

Здрава Стојановић¹

Изворни научни чланак

ПОЧЕЦИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ У КОНТЕКСТУ ПРАВНЕ ЕВРОПЕИЗАЦИЈЕ НОВОВЈЕКОВНЕ СРБИЈЕ

doi: 10.7251/GOD1739047S

Апстракт: Рад под наведеним насловом представља, не само критичко сагледавање српске уставноправне прошлости, него и својеврсно казивање о садашњости, па и о перспективама будућег правног развоја. Аутор, наиме, полази од става уставноправне науке по којем уставни модел савремене Србије треба нужно почивати на уставном идентитету као споју општих уставних начела и националних уставних вриједности. Стога, враћање самим почецима конституционализације судске независности као кључне институционалне гаранције правне државе, односно владавине права, има за циљ да се сопствено историјско искуство стави у функцију изналажења најбољих уставних рјешења примјерених данашњем времену.

Деветнаестовјековна Србија је своју државност обнављала с погледом на европске узоре. С обзиром да је у нововјековној уставноправној теорији, а затим и у уставној пракси модерних европских држава, исказано високо вредновање судске независности као *conditio sine qua non* правне државе, то је почетак конституционализма у Србији обиљежен настојањем да се судској независности пруже адекватни уставни механизми заштите. Критичким освртом на обим и садржину формалних механизма заштите судске независности, садржаним у Сретењском и тзв. Турском уставу, аутор настоји преиспитати досадашње оцјене истих. Притом је свјестан чињенице да су уставна јемства судске независности први, премда нужан, корак на том путу. Да би поредак ефективно функционисао сходно стандардима правне државе, неопходно је располагати са одговарајућим друштвеним амбијентом у којем ће се независност судова развијати и штитити, а који подразумијева, прије свега, изграђену социјалну и правну свијест, те политичку и правну културу, уопште.

¹ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. Е-mail: z.stojanovic@pravobl.org

Кључне ријечи: *устав, уставни модел, правна држава, владавина права, судска независност*

1. УВОД

Данас смо судионици егзактно формулисаних европских стандарда доброг правосуђа, постављених у кључним међународним документима, обавезујућим за све земље које су их ратификовале. Управо стога се с осном може вјеровати да је, компромисом националних стандарда права демократских друштава и међународних европских правних стандарда, могуће доћи до „добитне комбинације“ потребне за установљење одговарајуће формуле доброг и успјешног правосуђа. Иста би била незамислива без самосталног и независног судства као примарног постулата сваке правно уређене државе.

Чинило се да су све државе у региону, па и Србија, препознале значај и потребу адекватне конституционализације судске независности као кључне институционалне гаранције владавине права и правне државе. Но, и поред тога што су се у својим уставима номинално одредиле као правне државе засноване на владавини права, савремена уставноправна наука је мишљења да, конкретно Србија, још увијек нема примјерен уставни модел, те да је уставно питање, на неки начин, и даље отворено.² Оно на чему се посебно инсистира је поштовање уставног идентитета као својеврсног „споја општих уставних начела и вриједности и посебних, националних уставних вриједности“.³ Дакле, поред општеприхваћених вриједности модерног конституционализма, сваки устав мора имати у себи нечег „аутобиографског“.⁴

Извјесно је да свој уставни идентитет Србија гради већ више од два вијека, с више или мање успјеха, с успонима и падовима, константно између жеља и стварности, намјераваних и не(остварених) циљева. Од те и такве уставноправне прошлости не треба бјежати, с њом се треба суочити, из ње је пожељно научити. „Прошлост, наравно, није довољна сама за себе, нити она може садржавати готова рјешења за савремене проблеме, али разумијевање прошлости је први и суштински корак ка изналажењу најприкладнијих рјешења“.⁵

2 Владан Петров, „Ка моделу модерног устава за Србију“, *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења*, (Београд: 2015), 10. Ратко Марковић, „Какак треба да буде Устав Србије“, *Уставно питање у Србији*, (Ниш: 2004), 9-15.

3 Петров, „Ка моделу модерног устава за Србију“, *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења*, 9.

4 *Ibid.*, 12.

5 Ријечи су истакнутог њемачког правног историчара Р. Цимермана. Цит. према: Сима

Уставне вриједности, трасиране и утемељене током деветнаестовјековне српске уставне историје, надживјеле су правну смрт аката у којима су биле нормиране, доприносећи значајно свеукупности уставног, али и националног идентитета. Савремена уставност стога не може, а да не покаже извјестан респект према, већ тада постављеним стандардима, који ни данас не губе на суштинској вриједности.

Једна од карактеристичних одлика оновремених уставних текстова је, за дате услове, завидно вредновање независности судске власти као кључне претпоставке за функционисање демократске и правноуређене државе. Иако су, по питању формалних јемстава судске независности, највиши домети постављени у другој половини 19. вијека, с Уставом из 1888. године, због чега и његове одредбе у највећој мјери чине основу српског уставног идентитета, било би сврсисходно вратити се самим почецима конституционализације судске независности у контексту потреба за европеизацијом правосуђа и модернизацијом државе уопште.

