезначан: понекад означава орган као такав, у смислу његовог организационог јединства, и чине га не само судије, већ и друго особље (тзв. административно значење);⁶⁰ понекад се мисли на саму зграду суда;⁶¹ а понекад на судеће тело (нем. *Spruchkörper*) – тело састављено од судија које врши судску власт – што је тзв. процесно или функционално значење.⁶²

Уколико се пође од појма судске власти (→ бр. 44), онда се неминовно долази до става да је судска власт поверена судећим телима састављеним од судија (и евентуално судија поротника), што већ произлази и из чл. 142 IV Устава. Заиста, судеће тело не постоји независно од суда као органа,⁶³ али то не значи да може да се говори о суду као колективу који чине све судије, и који врши судску власт. Јер, само судије које образују судеће тело уживају независност, и то само онда када врше судијску функцију (чл. 149 Устава). Када врше судску власт, судећа тела нису безлични органи институције, већ именом и презименом вршиоци државне суверене власти. Њима је заиста поверена судска власт, а суд је орган путем којег се она врши. Пример за то је изричита редакција чл. 92 немачког Основног закона, по којој је „Судска власт поверена судијама. Она се врши кроз Савезни уставни суд, кроз савезне судове предвиђене овим Основним законом, и кроз судове земаља“.

Приказано није академска дилема, већ фундаментално питање уставноправног поретка, директно каузално за основаност ове иницијативе.

2. Принцип поделе власти

Овај принцип подразумева да се једна државна власт дели према функционалном критеријуму на три власти (легислатива, егзекутива и јудикатива; чл. 4 II Устава), које се поверавају различитим органима, и то тако да принципијелно једни другима не залазе у компетенције. Иако је концепт поделе власти теоријски споран утолико што постоје бројна схватања, сагласност постоји макар у томе да је он камен темељац савременог демократског уређења, да је израз принципа правне државе (изричито чл. 3 II Устава, додуше у англоамеричком смислу „владавине права“), и да му је смисао ограничење власти у интересу личне слободе.⁶⁴ Принцип поделе власти је поново уведен 1990. године, након 45 година важења принципа јединства власти, изграђеног на критици „лицемерног буржоаског начела поделе власти“.⁶⁵

⁶⁰ Уп. већ *М. Марковић* (фн. 54), § 19 бр. 161; *Zuglia*, *Građansko parnični postupak FNRI*, Zagreb (1957), § 29 бр. 2; *Грубач*, *Кривично процесно право, Увод и општи део*, 3. издање, Београд (2004), 78; вид. и *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München (2010), § 20 Rn. 1 и след.

⁶¹ Уп. *М. Марковић* (фн. 54), § 19 бр. 161.

⁶² Уп. *М. Марковић* (фн. 54), § 19 бр. 161; *Zuglia* (фн. 60), § 29 бр. 2;

⁶³ Уп. *Ракић-Водинелић* (фн. 10), бр. 33: „судови су посредни носиоци власти, јер се судска власт врши доношењем одлука, што је посао и задатак судије. дакле, суд и судија, неодвојиви један од другог, јесу носиоци судске власти“.

⁶⁴ Вид. већ *BVerfG*, 27. 4. 1959 – 2 BvF 2/58, *BVerfGE* 9, 268 (279) = *NJW* 1959, 1171: „није смисао да се функције државне власти оштро одвоје, већ да се органи законодавне, извршне и судске власти међусобно контролишу и ограниче, како би се државна власт ограничила и слобода појединца заштитила“.

⁶⁵ Вид. нпр. *Срзентић/Калембер/Радаковић*, *Закон о уређењу народних судова са коментаром*, Београд (1949), 7 и след.; *Камхи*, *Грађански судски поступак*, Сарајево, 44 и след.

Према доктрини УС, реч је и о принципу функционалне непроменљивости који не може одлуком једне од власти, па био била то и законодавна, бити нарушен.⁶⁶ Према схватању немачког *Савезног уставног суда*, а полазећи од смисла принципа, „расподела моћи између три власти предузета уставом се мора одржати, ниједна власт не сме да добије превласт над осталима која није предвиђена уставом, и ниједна власт не сме да буде лишена надлежности које су потребне за испуњавање њених уставних задатака“.⁶⁷

С обзиром да је принцип поделе власти израз демократског уређења, а да је уједно и израз правне државе, произлази да је подела власти између законодавне и судске власти камен темељац демократског и правнодржавног уређења. Законодавна власт доноси опште и апстрактне норме за које су судови приликом вршења судске власти везани. Отуда правни ставови садржани у пресудама макар и *ВКС* немају правно дејство упоредиво са дејством закона.

3. Догматика правних ставова ван суђења

а) Уопште

Према апсолутно владајућем схватању, утврђивање правних ставова не спада у вршење судске власти.⁶⁸ Смисао јесте управо да се неvezано од конкретног случаја реши једно правно питање на апстрактан начин.

Према једном схватању, таква активност се карактерише као вршење судске управе. Полази се од свакако исправног става да није реч о вршењу судске власти, па се изгледа као једино решење јавља друга делатност коју врше судови – судска управа. Додатан разлог је и тај да правне ставове и сл. утврђују пленарне седнице суда или његових одељења, а то су тела – како се тврди – судске управе.⁶⁹

По другом схватању, очито се не ради о судској управи, већ је реч о „посебним организационим облицима рада суда ван суђења“, тј. о „делатностима ван суђења који имају за крајњи циљ да допринесу стручности и експедитивности у њиховом раду“.⁷⁰

Ако се прихвати прво схватање, онда појам судске управе добија значење које превазилази традиционални концепт, који је на крају као такав уређен законом (чл. 51 I ЗУРС). Наиме, традиционални појам судске управе се односи на послове који служе вршењу судске власти, а типолошки се према *Ракић-Водинелић* могу поделити у неколико група: унутрашња организација ради несметаног суђења (нпр. уређивање унутрашњег пословања; позивање и распоређивање судија поротника и сл.); однос према странкама конкретног поступка (разматрање притужби); статистички послови; финансијско и материјално пословање; разне врсте надзора (дисциплински надзор; надзор над вођењем уписника и сл.); старање о стручном усавршавању судија и осталог особља.⁷¹ Но, „послови који служе вршењу судске власти“ могу боље да се дефинишу као „укупна делатност управе, која је потребна да се испуне материјалне и персоналне претпоставке за активност судова као сужећих тела“.⁷² Према томе, реч је о пословима који стварају претпоставке за фактичко и целисходно вршење судске власти, без да имају било какве везе са њом. Другим речима, од судске власти је потпуно одвојена „и судска управа која има задатак да омогући и обезбеди вршење правосуђа, да води изванредан надзор на функционисањем правосудних установа, али која нема никаквог утицаја на решавање

⁶⁶ УС, 19. 6. 2012 – IУп 153/08, СГ 69/2012, 108 (112).

⁶⁷ *BVerfGE* 9, 268 (280) = NJW 1959, 1171.

⁶⁸ Уместо свих Г. Станковић, Начелна правна схватања, Зборник радова Правног факултета у Нишу 34–35 (1994), 5 (10).

⁶⁹ Тако хрватска литература, на бази довољно идентичног редакцијског и концепцијског стања законодавства; вид. *Uzelac* (фн. 2), 113, 118, 125 и след.; с друге стране, *Дика* избегава догматичку квалификацију ових тела, вид. *Dika*, О уставности одредаба Закона о судовима о обавезатности правних shvaćanja прихваћених на sjednicama одјела односно на sjednicama свих sudaca виших sudova i о njihovoj уставносудској контролабилности, in: *Slakoper Z et alt.* (ur) Liber Amicorum Aldo Radolović, Rijeka (2018), 109 и след.

⁷⁰ *Познић/Ракић-Водинелић* (фн. 58) бр. 77 и след.; уп. већ *Познић*, Грађанско процесно право, 2. издање, Београд (1965), бр. 92 и след.; уп. такође *Ракић-Водинелић* (фн. 10), бр. 232, 235 и след.

⁷¹ *Ракић-Водинелић* (фн. 10), бр. 237.

⁷² *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (фн. 6060) § 20 Rn. 4.

конкретних случајева од стране судова“.⁷³ Тако гледано, утврђивање правних ставова не служи вршењу судске власти, јер традиционални појам судске управе се очито не уклапа у тако нешто. Послови судске управе, а само име каже да је њихово обављање подвргнуто другим правилима од вршења судске власти (везаност, субординација, деволуција),⁷⁴ не могу да представљају саопштавање важећег права, односно како би требало убудуће судити, односно како ће се убудуће судити. Утолико утврђивање правних ставова ван суђења не представља класичну делатност судске управе, штавише, то је нешто другачије, један *aliquid*, једнако као примера ради бирање судија Уставног суда на Општој седници ВКС.

Имајући у виду речено, ни друго схватање не може у потпуности да се прихвати. Утврђивање правних ставова нема за крајњи циљ обезбеђивање стручности и експедитивности рада судова, већ има за циљ саопштавање важећег права на апстрактан и општи начин, и то у форми формално необавезујућег или заиста обавезујућег упутства како треба убудуће вршити судску власт. Седнице одељења, свих судија или Општа седница ВКС нису само форуми за размену мишљења, већ је то и време и место на којем се „гласа“, те се резултат гласања формализује кроз правни став, а није неуобичајено да мањина која је прегласана издваја своје мишљење.

Без обзира на приказану догматичку дилему, на другом плану је литература сагласна у погледу природе активности. Литература која се посветила овом феномену – како она пост-југословенска, тако и друга пост-социјалистичка – карактерише овакву надлежност ван суђења као квази-законодавну,⁷⁵ дајући понекад и различите сликовите термине, од којих је *Галичев (Galič)* можда најпогоднији: делатност суда је тада „полутеоријска, и полу-легислативна“.⁷⁶ С друге стране, још је *Живојин Перић* пре више од 120 година аргументовано на исти начин одредио природу „правних ставова ван суђења“.⁷⁷

б) Схватања одељења ВКС: ограничено обавезујући ставови ван суђења

Правна схватања утврђени на седницама одељења ВКС према ЗУрС обавезују сва његова већа за убудуће (чл. 43 I). Повод за њихово утврђивање није само *post festum* реакција на различито пресуђење једног већа у односу на праксу друго већа или свих већа (чл. 43 II ЗУрС), већ и онда када ГО ВКС на било који начин сазна да постоји спорно питање у судској пракси нижестепених судова, другим речима као *post festum* реакција на постојање дивергентности у решавању једног правног питања у Републици Србији. Такође, повод је *post festum* и реакција на „уочене грешке у одлукама нижестепених судива“ (→ бр. 23)

У пракси одељења ВКС су се јавили и „закључци“ као форма правног става. Они се као такви не спомињу нити у ЗУрС, нити у ПослВКС.

По својој правној природи, правна схватања одељења ВКС представљају стварање општих правних норми, додуше са ограниченим правним дејством у субјективном смислу. Наиме, заузимање правног става овде значи следеће: у свим случајевима у којим се у конкретном поступку јави „тај и тај“ правни проблем, сва већа конкретног одељења ВКС су дужна да га реше на „такав и такав“ начин.⁷⁸ Дакле, општа норма се не односи на заузети став по себи (тумачење или попуњавање празнине), већ на наредбу у вези са тим ставом. Правни ставови одељења ВКС су за разлику од аутентичног тумачења од стране Народне скупштине ограниченог субјективног дејства, али су структурално исти: делују и ретроактивно, и гу се хипотетички касније променити. Овакви правни ставови су, према

⁷³ *М. Марковић* (фн. 54), § 16 бр. 150.

⁷⁴ Уп. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (фн. 60), § 20 Rn. 4

⁷⁵ Уп. *Kühn* (фн. 18), 24: „специфичан инструмент невезаног судског стварања права *par excellence*“; *Zobel/Letnar Černič* (фн. 2), 142: „квази-легислатива“; *Станковић* (фн. 68), 10: „домен законодавца“; *Dika* (фн. 69), 114: „орџенормативна правна дјелатност“.

⁷⁶ *Galič*, *The Inconsistency of Case Law and the Right to a Fair Trial*, in: *Uzelac/Van Rhee* (eds), *Revisiting Procedural Human Rights. Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Cambridge (2017), 41.

⁷⁷ *Перић* Бранич (1898), 69 (79); исто у време Краљевине Југославије *Цуља*, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије I*, Београд (1936), 44.

⁷⁸ Слично и *Dika* (фн. 69), 114.

ЗУРС, „судске норме настале ван суђења“.⁷⁹ Због тога постоји став да су овакви ставови подложни апстрактној уставној судској контроли.⁸⁰

Но, без обзира што садашњи ставови одељења ВКС имају ограничено правно дејство, тј. формално не обавезују нижестепене судије у вршењу судске власти, они се у великом броју утврђују управо да би усмеравали судску праксу, а не да би се обезбедила уједначена судска пракса појединачних већа ВКС.⁸¹ Само се на тај начин могу схватити бројни ставови (како год да су формално названи) у којима се отворено саопштава да је повод „спор у судској пракси“ нижестепених судова.

в) Разлика у односу на одлучивање о спорном правном питању (чл. 180–185 ЗПП)

Правне ставове ван суђења треба оштро разликовати од одлука седнице ГО ВКС којом се решава спорно правно питање према чл. 180 и след. ЗПП. Овакав концепт је израђен према моделу поступка за претходно одлучивање Суда ЕУ,⁸² односно у складу са чл. 7 сл. а Препоруке Комитета министара Савета Европе Р (95) 5,⁸³ и подразумева да се одлука о правном питању доноси у конкретном поступку. Само ГО ВКС јесте судеће телом врши судску власт тако што решава правно питање у текућем спору, исто као што то чини Суд ЕУ. Због тога није ни мало чудно да се Суд ЕУ квалификује као судеће тело у конкретном поступку у немачкој литератури⁸⁴ и пракси, како редовних судова, тако и *Савезног уставног суда*.⁸⁵ Због тога, схватање УС из 2006. године, по којем одлука о захтеву за решавање спорног правног питања представља „правни став, правно схватање“ које није „одлука у конкретном предмету, већ деперсонализовано правно схватање“⁸⁶ не може да се прихвати, што је у литератури већ и елаборирано.⁸⁷ Упућивање у чл. 183 I ЗПП на ЗУРС значи само упућивање на судеће тело и правила одлучивања на њему, а не на природу тела и његове одлуке. Да ли одлука ГО ВКС производи дејство и ван конкретног поступка у оквиру којег је донета, веома је спорно, али овде ирелевантно.⁸⁸

⁷⁹ У том смислу веома јасно *Водинелић*, Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права, Београд (2012), бр. 321 и след.

⁸⁰ Тако изричито *Dika* (фн. 69), 119 и след, али уз оgradu да његов став важи само ако је обавезност правних ставова уопште у складу са (хрватским) Уставом. Исто схватање је *Дика* заступао и за време СФРЈ, вид. *Dika*, *Kontrola ustavnosti i zakonitosti obavezatnih pravnih shvaćanja usvojenih na općim, odnosno odjelskim sjednicama određenih sudova*, u: *Kelečević et al.* (прir), *Uloga i mesto ustavnog sudstva u društveno-političkom sistemu*, Београд (1986), 146 и след.

⁸¹ То важи и за последњи став ГО ВКС који је уједно и најпознатији у историји (тзв. допуна правног става о трошковима обраде кредита од 16. 9. 2021), јер се у њему додуше говори да су нека већа у конкретним одлукама судила на један начин, али се не наводе конкретне супротне одлуке које су, тврди се, биле у складу са правним ставом из 2018. године, већ се паушално каже „ВКС је у највећем броју одлука доследно примењивао усвојени правни став“.

⁸² Уп. *Бодирога*, Нови Закон о парничном поступку, Београд (2012), 123; *Познић/Ракић-Водинелић* (фн. 58), бр. 489.

⁸³ Вид. Образложење Владиног предлога ЗПП из 2004 уз Главу четрнаесту ЗПП.

⁸⁴ Уместо свих *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Berlin (2021), Rn. 13.41.

⁸⁵ Вид. само *BVerfG*, 29. 4. 2014 – 2 BvR 1572/10, NJW 2014, 2489 Rn. 15 са упућивањем на ранију праксу: „Суд ЕУ је законити судија [*gesetzlicher Richter*] у смислу чл. 101 I реч. 2 Основног закона“.

⁸⁶ УС, 28. 9. 2006 – IУ 181/05, СГ 106/06, 58 (62).

⁸⁷ Вид. *Бодирога* (фн. 82) 123 фн. 97: „по нашем мишљењу, управо се из ове аргументације Уставног суда виде и специфичности поступка за решавање спорног правног питања. Суд говори о одлуци која има карактер близак општој норми, мада се не усуђује да употреби ту формулацију. не може се одлука ВСС, донета у поступку за решавање спорног правног питања, поистоветити са обичним правним схватањем ВСС. Овде се има у виду поступак који је покренуо првостепени суд, а одлука коју ВСС донесе, обавезиваће га у наставку поступка. Основ те обавезности је императивна законска норма, док је правна снага правног схватања ВСС условљена његовим ауторитетом, али све чешће и опортунизмом нижестепених судова“.