Суштинска дилема тек „васкрсле“ Србије је била садржана у питању како, у оквиру изласка на европски правни пут, помирити високе вриједности западне цивилизације са ниском правном свијести Срба, њиховом традицијом и обичајима. Суштински задатак савремене Србије је да, у процесу изградње демократске уставности, изнађе такав уставни модел који би требао да буде израз поштовања традиционалних вриједности владавине права, али и уважавања савремених, општеприхваћених уставних начела. Ни за „прву“ ни за „другу“ Србију, европски пут није био, нити ће бити лак.

2. О ПОКУШАЈИМА ИЗГРАДЊЕ МОДЕРНЕ ДРЖАВЕ У УСТАНИЧКОЈ СРБИЈИ

Прве модерне државе у Западној Европи рађају се почетком новог вијека и то као националне државе. На европској позорници тог времена доминирају Француска и Енглеска, истичући се убрзаним развојем модерних државних институција, али и промовисањем напредних правних и политичких идеја. Представници нововјековне правне и политичке мисли једнодушни су у ставу да је циљ модерне државе успостављање поретка правне сигурности која се састоји у остварењу правде.⁶ Идеал правде и толеранције је управо својствен модерној држави и то је оно што је разликује од старовјековног и средњевјековног појма политичке заједнице.⁷

Изградњи модерне државе и њених установа, значајан подстрек су

Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, (Београд: 2007), 16.

6 Вид. шире: Томас Хобс, *Левијатан*, (Београд: 1961), 136,137. Џон Лок, *Две расправе о влади*, (Београд: 2002), 298, 299. Лидија Р. Баста, *Политика у границама права – студија о англосаксонском конституционализму*, (Београд: 1984), 54.

7 Драгољуб Поповић, *Стварање модерне државе*, (Београд: 1994), 13.

дали револуционарни догађаји који су изњедрили извјесне мисли као идеје водиле, пресудне за развој модерног свијета и његових правних установа. Идејним прегалаштвом Ц. Лока и Ш. Монтескијеа, издвојило се учење о подјели власти које даје немјерљив допринос историји правних идеја и институција. За разлику од Лока, који даје дуалистичку, Монтескије даје тријалистичку теорију о државним функцијама. Сходно томе, судску власт ставља у сасвим независан положај и од законодавне и од извршне власти. За Монтескијеа је „питање диобе власти било питање политичке слободе“.⁸ Подјела власти је управо неопходна да би постојала слобода.⁹

Настала у оквиру подјеле власти, а на темељу уочене потребе одвајања судске од носилаца политичких власти, законодавне и извршне, независност судства постаје предмет константне уставне пажње модерних европских држава. То се испољило већ приликом доношења првих модерних уставних текстова у којима долази до изражаја интенција уставотворца ка високом вредновању независног дјелиоца правде, као и пружању адекватних институционалних механизма заштите.¹⁰

Премда сумаран и поједностављен, наведени осврт на зачетке и правце развоја модерне државе у Западној Европи је првенствено у функцији одговора на питање какво је мјесто устаничка Србија могла имати у том и таквом европском окружењу? Евидентно је да изградња модерне српске државе нужно постаје саставни дио њене националноослободилачке борбе, али и рада на обнови државности. Наиме, да би се ослободила турског истока, она је морала да се, у унутрашњем уређењу, равна према западу, према развијеним државама хришћанске Европе.¹¹

8 Слободан Јовановић, *О држави*, (Београд: 1922), 132-141.

9 Слобода, својина, сигурност и отпор угњетавању, су императивни принципи на којима се заснивала и француска Декларација о правима човјека и грађанина која је постала основна повеља европских либерала у наредних пола вијека. Вид. шире: Марко Павловић, *Развитак права*, (Нови Сад: 2013), 194,196.

10 У Енглеској је 17. вијек познат као „херојско доба енглеске уставне историје“. Први наговјештај и поштивања начела судске независности, дати су у Петицији права од 1628. године. Закон о заштити личности (1679) се почиње користити, као средство провјере законитости поступка по хапшењу неког лица тј. политичко средство заштите личне слободе. Такође, на традицији енглеског правног система темељи се и сталност као и материјална обезбјеђеност судија с обзиром да је Закон о престолонаслеђу (1701) по први пут заштитио судијску функцију од уплива монарха и омогућио судијама несметано обављање исте. И по првом француском уставу (1791), судску власт не може да врши ни краљ ни законодавно тијело. Судску власт су имале да врше судије које народ бира на одређено вријеме, чију дужину Устав није одредио. Судије су могле бити смијењене и удаљене с дужности само у случају извршења кривичног дјела и стриктно по прописаном поступку. *Ibid.*, 156-160.

11 Марко Павловић, „Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије 1804-1833“, *Србија и европско право I*, (Крагујевац: 1997), 128.

Објективно гледано, устаничка Србија није одавала утисак земље која располаже друштвеним, политичким и културолошким капацитетом неопходним за излазак на модеран, европски пут. Као „беспутна земља у западној цивилизацији“¹², са старим патријархалним сељачким поретком, као и ниском правном и политичком културом, она се морала, с великом озбиљношћу, суочити и позабавити задацима које јој је модерна Европа постављала. Но, иако је Србија била још увијек далеко од стварања модерне државе, евидентна је и давно уочена чињеница да је почетак Српске револуције означио, на неки начин, и почетак изградње модерне српске државности.