⁸⁸ Већи део литературе из редакције чл. 185 ЗПП извучи закључак да постоји апсолутно дејство везаности свих судова у потоњим поступцима, што и јесте резултат језичког али и системског тумачења; вид. *Јакић*, Грађанско процесно право, 9. издање, Београд (2017), бр. 373; *Познић/Ракић-Водинелић* (фн. 58) бр. 489; *Водинелић* (фн. 79), бр. 324, који додуше сматра да о захтеву одлучује Општа седница ВКС, а не ГО ВКС.

У поступку за решавање спорног правног питања странкама се обезбеђује право на саслушање,⁸⁹ оне су у сваком случају обавештене о покренутом поступку,⁹⁰ њима ће се преко првостепеног суда доставити одлука *ГО ВКС*, једном речју, то је поступак који обезбеђује пуну транспарентност и поштовање елементарних права које улазе у корпус права на правично суђење. Заузимање правних ставова ван суђења је по природи ствари другачије.

г) Ставови других судова: необавезујући ставови ван суђења

За став о обавезност правних ставова других судова у односу на њихова већа нема никаквог законског ослонца, иако се тако у резултату резонује (→ бр. 26 и след.). Међутим, и оваква активност спада у сферу нормативног деловања, утолико што се саопштава значење једне норме. Чак и ако нема правног дејства, не може се спорити да је реч о саопштавању важећег права у виду тумачења законских и других норми или попуњавању њихових празнина. Судије на седницама гласају и резултат гласања се формализује на начин који одговара доношењу једне – само формално необавезујуће – правне норме. Коначно, и сама дикција образложења таквим правних ставова је категоричка: не каже се „требало би овако судити“, већ суштински „треба овако судити“.

4. Несједињивост са принципом поделе власти

Када је одговорено на питање правне природе ставова, може се дати одговор на основно питање: да ли је у складу са Уставом поверити судовима *ван вршења судске власти* власт изјашњавања о праву, која може а и не мора имати правно дејство? Да ли је тако нешто у складу са принципом поделе власти, који подразумева да је *судска власт* поверена судећим телима?

а) Заборављени дисконтинуитет: јединства власти више нема

Иако је још пре више од 30 година направљен одлучан рез у виду напуштања принципа јединства власти,⁹¹ његови рецидиви су на овом примеру јасно видљиви. Наиме, не само да је тај принцип био идеолошки подобан да оправда вансудеће активности судова у виду квази-легислативних активности,⁹² већ је он пружао поуздану догматичку основу. По природи ствари, јединство власти као принцип није препрека да се

⁸⁹ *Arg. ex* чл. 181 I ЗПП: захтев за решавање спорног правног питања треба, између осталог, да садржи „наводе странака о спорном правном питању“; *ГО ВКС* то исправно тумачи тако је захтев недозвољен ако било којој од странака није била пружена могућност да саопшти свој став о правном питању, вид. одлуку од 16. 9. 2021 – Спп 2/21; доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/spp-22021>.

⁹⁰ Према чл. 180 II ЗПП, суд (судеће тело) који је покренуо поступак за решавање спорног правног питања дужан је да застане са поступком, што значи да доноси решење о томе (чл. 227 II ЗПП), што даље значи да ће га доставити странкама ако је донето ван рочишта (чл. 364 I ЗПП), а у супротном ће га саопштити на рочишту (чл. 363 I ЗПП).

⁹¹ Уп. само *О. Вучић*, Уставно правосуђе у Србији, НБП 2013, 1 (6): „проглашењем Устава 1990. Србија је неповратно искорачила из система социјалистичке уставности у свет традиционалних европских уставних вредности [...] Успостављена су нова уставна решења, суштински различита у односу на дотадашња. Тако је, најпре, ујемчено начело владавине права, утврђено опредељење за успостављањем начела поделе власти и уведен парламентарни систем, успостављено начело сталности судијске функције и ојачане гаранције независности судства“. Свакако, друго је питање то што стварно стање последње деценије прошлог века није одговарало тада важећем Уставу, закључно са пасивношћу Уставног суда; уп. примера ради *Пејић*, Уставни суд и спорови о подели власти, НБП 2013, 17 (21 фн. 17 са даљим упућивањима); *С. Орловић*, Владавина устава или уставног судства, Нови Сад (2013), 15 фн. 20, са цитатом *Милијана Поповића*: „У последњој деценији претходном миленијума Србија је оцењивана као делом правна држава у позитивистичком смислу тог појма. А са филозофске тачке гледишта, постојали су само замеци правне државе јер је превладавао антиправни поредак“.

⁹² Уп. *Uzelac* (фн. 2), 118, по којем је кроз принцип јединства власти манифестован политички инструментализам, који је подразумевао да се од судова очекивало да обезбеде јединствену примену права ради јединства државне политике и трансиндивидуалних интереса, попут заштите уставног и правног поретка.

судовима повере таква овлашћења. Заиста је и у социјализму судство било организационо одвојено од других органа⁹³ (у политичком и правом смислу свакако није било одвојено), али то догматички није представљало препреку да им се повере наведене надлежности. Штавише, не треба губити из вида да је у самим уставним текстовима надлежност ван суђења у виду утврђивања правних ставова и сл. била изричито предвиђена,⁹⁴ па и у последњем српском социјалистичком уставу.⁹⁵ Дакле, и сам социјалистички уставотворац је нашао за сходно да у уставном тексту који полази од јединства власти као начела, предвиди да судови, поред вршења судске власти, имају и овакве несудеће надлежности. У сваком случају, таква надлежност судова је била и инхерентна њиховој улози у социјализму, а то је остваривање социјалистичке законитости, ближе остваривање воље Комунистичке партије.⁹⁶ Према томе, све што би допринело том циљу могло је без призива неуставности да се повери судовима. Данас је очигледно стање другачије, и принцип поделе власти има далекосежне последице које везују законодавца. То што ова мисао уопште није актуелизована у домаћој литератури, те да се не оспорава уставност концепта уједначавања судске праксе ван суђења, могло би да се квалификује и као ехо принципа јединства власти. Како *Узелац* истиче,

i onda i danas sudski su odjeli pomoćna upravna tijela koja u duhu samoupravnog socijalizma imaju obvezu „razmatrati pitanja od interesa za rad suda i odjela“, међу којима нису само практична питања попут расположивости возача и записничара већ и „спорна правна питања“ те „уједначавање правне праксе“ и „питања важна за примјену прописа из појединих правних подручја“. I dalje виши судови „разматрају питања од заједничког интереса за судове нижег степња“.⁹⁷

б) Непостојање ослонаца у Уставу за законско одређивање надлежности судова ван суђења

аа) Последице интеракције чл. 4 и 142 и след. Устава

Када се претходно речено има у виду, онда чуди то што је и након 30 година концепт уједначавања судске праксе ван суђења и даље за већину уставноправно несумњив. Штавише, прелази се преко крупне ствари, која иако остаје на нивоу редакцијског приступа, и те како индицира промену курса. Наиме, уместо дотадашњег уставног поверавања надлежности ван суђења *Врховном суду Србије*, Устав из 1990. године просто садржи само класично одређење: „Врховни суд Србије је највиши суд Републике Србије“ (чл. 102 II). Па ипак, и након овог заокрета законодавац је наставио по старом, уређујући надлежност изван суђења Законом о судовима из 1991. године, односно Законом о уређењу судова из 2001. године. Коначно, што је најважније, садашњи Устав такође не садржи одредбе које би овластиле законодавца да успостави надлежност судова да утврђују правне ставове ван суђења. Устав на свим релевантним местима говори о судској власти, суђењу, судијској функцији, што не спада у утврђивање правних ставова ван суђења. Одредба по којој је *ВКС* највиши суд се мора схватити системски, што значи да је врховној инстанци поверено суђење у последњем степену, да после њега нема наредне инстанце. *Врховни касациони суд* је суд као и сваки други, што значи да за њега важи чл. 143 I Устава. О томе да *ВКС* има уставну улогу, тј. о тумачењу чл. 143 IV Устава → бр. 83 и след.

⁹³ Уп. нпр. *Стјепановић*, Начело јединства власти и наш нови уставни систем, *Анали* 1 (1953), 129 (134).

⁹⁴ Нпр. чл. 371 Устава СФРЈ из 1974. године у погледу надлежности делегатских седница *Савезног суда* и републичких и покрајинских врховних судова да утврђују начелне ставове; чл. 239 т. 1 Устава СФРЈ из 1963. године у погледу надлежности *Врховног суда Југославије*.

⁹⁵ Чл. 422 т. 4 Устава СРС из 1974. године у погледу надлежности *Врховног суда Србије*.

⁹⁶ О томе верно сведочи, примера ради, „Завршни документ саветовања правосудних органа“ из 1977. године, у којем се констатује да је основа за усмеравање и деловање правосудних органа, између осталог, у „документу са 13. седнице Председништва Извршног комитета ЦК СКЈ ‘Идејне и политичке основе организовања и остваривања друштвене самозаштите’“; вид. ЗСО 1978-2, 5 (6).

⁹⁷ *Uzelac* (фн. 2), 128 (фусноте изостављене).

Овакво резоновање које је засновано заправо и на једном виду историјског тумачења, налази своју потврду у досадашњој пракси УС о тумачењу уставних одредаба о подели власти. Наиме, у одлуци из 2013. године, УС је за питање уставног положаја Председника Републике посегао за сличним историјским аргументом: упоређивао је садашњи Устав и његовог претходника, и из разлика је извео „далекосежне уставноправне последице“.⁹⁸ То указује на вредност историјског метода у решавању уставних спорова о подели власти. За овај уставноправни предмет је речено веома индикативно, јер је за поимање судске власти у оквирима принципа поделе власти одавно неспорно да судови суде, а не да су тзв. инстанце мишљења (нем. *Gutachteninstanzen*) које треба да утичу на судије како да суде, тј. како да врше судску власт. При томе је неспорно, што ће се детаљније образложити (→ бр. 83 и след.), да врховна инстанца има незаменљиву улогу у обезбеђивању једнаке примене права, али метод којим се долази до тога мора да се креће у оквирима темеља уставног поретка, а то је, између осталог, принцип поделе власти.

Да је сам законодавац био на трагу ове идеје се види из Владиног предлога измена и допуна ЗУрС из 2013, који је Народна скупштина усвојила. Брисање овлашћења ВКС да утврђује начелне правне ставове је аргументовано суштински позивом на принцип поделе власти:

[б]рисана је надлежност Врховног касационог суда да утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права, а имајући у виду да Устав Републике Србије не познаје начелне правне ставове Врховног касационог суда као извор права на основу којег се доносе судске одлуке.⁹⁹

Ипак, овај приступ разумног законодавца се може само квалификовати као политички потез, а не као озбиљно размишљање о усклађивању ЗУрС са Уставом. Јер, ако се наведена промена на овај начин образлаже, а уједно се оставља надлежност пленарних седница одељења готово свих судова да утврђују правне ставове, онда је то очигледно противуречно, што се не може приписати разборитом законодавцу. Разлог је био да се следе изричите сугестије ВК, и да се на тај начин добију поени на политичком плану. Уосталом, у Предлогу Новеле ЗУрС 2013 је у оквиру „Разлога за доношење закона“ наведено:

[п]ри изради Закона узето је у обзир мишљење Венецијанске комисије које је дато приликом израде Закона о уређењу судова из 2008. године. [...] На текст радне верзије Закона прибављена је експертиза Венецијанске комисије Савета Европе и примедбе из експертизе су уграђене у текст Закона.

Ако се упореде критике ВК како из 2008, тако и из 2013. године (→ бр. 73 и даље), и текст новелираног ЗУрС, види се да „примедбе из експертизе“ управо нису уграђене у текст закона. У сваком случају, оно што је једино битно, јесте да се Устав није мењао од 2013. године. Дакле, или Устав познаје било какве правне ставове било ког суда као извор права на основу којег се доносе одлуке, или не познаје; или Устав дозвољава судовима да саопштавају своја формално необавезна мишљења, или не.

У свему реченом треба видети срж неуставности садашњег концепта у контексту принципа поделе власти. Судије постоје да би решавале конкретне предмете,¹⁰⁰ при чему је саопштавање правног става инхерентна дужност, а и логичка нужда. И судови као органи државне власти постоје ради омогућавања вршења судске власти. Другим речима, на плану саопштавања важећег права, судови су – како је то још пре више од 120 година *Живојин Перић* у критици концепта „ставови ван суђења“ истакао – „ван конкретног случаја неактивни“.

Судови су установљени да расправљају спорове појединаца и да примењују кривичне законе. За разлику од законодавне власти која има иницијативу за послове из своје надлежности, судови функционишу тек онда када им се појединци обрате са захтевом да сукоб између њихових интереса реше или када се од њих тражи апликација кривичних закона. Само тада судски организам ставља се у покрет. [...] Док скупштина интерпретира законе у одсуству сваког конкретног спора, начелно, у оној истој форми у којој доноси и нове законе, дотле судска власт

⁹⁸ УС, 19. 6. 2012 – IУп 153/08, СГ 69/2012, 108 (112).

⁹⁹ Предлог Новеле ЗУрС 2013, 12.

¹⁰⁰ *Galič* (фн. 76), 41.

може надлежно закон интерпретирати само приликом расправе специјалних процеса. Када би који суд, ван случаја каквог спора, формулисао неко правно начело или протумачио какав закон, он би изашао из своје сфере и начинио себе законодавцем”.¹⁰¹

бб) Компаративни екскурс

Две су у овом контексту значајне пост-социјалистичке земље, односно тамошње уставноправно стање: Мађарска и Руска федерација. Наиме, устави обе земље полазе од поделе власти,¹⁰² и поверавају судску власт судовима, али уједно још увек баштине, као и друге пост-социјалистичке земље, надлежност врховних судова да утврђују правне ставове ван суђења.¹⁰³ Међутим, разлика у односу на Србију је та што управо тамошњи устав изричито предвиђају такву надлежност врховних судова.¹⁰⁴ Према томе, такав приступ се може тумачити тако да је то догматички став: пошто постоји принцип поделе власти, да би се судови овластили да утврђују правне ставове ван суђења, нужно је тако нешто уставом изричито предвидети.

вв) Ставови ВК и КВЕС

Већ у првом мишљењу ВК у односу на Србију из 2008. године је истакнуто да овлашћења ВКС да заузима правне ставове ван суђења није прихватљиво, јер „суд не може доносити било какве одлуке ван своје надлежности”.

Члан 31 предвиђа да „Врховни касациони суд утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права”. Требало је да буде појашњено да Врховни касациони суд пружа правне ставове само у оквиру појединачног предмета; у супротном, то би било у противности са принципом поделе власти, с обзиром да суд не може доносити одлуке ван своје надлежности. Исти коментар важи и за следећу реченицу: „разматра примену закона и других прописа од стране судова”.¹⁰⁵

Према томе, за ВК већ у том тренутку није било битно да ли је начелни правни став правно обавезан за било кога или је формално само препорука. Акцент је на томе да суд у систему у којем важи подела власти не може да се изјашњава о важећем праву ван конкретног поступка. „Ван своје надлежности” овде значи очигледно „ван вршења судске власти”.

Да је ВК таквог резона испоставило се пет година касније приликом мењања ЗУрС. Нацрт измена и допуна је послат ВК, која је изнова, сада још аргументованије, изнела свој став. Оно што је значајно јесте да је на састанку у Београду дато објашњење да је реч само „о тумачењу права”, а не о „инструкцијама”. Венецијанска комисија је одговорила и на овај аргумент.

Упркос реченом, Венецијанска комисија је критиковала овај метод, јер Врховном касационом суду даје општу власт доношења правила, које може колидирати са поделом власти.¹⁰⁶

Околност што се ВК није изричито осврнула на друге одредбе ЗУрС које исто тако, изричито или скривено, овлашћују несудећа тела да утврђују правне ставове, никако не може да се окарактерише као саглашавање са концептом, јер би то било очигледно противуречно. С друге стране, ВК није имала увид тадашње право стање ствари, које је подразумевало да и други судови осим ВКС утврђују правне ставове, и то или у класичном смислу, или кроз систем „питања и одговора”. У сваком случају, законодавац је прешао преко критика ВК (→ бр. 68 и след.), и створио основу за садашњи систем (→ бр. 23 и след.).

¹⁰¹ Уп. већ *Перић Бранич* 5 (1898), 69 (79).

¹⁰² Вид. чл. С Основног закона [Устава] Мађарске; чл. 10 Устава Руске федерације.

¹⁰³ За критику ВК у односу на Мађарску вид. већ CDL-AD(2012)001, §§ 69 и даље; ни изменама из 2020. није у потпуности напуштен правних ставова ван суђења, што је изнова критиковано од стране ВК, вид. CDL-AD(2021)036, §§ 41 и даље.

¹⁰⁴ Вид. чл. 25 ст. 3 Основног закона [Устава] Мађарске; чл. 126 *in fine* Устава Руске федерације.

¹⁰⁵ CDL-AD(2008)007, § 19

¹⁰⁶ CDL-AD(2013)005, § 105.

С друге стране, *КВЕС* је у свом мишљењу о уједначавању судске праксе, заузео прилично категорички став против уједначавања изван вршења судске власти.