Радомир Љушић истиче да се устаничка државотворна идеја огледала у чињеници да је српска нововјековна држава настајала самониколом борбом српског народа, те да је уређивана на основу сопственог искуства и знања. Устаници нису били само храбри ратници, већ и ваљани државотворци.¹³ Међутим, треба имати у виду да су, у то вријеме, устаничка знања о држави и власти била врло оскудна. Изграђујући државу, устаници су свакако размишљали и о њеном уређењу, али на врло прагматичан начин који је проистицао из конкретних потреба и циљева устанка. Представе о значају закона, законитости или устава, ако су и постојале, биле су крајње магловите. По Карађорђу је уводити законитост значило „сапињати јунаке“ и слабити устанички напор јер „сапет коњ не може трку да трчи“.¹⁴

С друге стране, политичка и дипломатска пракса устанка биљежи извјесна настојања да се у обнављану Србију уведу „закони росијски“, аустријски или, пак, француски. Надајући се војној и политичкој помоћи од Аустрије, устаници су 1809. године, у вријеме кризе устанка, размишљали да преведу и усвоје неке аустријске законе. Како је помоћ изостала, обратили су се Французима. Штавише, априла 1810. године, организована је куповина Наполеоновог кодекса да би се, наводно, из њега узеле одредбе примјерене стању ондашње Србије.¹⁵ Није тешко закључити да су наведене идеје својеврсне рецепције иностраног права биле првенствено политички мотивисане и, као такве, остале су нереализоване. Осим тога, упитна је реална могућност примјене правних рјешења других европских држава с обзиром на специфичности карактера, обичаја и потреба српског народа и државе у повоју.

Устаничка Србија није имала идеологе попут Хобса, Лока, Монте-

12 *Ibid.*, 127.

13 Радомир Љушић, *Историја српске државности II; Србија и Црна Гора – нововјековне српске државе*, (Нови Сад: 2001), 64.

14 Павловић „Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије 1804-1833“, *Србија и европско право I*, 131.

15 Вид. шире: Драгослав Јанковић, *Српска држава Првог устанка*, (Београд: 1984), 138, 206, 207.

скијеа, али је имала свог Божу Грујовића, Димитрија Давидовића, Вука Караџића, проту Матију Ненадовића. На самом почетку устанка, актуелна српска власт није била у стању препознати значај и улогу учених и образованих појединаца, школованих ван граница Србије. Притисак незнања се, изгледа, лакше подносио него притисак Турака.¹⁶ Иако је на потребу изласка на европски правни пут први скренуо пажњу, Божа Грујовић није имао иза себе реалну друштвену снагу па је његово „Слово“ остало необјављено. Без обзира на то, слављење закона као „првог господара и судије у вилајету“, под којим „мораду и господари и поглавари и Совјет Правитељствујушчи и свјашченство и војинство и сав народ бити“, остаће у српској правној мисли и традицији запамћено као први покушај уношења елемената правне државе у устаничку Србију.¹⁷

Друга истакнута личност која се, по својим идејама о некаквој елеменатној законитости, издвајала од осталих устаничких старјешина, био је прота Матија Ненадовић. Као противник судства и управе засноване на личним везама, прота Матија се одлучио на састављање првог закона устаничке Србије на основу ког су тек изабране судије Ваљевске нахије имале судити за „веће кривице“, док лакша кривична дјела и даље оставља „на чисту савјест судијама и по обичају нашем“.¹⁸ Из овог протиног казивања се јасно уочава да је обичајно право још увијек владајући извор права, али да се већ почињу примјењивати и нови прописи.

Од самог почетка устанка било је присутно увјерење да се није могло „без суда обдржавати“. Стога се питању организације судова посветила посебна пажња. Недостаци постојеће судске власти коју су вршили војни и управни цивилни органи – војводе и кнезови, настојали су се превазићи избором посебних судских органа. Новоизабране судије нису имале искључиво судску функцију него и управну тако да, у самој пракси, није дошло до одвајања судства од управе. С обзиром да у почетку није постојала подјела власти између појединих органа устаничке државе, народ је под судијама подразумијевао све органе власти уопште. Временом је дошло до извјесног диференцирања функција власти, али та подјела није била досљедна и потпуна.¹⁹ Чињеница је, међутим, да су се и након организовања судске мреже

16 Михајло Гавриловић, *Милош Обреновић II*, (Београд: 1908), 367-369.

17 Срђан Шаркић, „Зачеци правне државе у устаничкој Србији“, *Владавина права и правна држава у региону*, (Источно Сарајево: 2014), 771-774. Бесједу Боже Грујовића је средио и објавио у цјелини Јаша Продановић у свом дјелу под насловом *Историја политичких странака и струја у Србији књ. I*, Београд 1947, 23-25.

18 Прота Матија Ненадовић, *Мемоари*, (Београд: 1980), 150, 151.

19 Наиме, реорганизацијом Правитељствујушег совјета 1811. године, он је подјелењен на два дијела: један дио су чинили попечитељи са функцијом владе, извршног власти, а други дио је Велики вилајетски суд, као орган судске власти. Вид. шире: Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, (Нови Сад: 2004), 157.

Карађорђе и војводе мјешали у рад судова, изрицали пресуде, вршили притисак на судије, поништавали магистратске пресуде и слично.