Такви инструменти, који (још увек) постоје у неким земљама, усвајају се (за разлику од инструмената претходних одлука) без обзира на постојање неког животног случаја или текућег случаја и без постојања странака у таквим случајевима или њихових адвоката који би се заузели за положај својих клијената. Прихватајући да такви инструменти могу да имају позитиван ефекат на уједначеност судске праксе и правну сигурност, *КВЕС* заузима мишљење да исти изазивају забринутост са гледишта одговарајуће улоге судства у систему поделе власти. [фусноте уклоњене]¹⁰⁷

в) Непостојање радикалне поделе власти није аргумент о уставности правних ставова ван суђења

Уставни суд оцењује да општем принципу поделе власти на коме по Уставу почива уређење власти, као његов суштински део, припада и начело функционалне непроменљивости, које је изражено у постојаности Уставом извршене поделе функција државне власти. Уставни суд прихвата становиште да се принцип функционалне непроменљивости не би смео нарушавати не само правним одлукама извршне власти него ни одлукама самог законодавца, односно законима Народне скупштине. Када је Устав на одређени начин уредио и разграничио правне функције, као посебне гране државне власти, али и одредио узајамне односе и начин успостављања сарадње између носилаца појединих државних функција, при чему је те односе принципијелно засновао на „равнотежи и међусобној контроли“, онда је свака власт дужна да поштује границе које је Устав поставио свакој од тих правних функција, тако што ће се кретати искључиво у властитом домену.¹⁰⁸

Иако је наведено било релевантно за однос Владе и Председника Републике, и те како се кључне реченице морају схватити као општи принципи. *Уставни суд* наглашава „начело функционалне непроменљивости“, што се свакако односи и на судску власт. Према томе, ако се пође од појма судске власти (→ бр. 44), онда утврђивање правних ставова ван суђења представља кршење принципа функционалне непроменљивости. Устав је судовима поверио вршење судске власти, а доношење општих норми је принципијелно резервисао за законодавца, а евентуално за извршну власт. Такође, и утврђивање правних ставова који немају никакво обавезујуће дејство такође не представља функцију судске власти као „посебне гране државне власти“. Давање апстрактног тумачења једног закона, или чак попуњавање празнина на апстрактан начин представља квази-легислативну делатност. Судови нису саветовалишта, већ искључиво правозаштитне институције.

Као аргумент у прилог уставности концепта уједначавања судске праксе ван суђења, и то у смислу принципа поделе власти, могло би да се наведе да сам принцип поделе власти није јасно одређен, да је вишезначан, и да коначно, што је неспорно, нигде није радикално спроведен.¹⁰⁹ У том смислу, и судовима је законом поверено вршење судске управе, иако Устав не садржи нити једну норму о томе.

Међутим, као што већ речено, између традиционалне судске управе и утврђивања правних ставова ван суђења као квази-легислативне делатности постоји кардинална разлика (→ бр. 54 и след.). Док је законско поверавање судске управе делимично и инхерентно самосталности и независности судства,¹¹⁰ а у другим случајевима оправдано разлозима целисходности који не утичу на „начело функционалне непроменљивости“, дотле квази-легислативна делатност задире у наведено начело. Послови судске управе не

¹⁰⁷ *КВЕС*, Мишљење бр. 20 (2017) „Улога судова у једнообразној примени права“, § 28.

¹⁰⁸ *УС*, 19. 6. 2012 – *Уп* 153/08, *СГ* 69/2012, 108 (112).

¹⁰⁹ *Уп. С. Орловић* (фн. 91), 16.

¹¹⁰ Примера ради, ако се узме да је доношење годишњег распореда послова ствар судске самоуправе, онда је због тога, а и због уставноправног значаја овог акта – утврђивање правила на основу којих се одређује законити судија (*уп. Rosenberg/Schwab/Gottwald* [фн. 60], § 20 *Rn.* 51 са даљим упућивањима) – нужно да се повери судији (председнику суда); било би противуставно да се тако нешто повери нпр. министру правде.

задиру никада у супстрат судске власти, док утврђивање правних ставова је управо уперено ка будућем вршењу судске власти у супстанцијалном смислу.

г) Потреба за уједначеном судском праксом није довољан разлог за кршење принципа поделе власти

аа) Уставноправно вредновање уједначене судске праксе

Према устаљеној судској пракси *ЕСЉП*, неуједначена судска пракса може довести до повреде права на правично суђење у одређеним случајевима. Услови су прилично високо постављени („дубоке и дуготрајне разлике у судској пракси“ и „заказивање институционалног механизма за решавање системског поремећаја“).¹¹¹ Међутим, пракси *ЕСЉП* се никако не сме импутирати став о апсолутном праву странака на уједначену судску праксу. Управо обрнуто, *ЕСЉП* увек наглашава да је неуједначеност судске праксе инхерентна „судском систему заснованом на мрежи жалбених судова“,¹¹² односно да вредновање правне сигурности не спречава развој судске праксе.¹¹³ Оно што се основано може приговорити доктрини *ЕСЉП*, јесте то да не узима у обзир изричито други важан чинилац, а то је судијска независности. Иако ће се о томе више говорити касније (→ бр. 91 и след.), вреди овде већ рећи да је због судијске независности – како то немачки *Савезни уставни суд* формулише – „судска пракса конституционално неуједначена“.¹¹⁴

Уставни суд следи доктрину *ЕСЉП*, те везује питање уједначене судске праксе за право на правично суђење. У размерно великом броју случајева је утврђивао постојање повреде права на правично суђење због постојања неуједначене судске праксе.¹¹⁵

бб) Уставна улога ВКС

Текст Устава у погледу питању улоге, функције *ВКС*, не садржи изричите одредбе. То је дало за повод делу литературе да заузме став да је то дефицит, да *ВКС* изгледа нема уставну улогу, те да би то требало уредити уставним текстом.¹¹⁶ С друге стране, исто је резонувао сам *УС* у одлуци из 2013. године, када је истакао да због дефицита уставног текста не постоји уставна улога *ВКС*, и то у виду уједначавања судске праксе кроз суђење, већ је то њему законом (*ЗУРС*) одређена улога ван суђења.¹¹⁷

Став да *ВКС* нема уставну улогу јер нема изричите норме Устава, заснован је на доста крутом позитивистичком приступу. Наиме, ако се до краја развије теза *УС* из 2013. године, то би значило да је уставнокомфорно да се вршење судске власти од стране *ВКС* законом сведе на минимум кроз непропорционално ограничење дозвољености правних лекова о којима одлучује. Доведено до крајњих граница, то би значило да је поље примене чл. 143 IV Устава сведено само на формалну гаранцију постојања *ВКС* као институције – довољно би било да су именоване судије, и да оне можда врше неке несудеће активности, али да у вршењу судске власти готово и да не учествују због законских ограничења.

¹¹¹ Вид. нпр. *ЕСЉП*, *Винчић/Србија*,

¹¹² Нпр. *ЕСЉП*, *Винчић et al./Србија*, 1. 12. 2009 – 44698/06, § 56;

¹¹³ Вид. нпр. *Atanasovski/FYRM*, 14. 1. 2010 – 36815/03, § 38; исцрпно у одлуци *Великог већа*, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin/Turkey*, 20. 10. 2011 – 13279/05, §§ 51 и след.; уп. и *Galić* (фн. 76), 27 и след.; *Uzelac* (фн. 2), 144 и след.

¹¹⁴ *BVerfG*, 3. 11. 1992 – 1 BvR 1243/88, NJW 1993, 996 са даљим упућивањима.

¹¹⁵ О томе *Бодироза*, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд (2019), 322 и след.

¹¹⁶ Тако *Т. Кандић*, *Судска власт у Републици Србији*, Београд (2015), 136: „Устав из 2006. не садржи ниједан члан којим образлаже зашто је тај суд највиши и која је његова надлежност, не садржи ни посебан наслов који би потврдио независност и неприкосновеност највишег суда“.

¹¹⁷ *УС*, 14. 3. 2013 – IУз 2/10, СГ 53/2013, 128 (132 и след.).

Супротно од приказаног схватања УС и дела литературе, ВКС има уставну улогу. Прво, у доктрини је одавно саморазумљиво да је улога било ког врховног суда да обезбеђује уједначену судску праксу;¹¹⁸ то је инхерентни задатак суда који је на врху институционалне пирамиде и који уједно покрива целокупну територију. Да му то није улога, онда би могло постојати више врховних судова за делове државне територије у истом систему правосуђа. Тиме што се одређује да је ВКС највиши суд у држави, довољно је да се схвати речено, а и нормативни капацитет таквог одређења. И даље, тиме што је ВКС суд једнако као и сваки други, те му је поверено вршење судске власти као и сваком другом суду, произлази да је његова улога да се кроз вршење судске власти стара о уједначеној судској пракси, али и развоју права. О томе ВКС одавно говори у критикама на рачун домаћег концепта, али и на рачун других пост-социјалистичких система.