Да пут устаничке Србије ка Европи није био праволинијски говоре још нека историјскоправна свједочанства. Извјесну потребу респектовања „белог света“ (Европе) наглашава и Карађорђев закон, макар то било у контексту забране истраживања и спаљивања жена оптужених да су вјештице (чл. 31). Таква „лудост“ се очито није уклапала у вриједности западне цивилизације.²⁰ Такође, јачање ауторитета власти тек засноване државе, која настоји на револуционаран начин раскинути са свим реликтима прошлости, повлачила је потребу успостављања елементарног правног реда и правичности, нарочито у суђењу. Томе у прилог иде одредба Карађорђевог закона о забрани пристрасног суђења, па „ако би старјешина судио по миту или пристрасно, из мржње или склоности према некоме, биће лишен звања, осрамоћен пред народом и ако је узео мито, јавно га вратити (чл. 9).

Период двојне српско-турске власти (1815-1830), обиљежен је постепеним, фактичким потискивањем турских органа, али и концентрацијом власти у рукама Милоша Обреновића. Но, отргнута од турске власти, српска власт под Милошем остала је углавном „слабо организована и имала је у себи нечег азијског и деспотског...“²¹ Уз све то, антизаконски став српског кнеза није остављао довољно простора за значајнију модернизацију државе. Додуше, уведено је вишестепено суђење, али неуређено, с обзиром да је кнез Милош задржао и даље улогу свеопштег пресудитеља. Уз нерегулисану судску организацију и поступак, ишла је обичајна и старјешинска правда. Судска власт, ни у овом периоду, није била одвојена од управне.

Почетни антизаконски став Милоша Обреновића, показаће се неodrживим у вријеме актуелизовања питања државноправног статуса Србије у Турској. Српско питање кнез Милош је идентификовао са личним питањем, јер ако постане легитимни кнез, Србија постаје кнежевина. Сходно томе, све учесталији гласови о њему као деспоту и тиранину могли су се негативно одразити на дипломатске напоре српске депутације и Русије око стицања самоуправног статуса у оквиру Турске. Интереси успостављања државе у којој би Милош био носилац насљедног кнежевског достојанства, пресудно су утицали на предузимање корака у правцу европеизације и Милоша и његове управе. Први корак, по Вуку Караџићу, састојао би се у доношењу закона „колико је могуће према данашњем стању земље да буде колико год налик на европејску државу“.²² Под утицајем свог секретара Димитрија Давидовића, дајући себи изглед „владатеља европејског“,

20 Шаркић „Зачеци правне државе у устаничкој Србији“, *Владавина права и правна држава у региону*, 776, 777.

21 Гавриловић, *Милош Обреновић II*, 325.

22 Цит. према: Павловић „Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије 1804-1833“, *Србија и европско право I*, 136.

Милош се одлучио на доношење закона како би ставио до знања Европи да су Србијанци способни сами собом да управљају.

Конечно, на скупштини, јануара 1830. године, кнез Милош је објавио рад на законима овим ријечима: „Дао сам за наш народ саставити судске законе. Пробрао сам из свију закона што је добро и полезно и што се код нас употребити може па да и ми међу нама не судимо од рамена, него по законима као што се и по свима осталим просвештеним и срећним државама ради.“²³ Више је разлога који су спријечили да се ова, намјеравана законодавна радња реализује. Једно је, пак, сигурно. За Србију, којој је Хатишериф од 1830. године признао независну унутрашњу управу, европски правни смјер је постао неотклоњива потреба.

3. „СРЕТЕЊСКИ“ ПОЧЕЦИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ

Конституционализација судске независности представља окосницу сваког система који почива на вриједностима правне државе.²⁴ Но, док је појам правне државе и владавине права растегљив, те измиче прецизном теоријском дефинисању, правна и политичка теорија аксиоматски стоји на становишту да је судска независност, како од других органа власти, тако и приватних лица и организованих друштвених група, по ријечима К. Левенштајна „завршни камен уставно-демократске државе“²⁵. Такође, ако је циљ правосуђа да осигура владавину закона а не људи, правосуђе мора да постигне што је могуће већу независност од политичких притисака.²⁶

Са настанком и развојем модерне правне државе, у условима функционалне подјеле власти, судство је обезбиједило позицију трећег, политички неутралног чиниоца. Но, растом утицаја носилаца других, политички орјентисаних грана власти (законодавне и извршне), уставне гаранције судске независности добијају на значају у свим државама које су се водиле идејом слободе, законитости, правне сигурности. За очекивати је да ће државе са дугогодишњим правним континуитетом у остваривању постулата владавине права, моћи лакше удовољити императивима независног судства. Било је, међутим, и оних које су институције правне државе изграђи-

23 *Ibid.*, 140.

24 Ирена Пејић, „Конституционализација судске независности-упоредно и искуство Србије“, у *Зборник Правног факултета у Нишу 68/2014*, (Ниш:2014) 171.

25 Цит. према: Дарко Симовић, „Владавина права и институционалне претпоставке независности судства у Србији“, *Владавина права и правна држава у региону*, (Источно Сарајево: 2014), 161.

26 „Судови нису“, каже Т. Флајнер, „својина владара, свештеника, нити политичара високог ранга. Људима би требали да владају закони, а не људи.“ Вид. шире: Томас Флајнер, „Независност судства“, *Анали Правног факултета у Београду 4/2009*, 102.