Да је уставна одредба садржине попут чл. 143 IV Устава довољна да се одбрани овакав став, показује и аустријски пример. Тамошњи *Уставни суд* је без било каквих дилема и спомена дефицита уставне одредбе о улози врховног суда, из одредбе која гласи „врховна инстанца у грађанским и кривичним правним стварима је Врховни суд“ (чл. 92 I Савезног уставног закона), закључио да је његова уставна улога обезбеђивање правног јединства и правне сигурности.

Судској пракси Врховног суда припада велики значај за тумачење норми грађанског и кривичног права (укључујући и релевантне норме процесног права) путем његове функције врховне инстанце у грађанским и кривичним правним стварима, која је успостављена чланом 92 I Савезног уставног закона у интересу обезбеђивања правног јединства и правне сигурности. Јудикатура Врховног суда стога има значајну функцију у погледу конкретизације права, утврђивања смисла правних норми и правну заштиту, која превазилази свакодобне појединачне случајеве¹¹⁹

Дакле, за аустријски *Уставни суд* је довољно одређење „врховни суд је врховна инстанца“ – што није ништа друго до „највиши суд у држави“ (чл. 143 IV Устава) – да закључи да је његова улога уједначавање судске праксе и развој права кроз судску праксу, тј. кроз вршење судске власти. У том смислу треба закључити и да ВКС има идентичну улогу, јер надлежност ван суђења на плану уједначавања судске праксе не спада у уставну функцију било ког суда, па ни ВКС.

вв) Непостојање основа да се пробија начело поделе власти

Полазећи од вредновања уједначене судске праксе, као и уставне улоге ВКС, поставља се питање да ли је заиста нужно зарад постизања правне сигурности и правне једнакости одржавати у животу концепт који је противан принципу поделе власти? Другим речима, да ли је вредновање уједначене судске праксе у стању да оправда поремећај принципа поделе власти? С обзиром да је и уједначена судска пракса признато вредновање на уставноправном плану, проблем се своди на одмеравање вредновања.

С обзиром да је уставна улога ВКС управо да кроз вршење судске власти уједначава судску праксу и развија право, произлази да је дилема вештачка. Законодавцу стоје на располагању механизми који су у складу са принципом поделе власти, а који ће обезбедити што је могуће више уједначену судску праксу. Упоредноправни примери показују да се кроз обликовање дозвољености правних лекова, али и кроз уређивање надлежности,¹²⁰ може створити систем који ће давати резултате без уставноправног

¹¹⁸ Вид. већ примера ради *А. Чубински*, *Нове судске реформе*, Београд (1925), 15. О томе да је у немачкој литератури XIX века смисао постојања врховног суда био у обезбеђивању правног јединства вид. *Hanack*, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit*, Hamburg (1962), 10 и след.

¹¹⁹ *VfGH*, 28. 6. 1990 – G 315/89, G 67/90, VfSlg 12409/1990.

¹²⁰ Вид. нпр. § 121 I немачког Закона о уређењу судова (*Gerichtsverfassungsgesetz*), по којем у кривичним стварима у којима је један виши земаљски суд последња инстанца, а жели да у својој одлуци одступи од судске праксе *Савезног суда* или неког другог вишег земаљског суда, губи надлежност да одлучује о правном леку и преноси је на *Савезни суд*. Другим речима, својом одлуком због намераваног одступања преноси надлежност на вишу инстанцу, а ако то пропусти, а уједно тако нешто „произвољно“, странкама је повређено уставно право на законитог судију и разлог је за поништај одлуке од стране *Савезног уставног суда*; више *Kotz/Ogļakciogļu*, in:

поремећаја. Уводити као компензацију за рудиментарни приступ законодавца квази-легислативну надлежност судова, значи борити се на погрешном колосеку, који је уједно неуставан.¹²¹ И сама ВКС је 2013. истакла да је аргумент српских власти – „правни ставови ВКС се усвајају са циљем отклањања најчешћих грешака судској система“ – „мањкав, а такође није у стању да објасни зашто је немогуће да се такве грешке не отклоне у жалбеном или ревизијском поступку“.¹²² Произлази да је једини рационални разлог за опстанак концепта правних ставова ван суђења искључиво правна традиција и неспособност законодавца да је се реши, јер је она у овом делу противна Уставу. Као што је напуштањем социјализма и принципа јединства власти нужно морала да се уклони надлежност судова да „прате и проучавају друштвене односе“ и да о томе извештавају разне органе,¹²³ тако је за исту последицу морало да буде укидање правних ставова ван суђења.

д) Посебно о неуставности чл. 197 СудПосл, чл. 32 ПослВКС

Према цитираним одредбама донета одлука надлежног већа жалбеног суда или ВКС може се изменити све док она не буде отпремљена из суда. Тек по „физичком напуштању суда“ она постаје неизменљива. Смисао ове одредбе је у начину да се омогући надзор на судећим телом, тако да се створи правни основ за евентуално мењање одлуке по упућеним примедбама одељења судске праксе, или касније након седница одељења или свих судија.

Ове одредбе су неуставне, саме за себе, због повреде начела поделе власти. Наиме, питање које се уређује цитираним нормама је питање самог судског поступка, и то оно које се односи на тренутак везаности судећег тела за сопствену одлуку. Тај тренутак производи, дакле, процесно дејство у самом поступку, и стога то није пословничка материја, већ искључиво законодавна, јер у процесним законима нема одредбе која би овластила министра правде или Општу седницу ВКС да својим актима уређују положај суда као процесног субјекта.¹²⁴ То је став који је већ Познић изнео у постхумно објављеном Коментару ЗПП,¹²⁵ и који је без сумње и данас актуелан.

Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 3-2, München (2018), § 121 GVG Rn. 20 и след. С друге стране, немачко, али и аустријско право предвиђа концептуално исти метод за спречавање дивергентне судске праксе врховне инстанце, кроз уставу великих већа (*Große Senate*), односно појачаног већа (*verstärkter Senat*); вид. §§ 132 и след. GVG, односно § 8 OGHG, као и *Cierniak/Pohlit*, in: Münchener Kommentar zur StPO (цит. у овој фн.), § 132 Rn. 1 и след.; *Lovrek/Musger*, in: *Fasching/Konecny* (Hrgs.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Bd. IV/1, 3. Auflage, Wien (2019), vor § 502 Rn. 52 и след.

¹²¹ До истог резултата долази *Живојин Перић* пре више од 120 година (Бранич 5 [1898], 143 [147]) када каже „има других средстава да се осигура сталност јуриспруденцији, а да се опет за то не мора Касационом суду, као судској власти, давати право обавезног тумачења“; таква власт је дата према чл. 43 ЗУрС одељењима ВКС у односу на појединачна већа, а како је показано, и судови сами сматрају да су правни ставови ВКС за њих обавезни, као и ставови сопствених одељења.

¹²² CDL-AD(2013)005, § 106.

¹²³ Првим законом који је уследио након Устава из 1990. године, укинута је таква општа надлежност судова. Међутим, из непознатих разлога 2013. године је делимично враћена, утолико што другостепени прекршајни суд „прегледа и прати рад судова, прибавља од судова податке и извештаје потребне за праћење прекршајне праксе, примену закона и других прописа, праћење и проучавање друштвених односа и појава и податке о другим питањима од интереса за остваривање њихове функције“ (чл. 100 VI Закона о прекршајима, СГ 65/2013, 6; 13/2016, 12; 98/2016, 98 [УС]; 91/2019, 3; 91/2019, 84).

¹²⁴ А питање је да ли би и тако нешто било у складу са Уставом, јер поступци пред судовима представљају искључиви домен законодавца, без могућности законског делегирања органима управе или самоуправниим телима судова.

¹²⁵ *Познић*, Коментар Закона о парничном поступку, Београд (2009), 843.

V. Неуставност због кршења принципа независности судија

1. Принцип независности судија

Нужна компонента принципа поделе власти је независност судске власти, што и Устав прокламује у чл. 4 IV. Иако цитирана одредба дотиче више аспеката, њен интегрални део је и независност судија, јер су они ти који врше судску власт. Да би функционисао постулирани концепт поделе власти, они који суде морају да буду независни. како у тзв. стварном, тако и у тзв. личном смислу. С обзиром да потоњи није од значаја за овај уставноправни предмет, питања сталности, непокретности, избора судија (тзв. лична независност) ће се оставити по страни.

2. Стварна независност

а) Уопште

Под овим појмом се подразумева везаност суда при вршењу судске власти само за право, само за признате изворе права, што је и садржина чл. 149 I Устава. Судаћа тела су утолико слободна да у вршењу судске власти примењују право онако како они мисле да важи. То није права слобода,¹²⁶ већ је пре свега невезаност било чијим упутствима,¹²⁷ али и забрана утицаја било које врсте на судеће тело у вези са вршењем судске власти (чл. 149 II Устава).¹²⁸ Она се у немачкој литератури означава као основна норма устава, као битан део како уставноправног поретка, тако и слободарског демократског поретка, те као један од стубова принципа поделе власти, што онемогућава њену промену.¹²⁹

Стварна независност се типолошки према месту могућег противуставног утицаја на судије дели на екстерну и интерну независност. Док прва подразумева обезбеђивање независности у вршењу судске власти у односу на друге две власти, али и на све остале друштвене чиниоце (медије, странке поступка итд.), потоња се везује за судство као такво.