вале упоредо са стварањем саме државе. Управо је Кнежевина Србија такав примјер. С намјером обнављања своје државности и изграђивања модерних јавноправних установа, деветнаестовјековна Србија, је постепено у свој уставни поредак уграђивала и институционална јемства судске независности.²⁷

До уставног уређења судске власти и независности судства у Србији дошло је тек након што је „створена владалачка власт коју је требало уставом ограничити“.²⁸ Све до доношења Сретењског устава, у Србији је примјењивано начело недемократског јединства власти, с концентрацијом свих овлашћења у рукама кнеза Милоша.²⁹ Инсистирање на доношењу „конституције“, како од старјешинске опозиције, тако и од учених људи тадашње Србије, значило је да Милош треба пристати на самоограничење власти, поготово кад је ријеч о судству с обзиром да од судске пресуде често зависе највиша и највриједнија човјекова добра (част, слобода, имовина, па и сам живот).³⁰

У изнова рођеној српској држави, идеје модерне европске просвјетитељске мисли поново покушавају пронаћи плодно тле. Наизглед заборављена, Грујовићева идеја успостављања владавине закона, правде, слободе и разума, нашла је свог сљедбеника у личности Димитрија Давидовића, првог српског уставотворца. Ако је Божа Грујовић, први у Србији, поставио уставни проблем и покушао начелно да га ријеши, Димитрије Давидовић се може сматрати првим који је уставном проблему дао, бар начелно, коначан израз.³¹ У оквиру настојања да се Кнежевина Србија уврсти у ред неколицине европских земаља чији правни поредак отјеловљује идеју правне државе, неизоставно је било питање адекватне конституционализације судске независности као темељне претпоставке те и такве државе. Европеизација правосуђа, управо је најављена Сретењским уставом.³²

27 Танасије Маринковић, „Јемства судијске независности у Уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 134,161.

28 Слободан Јовановић, „Наше уставно питање у XIX веку“, *Политичке и правне расправе II*, (Београд: 1990), 13.

29 Миодраг Јовичић, *Лексикон српске уставности 1804-1918*, (Београд: 1999), 205.

30 Указујући на потребу правног осигуравања најважнијих људских добара, живота, имања и части, Вук Караџић, у писму упућеном кнезу 1832. године, савјетује га да се одрекне самовоље, те да народу да „правицу“ или као што се у Европи обично говори „конституцију“. И један од захтјева учесника Милетине буне је обезбјеђење живота и имања, односно обезбјеђење личних и имовинских права свих грађана Србије. Вид. шире: Марко Павловић, *Српска правна историја*, (Крагујевац: 2005), 263.

31 Снежана Савић, „Либерално природно право у историји српске уставности. (Схватања Јована Стејића, Димитрија Давидовића и Јована Хацића)“, *Два века српске уставности*, (Београд: 2010), 86-90.

32 Марко Павловић, „Европеизација правосуђа Србије 1835-1914“, *Србија и европско*

Давидовићу, као добром познаваоцу европске уставности, очито није промакло важно правило модерне државе по којем судски систем нужно функционише у условима подјеле власти која подржава независно судство као гаранцију правне државе. У смислу Монтескјеовог упозорења да слободе нема ако судска власт није одвојена од законодавне и извршне, те полазећи од чињенице да је постојање судова као самосталних државних органа од пресудног значаја за независно изрицање правде, Сретењски устав представља први покушај раздвајања три власти: законодавне, законизвршитељне и судејске (чл. 5). У самој разради начела подјеле власти уставотворац је, ипак, остао недосљедан, не само при раздвајању законодавне од извршне власти (чл. 6), него и при издвајању треће, судске власти од прве двије. Тако се у чл. 78, ст. 1 Устава, наводи да „руководство правосудија предаће се судовима који ће се, по обнародовању српског закона, у три степена установити“. Док се та организација не уведе, судска власт припада окружним судовима, Великом суду у другом степену, као апелацији и Совјету државном, који ће одредити једно одјељење као суд трећег и посљедњег степена. Управо судска надлежност Државног савјета у трећем и посљедњем степену, а ријеч је о органу који, по Уставу дијели законодавну и извршну власт с кнезом, показује да прокламовано начело подјеле власти није, ни у погледу судске власти, досљедно спроведено. Без обзира на наведене недосљедности, евидентна је интенција уставотворца да, у духу модерних европских стандарда, пружи гаранције самосталности судова као посебних државних органа.

Сходно универзалним вриједностима правне државе, логична је и непрекинута човјекова потрага за друштвеним поретком у коме ће законитост, прије свега, да се уважава и примјењује.³³ Начело највишег ауторитета закона познавала је још и српска средњевјековна правна традиција.³⁴ Визију правне државе у којој ће се путем „добре конституције“ установити „добро уређена власт под законом“ као услов слободе и сигурности грађана, имао је, као што је већ речено, и Божа Грујовић. С отпочињањем конституционализма у Србији, потреба за искључењем свих облика државне самовоље, нарочито у раду судова, добија још више на вриједности. Ако је циљ правосуђа да осигура владавину закона а не људи, правосуђе мора да постигне што је могуће већу независност од политичких притисака. Другим ријечима, начелом легалитета суд се подводи под право чиме се искључује арби-

право V, (Крагујевац: 2001), 65.