б) Обезбеђивање интерне независности

Онемогућавање интерних притисака од стране других судија, а нарочито оних који су у организационом смислу хијерархијски надређени (нпр. председник суда, председник одељења), једнако је важно као и обезбеђивање екстерне независности. Ипак, у домаћем дискурсу овај аспект из различитих разлога није у фокусу. Обратно, релевантни међународни документи поклањају већу пажњу, па је тако КВЕС у Мишљењу бр. 1 (2001) за потребе Комитета министара Савета Европе о стандардима везаним за независност судија и сталност судијске функције, који користи као релевантан извор и ЕСЉП,¹³⁰ истакао:

КВЕС је запазио потенцијалну претњу судијској независности која би могла да се појави из редова унутрашње судске хијерархије. Оно је препознало да независност судија зависи не само од непостојања спољних утицаја, већ и од непостојања неприхватљивих утицаја који би у неким ситуацијама могли доћи од других судија. "Судије треба да имају неприкосновену слободу да у предметима одлучују непристрасно, у складу са својом савешћу и својим тумачењем чињеница, поштујући преовлађујућа правна правила" (Препорука бр. Р [94] 12, Принцип I [2][Д]). Овде се мисли на сваког судију појединачно.¹³¹

¹²⁶ А ни привилегија или право, већ одговорност и обавеза; *Sendler*, *Unabhängigkeit als Mythos?*, NJW 1995, 2464 (2465/2466).

¹²⁷ Вид. *BVerfG*, 27. 11. 1973 – 2 BvL 12/72, NJW 1974, 179 (180/181 са даљим упућивањима на праксу).

¹²⁸ Уп. *Познић/Пакић-Водинелић* (фн. 58), бр. 220.

¹²⁹ *Hömig*, in: *Hömig/Seifert* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 5. Auflage, Baden-Baden (1995), Art. 97 Rn. 2.

¹³⁰ Вид. нпр. ЕСЉП, *Baka/Hungary*, 23. 6. 2016 – 20261/12, § 79.

¹³¹ Мишљење бр. 1 (2001) КВЕС за потребе Комитета министара Савета Европе о стандардима везаним за независност судија и сталност судијске функције, 23. 11. 2001, § 66.

С друге стране, *ВК* се готово у сваком случају у којем се сусретала са концептом правних ставова ван суђења изјашњавала о могућим претњама по судијску независност. Тако је било и у односу на Србију, како 2008. године, тако и 2013. године, али и 2018. године приликом изјашњења о Нацрту уставних промена које је израдило Министарство правде. У мишљењу од ЗУрС из 2008. године је истакнуто да се заузимање правних ставова на заједничким седницама одељења (чл. 40) или седници свих судија (чл. 41) може схватити као супротно независности судија.¹³² Исто је поновила и 2013. године,¹³³ а и 2018. године.

Према европским стандардима, важно је да доследност у судској пракси буде постигнута одлукама виших судова који успостављају кохерентну и конзистентну судску праксу, а не преко вишег суда који издаје опште директиве или упутства за ниже судове [фн. 18: Препорука CM/Rec(2010)12 о судијама: независност, ефикасност и одговорности, § 23: „Виши судови не би требало да упућују судијама упутства о начину на који би требало да одлучују о појединачним предметима, осим у прелиминарним решењима или приликом одлучивања о правним лековима у складу са законом“]. Као што је Венецијанска комисија навела у свом претходном мишљењу: „Потреба за уједначавањем судске праксе би у начелу требало да буде решена у поступку по правним лековима за жалбе који би могао бити уређен тако да решава и проблеме који се обично, само или углавном, јављају у различитим категоријама спорова мале вредности“ [фн. 19: Мишљење о Нацрту измена закона о правосуђу Србије (CDL-AD(2013)005), § 105].¹³⁴

На крају, и *ЕСЈП* је у својој пракси више пута истицао да је могућност интерних утицаја на судећа тела неспојива са правом на „независан и непристрасан суд“, и да већ та околност може довести до кршења права на правично суђење.

Међутим, судијска независност захтева да ниједан судија не буде изложен непримерним утицајима који долазе не само изван правосуђа, већ и изнутра. Та унутрашња судијска независност захтева да судије не буду изложени упутствима и притисцима других судија или лица које имају управна овлашћења у суду, попут председника суда или председника судског одељења. Ако нема довољне заштите која обезбеђује судијску независност унутар правосудног система, а нарочито у односу на њихове надређене у правосудним телима, Суд би то могло навести на закључак да су сумње подносиоца захтева у погледу (независности и) непристраности суда можда биле објективно оправдане. [цитати уклоњени]¹³⁵

Ова „интерна судска независност“ подразумева да судија не добија инструкције и није подвргнут притисцима од његових колега или лица која имају управна овлашћења у суду, попут председника суда или председника судског одељења. [цитати уклоњени]¹³⁶

3. Надзорни карактер правних ставова: вертикални ниво

Као што је већ речено, правни ставови ван суђења се утврђују у највећој мери као реакција на неуједначену или погрешну праксу нижестепених судова (→ бр. 23). Од тога не бежи ни *ГО ВКС*, с обзиром да у самим образложењима правних ставова истиче да је „запажена погрешна примена права“, или „спорно је у судској пракси“. Пример из 2010. године показује заправо како *ГО ВКС* тумачи чл. 38 II ЗУрС. Према овој одредби „Одељење судске праксе прати и проучава праксу судова и међународних судских органа и обавештава судије, судијске помоћнике и судијске приправнике о правним схватањима судова“, што значи да оно обавља научну и информативну делатност – „прати и проучава“ с једне стране, и „обавештава судије“ с друге стране. Супротно, *ГО ВКС* када указује свим судовима у земљи како греше и како им се скреће пажња на то, своје овлашћење базира управо на чл. 38 II ЗУрС.

¹³² CDL-AD(2008)007, § 112.

¹³³ CDL-AD(2013)005, § 105.

¹³⁴ CDL-AD(2018)011, § 34.

¹³⁵ *ЕСЈП, Parlov-Tkalčić/Croatia*, 22. 12. 2009 – 24810/06, § 86.

¹³⁶ Издвојено сагласно мишљење судије *Сицилианоса (Sicilianos)*, § 4 уз *ЕСЈП, Baka/Hungary*, 23. 6. 2016 – 20261/12.

Грађанско одељење Врховног касационог суда је због тога, одлучило да без обзира на јасне норме чл. 35. до 37. Закона о парничном поступку, у смислу члана 38. став 2. Закона о уређењу судова, и она овај начин укаже нижестепеним судовима на уочену погрешну праксу у поступку одлучивања у имовинским споровима из радним односа и *доношењем овог закључка / усвајањем овог одговора* допринесе уједначавању судске праксе у овој области. [курзив у оригиналу]¹³⁷

Одлика таквог приступа је према *Узелу* је „инквизиторни патернализам“, с обзиром да реакција следи *ex offio*, а смисао је надзор и контрола нижестепених судова.¹³⁸ Утолико је разумљива реченица *ВК* која се често понавља, а то је да „док врховни суд мора имати овлашћење да укине или преиначи нижестепене одлуке, он не сме да их надзире“.¹³⁹ Такође, управо у контексту споменутог патерналистичког приступа и његове несједињивости са независношћу судија, пре више од 20 година *ВК* је у односу на стање у Украјини навела:

[у] систему судијске независности виши судови обезбеђују уједначену судску праксу на својој територији кроз своје одлуке у појединачним предметима. [...] Садашњи предлог фундаментално одступа од овог принципа. Он даје могућност Врховном суду да издаје нижим судовима „препоруке/објашњења“ о питањима примене права. Овакав систем тешко да ће успоставити потпуно независно судство у Украјини, већ води ризику да се судије понашају као државни службеници који су подложни наредбама својих претпостављених.¹⁴⁰

У следећем мишљењу о украјинском концепту „преорука и објашњења“ тамошњег *Врховног суда*, недвосмислено се саопштио став о пореклу концепта и његовом смислу:

Функција пленума да издаје „препоруке и објашњења у погледу закона“, чини се да је остатак старог менталитета. То је јасна реминисценција система аутократске контроле судске функције од стране државног органа *supra cortes*, утолико што његова схватања имају значење теолошког тумачења права које, чини се, има обавезујуће дејство на све судове чак и противно личним уверењима судије“.¹⁴¹

Према томе, срж концепта који постоји у сада важећем праву, иако се правда обезбеђивањем јединствене примене права, тиме и заштитом људских права странака, дубоко је противан судијској независности једне правне државе. Баш као што судови не могу да се оглашавају о важећем праву зато што је то противно принципу поделе власти, тако не смеју ни виши судови, а нарочито не врховни, да се оглашавају поводом различитих одлука судова. Јер, свако оглашавање се може схватити као надзор и контрола, али и као давање упутстава.¹⁴² Између оглашавања поводом одлучивања о правном леку и овог начина постоје непремостиве разлике.