33 Драган М. Митровић, „Начело законитости“, *Анали правног факултета у Београду*, 1-2/2004, 56-65.

34 Историјски, најстарији и најилустративнији примјер прокламације начела законитости у раду судова, Србија је имала у вријеме Немањића (чл. 171 и чл. 172 Душановог законика). Вид. шире: Борислав Благојевић, *Законик цара Душана, основ законитости средњевјековне српске државе*, (Скопље: 1939), 86-100.

трарност и примјена разлога политичког опортунитета у раду правосуђа.³⁵

Увиђајући значај начела законитости у раду судова, односно у процесу примјене права, Сретењски устав садржи једну „deskriptivnu и нарочито инструктивну формулацију“³⁶ у којој „судија не зависи у изрицању своје правде ни од кога у Србији до од законика српског; никаква ни већа ни мања власт нема право одвратити га од тога или заповедати му да другачије суди него што му закон прописује“ (чл. 80). Прокламавањем начела легалитета којим се судије, у процесу примјене права, вежу искључиво за закон, гарантује се онај аспект судске независности познат у уставноправној теорији под појмом функционалне или супстанцијалне независности.

Свеобухватно сагледавање формалних гаранција судске независности подразумијева и анализу јемстава тзв. личне (персоналне) независности судија, па се поставља питање како се први устав нововјековне Србије носио са прилично бројним корпусом њених гаранција које је изњедрила модерна европска правна традиција. Међу њима, сталност и непокретност судијске функције, судијски имунитет, као и јемство задовољавајућег материјалног положаја судија, представљају саму срж заштите личности судије и његовог судијског статуса. Ипак, увидом у општу историју уставности, може се закључити да су први модерни уставни документи најдоследнију заштиту пружали начелу сталности судијске функције.³⁷ Она подразумијева да судијска функција не може престати него *ex iustis causa*, а нарочито да она не може престати административним путем – једностраним и необразложеним прекидом функције вољом управне власти. „Судија који се може сменити или опозвати“, тврди Б. Констан, „опаснији је од судије који је купио своју функцију. Купити своје намештење мање је корумпирајућа ствар него се стално прибојавати да се ова не изгуби“.³⁸

За судију као непристрасног дјелиоца правде од изузетне важности је, не само уставна гаранција судијске службе, него и уставна заштита судијског положаја од евентуалних пријетњи законодавне и извршне власти промјеном тог положаја, премијештањем или суспензијом. Евидентно је да непокретности судијске функције, као и потреби разликовања исте од појма судијске сталности, ни поједини европски уставни нису успјели пружити

35 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, (Београд: 1995), 617.

36 Танасије Маринковић „Јемства судијске независности у Уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 145,146.

37 Сталност судијске функције, као гаранцију персоналне независности судија, регулише већ енглески Закон о престолонаслеђу од 1701. године. Такође га предвиђа и Устав САД-а од 1787. године (чл. 3, од. 1) као једну од свега двије гаранције судијске независности. Коначно, од почетка 19. вијека до данас познају га и готово сви француски уставни.

38 Цит. према: Ирена Пејић “Конституционализација судске независности-упоредно и искуство Србије“, у *Зборник Правног факултета у Нишу* 68/2014, 162.

одговарајућу пажњу.³⁹

Када је ријеч о Сретењском уставу и нормирању ова два блиска, али и различита механизма личне независности судија, прво што пада у очи је да се у глави седмој под насловом „Власт судејска“, о њима ништа не говори. Но, у глави дванаестој која носи наслов „Права чиновника“, свим чиновницима се гарантује сталност (чл. 133, ст. 1) и непокретност (чл. 133, ст. 2 и 3), па се може основано закључити да су такав статус уживале и судије.⁴⁰ Гарантујући сталност и непокретност судија кроз општи положај чиновника, дакле на посредан начин, сретењски уставотворац је показао извјестан степен несналажења при њиховом нормирању. Такав приступ овако битним механизмима личне независности судија је, између осталог, производ одсуства прецизног уставног нормирања истих и код појединих европских уставних модела на која се српски уставотворац угледао. У сваком случају, потреба да Србија своју независну унутрашњу управу приближи модернијем европском окружењу, подразумијевала је, како професионалног чиновника, тако и судију од ауторитета. У том смислу, треба цијенити настојање српског уставотворца да, макар то не било експлицитно, обезбиједи такав положај судија који ће им омогућити да објективно и непристрасно суде, јер само тако ће моћи стећи повјерење грађана.

Лична независност судија претпоставља и гаранције судијског имунитета, као и јемства задовољавајућег материјалног положаја судије. Уставноправна теорија, али и европска правна пракса, свесрдно су указивале на њихов значај.⁴¹ Истина, ни у вријеме доношења првих устава на европском и сјеверноамеричком континенту, није се у довољној мјери препознао значај судијског имунитета као јемства независног вршења судијске функције. Стога не чуди што га ни први устав нововјековне Србије не познаје. Такође, с обзиром на незавидну социјалну и економску реалност српске државе, битно различиту од европске, за очекивати је да се и по питању уставних гаранција материјалне обезбијеђености судија, остало имуно.⁴²

39 То је случај са француским уставима, почевши од Уставне повеље из 1814. године. С друге стране, Устав Белгије од 1931. године (чл. 100) један је од оних који је подвукао јасну разлику између сталности и непокретности судија. Вид. шире: Танасије Маринковић „Јемства судијске независности у Уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 150.