4. Надзорни карактер правних ставова: хоризонтални ниво

Све што је речено, можда још више важи у случају правних ставова ван суђења који се доносе као реакција на различиту праксу унутар једног суда. Они се доносе да би се номинално уједначила пракса, али заправо представљају надзор над појединим судећим телима. То посебно важи, и требало би да буде очито, у случајевима када се правни став утврђује поводом заустављене експедиције једне одлуке. Једноставно, неко ко уопште нема везе са судећим телом, јер није његов члан, контролише вршење судске власти. Чини се да нема бољег школског примера за непостојање унутрашње независности судија свих оних судова у којима се чл. 199–200 СудПосл примењује, а то су сви судови који имају одељење судске праксе, закључно са *ВКС* (чл. 41 ПослВКС). Извођење чланова судећег тела на пленарне седнице да би се расправљало о њиховој одлуци, те да ли ће се она

¹³⁷ *ГО ВКС*, 4. 10. 2010, Билтен ВКС 2010, 119.

¹³⁸ *Uzelac* (фн. 2), 118.

¹³⁹ CDL-AD(2014)030, § 34 са даљим упућивањима.

¹⁴⁰ CDL-INF(2000)5, 4.

¹⁴¹ CDL(2001)78, 5.

¹⁴² Чини се да чл. 36 II ЗУрС (= чл. 17 II СудПосл) веома илустративно показује да је задатак седнице одељења апелационих судова вршење надзора над подручним судовима, јер шта друго може да значи „разматрање питања важна за рад подручних судова“, ако се има у виду да то нису питања која се тичу судске управе у традиционалном смислу.

„пустити или неће“, а потом враћање одлуке на „поновно већање“, представља антиправнодржавни концепт који у том обиму није постојао ни у социјализму. Не само да је тако нешто неуставно због противности са принципом независности судија по себи, већ је то противно и праву на правично суђење. Ако се примени пракса *ЕСЉП* (→ бр. 96), у сваком предмету у којем је дошло до суспендовања експедиције одлуке постоји повреда права на правично суђење; но, и само постојање механизма већ индицира постојање права на правично суђење, тако да је потенцијално сваки поступак жалбени или ревизијско поступак „контаминиран“. Како изричито наводи *ЕСЉП* у оквиру излагања о објективном тесту непристрасности, „ако нема довољне заштите која обезбеђује судијску независност унутар правосудног система, а нарочито у односу на њихове надређене у правосудним телима, Суд би то могло навести на закључак да су сумње подносиоца захтева у погледу (независности и) непристрасности суда можда биле објективно оправдане. [цитати уклоњени]“.¹⁴³ У садашњем српском праву не само да нема довољно заштите на нормативном плану, јер пословници управо то предвиђају, већ се до доследно спроводи у пракси, а *ВСС* то не квалификује као угрожавање судијске независности (→ бр. 35).

Разлог за овакво стање треба тражити управо у ономе што је речено у цитираном извештају *ВК* у погледу Украјине, и што је овде кроз фактографију документовано: прежитак старог менталитета, колективистичког модела правосуђа заснованог на демократском централизму, у којем правни ставови ван суђења имају водећу улогу. Међутим, судска власт је поверена судећим телима, а не суду као колективу (→ бр. 47), и не постоји никакав колектив као коректив судијске независности. У вршењу судске власти, ако се изузме веће као судеће тело, не постоји никакав демократизам да већина намеће став мањини.¹⁴⁴ Обрнуто, судијска независност је основа слободарског демократског поретка, односно „праведног, отвореног и демократског друштва, заснованог на начелу владавине права“ (чл. 19 Устава). Судска пракса је због тога „конституционално нејединствена“ како то изричито каже немачки *Савезни уставни суд*, а њено уједначавање је могуће само кроз институционални оквир правне државе, засноване на подели власти и независности судске власти: правни лекови, велика већа врховне инстанце и ништа више.

Различно тумачење исте норме од стране различитих судова не вређа захтев за једнаким поступањем. Судије су независне и само су потчињене закону (чл. 97 I Основног закона). Због тога један суд при тумачењу и примени норме не мора да следи преовлађујуће схватање. Он није спречен да заступа своје правно схватање и да му оно буде подлога за одлуку чак ни онда када сви остали судови – и они који су инстанцијски надређени – деле супротан став. Судство је због независности судија конституционално неједнако.¹⁴⁵

5. Посебно о правним ставовима у смислу „одговора на питања“

Уникум српског права у виду правних ставова иницираних питањима нижестепених судова такође је супротности са принципом судијске независности. Наиме, иако овде нема класичне контроле, јер они који би се контролисали сами то траже, то је исто тако неспојиво са уставном сликом судије. Као што је речено, судијска независност није привилегија и слобода, већ одговорност и обавеза. Судије су такође дужне да чувао вео своје независности. Њима је забрањено да траже инструкције како да суде, што је *ВК* такође у више наврата истицала, са додатком да сви актери треба да буду дисциплински гоњени.

Тражење инструкција у појединачним предметима од судија виших инстанци, који ће одлучивати о жалби, лишава странке непристрасног разматрања њихове одлуке, чиме се крши њихово право на приступ суду. Таква пракса (укључујући и давање инструкција) није само неефикасна (једна инстанца је, *de facto*, уклоњена), већ крши људска права. Са овом праксом, ако опстане, требало би се изборити са дисциплинским мерама у односу на све судије који у њој учествују.¹⁴⁶

¹⁴³ *ЕСЉП, Parlov-Tkalčić/Croatia*, 22. 12. 2009 – 24810/06, § 86.

¹⁴⁴ Тако међутим *Булајих* (фн. 51), 62.

¹⁴⁵ *BVerfG*, 3. 11. 1992 – 1 BvR 1243/88, NJW 1993, 996 са даљим упућивањима.

¹⁴⁶ CDL-AD(2014)007, § 18.

Како је показано, постоје бројни примери да су кроз постављање питања о правном проблему пред седнице одељења ВКС/ПАС, а има још примера, изношени заправо текући предмети. Странке из таквих предмета могле су да сазнају за тако нешто тек ако су прочитале одговоре у званичним билтенима. Таквим концептом се крши њихово право на правично суђење, и зато су све одредбе о надлежности за утврђивање правних ставова неуставне, јер су оне, а пре свега чл. 31 алт. 1 ЗУрС на основу које је донет План активности ВКС, довеле до његове институционализације.

*

*

*

С обзиром на све наведено предлажемо да Уставни суд донесе

ОДЛУКУ

УТВРЂУЈЕ СЕ да одредбе

1. чл. 24 III, 26 II алт. 3, 31 алт. 1 и 2, 36 I алт. 1 и 2, 36 II, 40, 41 I алт. 3, 43, 44 I алт. 1, 58 I алт. 4 и 5 Закона о уређењу судова – ЗУрС (СГ 116/2008, 3; 104/2009, 3; 101/2010, 3; 31/2011, 34; 78/2011, 3; 101/2011, 273; 101/2013, 8; 40/2015, 3; 106/2015, 60; 13/2016, 13; 108/2016, 4; 113/2017, 304; 65/2018, 189 [УС]; 87/2018, 53; 88/2018, 80 [УС])
2. чл. 17 I алт. 2, 17 II, 21 II, 23, 24, 25 I алт. 3, 25 II, 28 II, 29, 29а, 31, 196 II, 197, 199, 200 Судског пословника – СудПосл (СГ 110/2009, 87; 70/2011, 31; 19/2012, 28; 89/2013, 7; 96/2015, 130; 104/2015, 50; 113/2015, 61; 39/2016, 44; 56/2016, 56; 77/2016, 57; 16/2018, 34; 78/2018, 161; 43/2019, 16; 93/2019, 275)
3. чл. 11 II ал. 1 и 2, 12 II, 31 II и 3, 32, 35 II ал. 1, 2 и 8, 36 II–IV, 39, 40 I, 41 Пословника о уређењу и раду Врховног касационог суда – ПослВКС (СГ 37/2010, 20; 51/2014, 6; 41/2016, 7; 62/2016, 25; 74/2018, 72),

нису у сагласности са Уставом Републике Србије.

У прилогу: одлука Скупштине Адвокатске коморе Србије број 1032-1/2021 од 25.09.2021.

ПРЕДСЕДНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ

Јасмина Милутиновић, адвокат