40 Чл. 133, ст. 1 гласи: „Чиновници, наименовани од Књаза остају таковима за живота, и докле буду способни к звању.“ Чл. 133, ст. 2 и 3 гласи: „Чиновници се могу премештати из места у место само у оно звање у којем су били.“ Такође „чиновници могу само напредовати у служби, не могу се премештати на нижа звања.“ Као што се може примјетити, код унапређења судија у виша звања изостала је сагласност судије.

41 Вид. шире: Јован Ђорђевић, *Уставно право*, (Београд: 1978), 809; Ђорђе Тасић, *О јемствима судске независности*, (Београд: 1935), 15.

42 За разлику од питања судијског имунитета, значај материјалне обезбјеђености судија

Као легитимни циљ у стварању вриједносног поретка, независно судство може бити остварено само кроз сагласност свих неопходних елемената. Установљење коректног нормативног оквира, кроз уставне гаранције независног судства, само је први, премда нужан корак на том путу. Но, уставне гаранције нису саме по себи довољне. Да би поредак ефективно функционисао сходно стандардима правне државе, потребно је имати и одговарајући друштвени амбијент у коме се независно судство развија и штити, а који подразумева, прије свега, изграђену правну свијест и политичку културу. Са Сретењским уставом и конституционализацијом судске независности, направљен је квалитативан помак напријед у односу на претходни период. Обимом и садржајем формалних гаранција судске независности он је, у доброј мјери, успијевао пратити своје европске узоре, без обзира на уочене недоследности и недоречености.

У основи Давидовићевог уставног концепта правне државе са независним судством као темељним постулатом, садржана је идеја слободе, једнакости, законитости, правне сигурности, али и државне самосталности. Те идеје су нарочито дошле до изражаја у глави једанаестој Устава, под насловом „Општенародна права Србина“ гдје су, по узору на француску Декларацију о правима човјека и грађанина, побројана готово сва класична лична права као што су једнакост пред законом, право на законито суђење, *habeas corpus* и др.⁴³ Но, како помирити идеју слободе појединца са интересима монархијске државне власти? Како искористити напредна достигнућа европске уставности, а притом имати слуха и за реалне друштвене, политичке и културолошке прилике српског друштва и државе? Најзад, како измирити модерну Европу са оном реакционарном? У покушају да ријешу горућа питања српске уставне проблематике тог времена, први српски уставотворац је и остао само на покушају. Сретењски устав је очито био прерађен плод српске уставности. Но, историјски промашај свакако није био.

као услова судијске независности је, у општој историји уставности, рано уочен. Потврду тога, налазимо већ у енглеском Закону о наслеђивању од 1701. године (дио трећи), Уставу САД-а од 1787. године (чл. 3, од. 1) као и Уставу Белгије од 1831. године (чл. 102).

43 Осим тога, доношење Сретењског устава је један револуционаран чин, с обзиром да је представљало неку врсту Србијине декларације о независности. Њим је требало да се заснује правни поредак самосталне Србије, која би имала сва обиљежја државности, од државних симбола, до права на самостално доношење устава, мимо Турске. Накнадно ће се показати да се Србија на сретењској скупштини правно протегла преко своје реалне политичке снаге јер ће велике силе (Турска, Русија и Аустрија) ускратити подршку том уставотворном подухвату. Вид. шире: Марко Павловић „Европеизација правосуђа Србије 1835-1914“, *Србија и европско право V*, 266-269; Ратко Марковић, „Питање државности Србије током њеног уставног развитка“, *Уставни развитак Србије током 19. и почетком 20. века* (у даљем тексту: *Уставни развитак Србије...*), (Београд: 1990), 49,51.

4. „ТУРСКИ УСТАВ“ – ПОСТАВЉАЊЕ ТЕМЕЉА МОДЕРНОГ СУДСТВА

За унутрашње уређење нововјековне Србије, доношење устава је, не само претпоставка за увођење реда и законитости, већ и значајан корак у правцу стварања правне државе.⁴⁴ Стога није случајност што је идеја уставности и то у најмодернијем облику, хватала снажне коријене још у вријеме дјелимично извојеване независности.⁴⁵ Штавише ни Порта, а ни поједине реакционарне велике силе (Русија и Аустрија), нису могле спријечити афирмацију модерне уставности у деветнаестовјековној Србији. Стога, стављање ван снаге Сретењског устава, није значило скидање с дневног реда уставног питања. Напротив, захтјев за конституцијом био је тако снажан да се о њега нико није више могао оглушити, па ни сам кнез Милош. Након интензивног трогодишњег рада на изради нацрта новог устава Кнежевине Србије, како од стране појединаца⁴⁶ и различитих комисија, тако и од представника великих сила, рјешење је нађено у издавању устава путем султанове својеручно потписане наредбе, Хатишерифа од 1838. године. Такозвани Турски устав је био резултат компромиса између Русије, Турске и кнежеве опозиције. Порта је њиме потврдила своју врховну власт над Србијом, Русија свој протекторат и утицај, а старјешинска опозиција прилику да преко Савјета институционализује своју власт на рачун кнеза.

Основна идеја твораца Устава била је увођење ограничене уставне монархије са знатно смањеном улогом кнеза. Стога је питању организације власти посвећена нарочита пажња. У прилог томе иде и бројчана супериорност одредаба о организацији власти (од укупно 66 чланова, готово трећина је посвећена судској власти) у односу на одредбе о људским правима као значајном сегменту свих модерних устава. Конституисање српске државе и организације нове власти, показало је да организација власти није само једно техничко питање већ инструмент успостављања одговарајућег процеса вршења власти. Отуда је питање организације власти било *par excellence*

44 Љубица Кандић, „Уставноправни развој Кнежевине и Краљевине Србије (до 1918. године)“, *Уставни развитак Србије...*, (Београд: 1990), 20.

45 Вид. шире: Стеван Врачар, „Утицај епохалних идеја на српске уставе“, *Уставни развитак Србије...*, 61-70.

46 Један од уставних нацрта потекао је од Јована Хацића, угледног правника школованог у Аустрији, који је дошао у Србију да заједно са В. Лазаревићем ради на изради закона. Ј. Хацић се при изради нацрта руководио, прије свега, правом који је српски народ тад имао, постојећим обичајима који владају у народу, народним потребама које треба исказати законом. Свакако је, по њему, битно и поштовање принципа разума и правичности као темеља сваке уређене државе. Јаша Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, (Београд: 1936), 77.

политичко питање.⁴⁷ Самим тим је и принцип подјеле власти био у функцији рјешавања актуелне друштвене и политичке проблематике. За разлику од Сретењског устава, тзв. Турски устав не говори о посебним властима, али издваја „Правосуденије“ повјерено тростепеној судској организацији.⁴⁸ Прописујући да „никакав чиновник Књажества, грађански или војени, виши или нижи не може мешати се у дела пред поменути три суда, но они само могу бити позвани за извршеније њени пресуда“ (чл. 44), као и да „никакав чиновник, ни грађански ни војени, не може ни само привремено намјештен бити у Судовима“ (чл. 56), Устав је посредно, али недвосмислено успоставио судску власт као независну и самосталну. Ипак, извјесна недоследност и противрјечност при прокламовању начела судске независности, може се уочити освртом на чл. 21, Устава по којем је попечитељ правосуђа имао „примити и решавати жалбе које би подане биле против судија“. Хатишериф заводи и одређене обавезе инкомпатибилитета за судије: „Људи од закона, имајући званија Судијска, неће моћи нигда променути службу, ни получити мјеста другкуда, кромје у Судовима, и бит’ће дужни занимати се искључително у свом усовершенствованију у части Судијској“ (чл. 55).

Од гаранција личне независности судија, Хатишериф од 1838. године, опет на посредан начин, нормира сталност судијске функције, али не кроз положај чиновника, како је то било у Сретењском уставу, већ путем одговарајућег поступка утврђивања одговорности судије. Гаранција сталности судијске функције је, архаичним рјечником утврђена у чл. 42 Устава који гласи: „Никакав член суда не може бити сбачен под предложенијем да је он изступио из своји дужности пре него што ствар буде доказана у Правосудију по уредбама“.

С конституционализацијом једне, ако не сасвим независне, а оно одвојене судске власти, постављени су основи за нови почетак у развоју правосуђа Кнежевине Србије. О намјери увођења новог правног поретка, поретка правне сигурности, изјаснио се сам султан у чл. 27 Устава. „Моја нарочита воља јест“, каже султан, „да житељи Србије, поданици моје високе Порте, буду зашчишћени и њинима добрама, њиним лицима, њивој чести и њивом достојности, и ова иста воља Царска противна је тому да какво лице, буди које бес суда буде лишено своји права грађански или да буде изложено каквому гоненију или казненију каквом му драго“. С том

47 Павле Николић, „Идеје поделе власти у српским уставима“, *Уставни развитак Србије...*, 107.

48 За разлику од судске власти, Устав од 1838. године није био досљедан по питању подјеле између законодавне и извршне власти. Устав, заправо, не помиње постојање посебне законодавне, нити посебне извршне власти, али се на основу чл. 3 и чл. 4. Устава може закључити да је кнезу повјерена извршна власт, а на основу чл. 11. Устава произилази да је законодавну власт дао на заједничко уживање и кнезу и Савјету. Јовичић *Лексикон српске уставности 1804-1918*, 88, 96.

намјером се и прописује организовање три врсте суда. По селима су се имали установити примирителни судови, у сваком од седамнаест округа по један окружни суд, а трећи биће Апелациони суд у главном мјесту Правитељства. Као што се може примијетити, Савјет није имао судских атрибуција. Као Врховни суд није функционисало његово једно одјељење, као по Сретењском уставу, већ један нарочито установљен Апелациони суд. Строго одвајање административне од судске власти је једна од главних тековина „Турског устава“.

Поред слабости, којих су били свјесни и сами уставобранитељи⁴⁹, султановом Хатишерифу од 1838. године могу се приписати још неке вриједности значајне помена. Историјски гледано, његов највећи значај се огледа у постављању темеља новог правног поретка у Србији. Њиме је, заправо, атрибуту уставности Србије придодата и форма правне државе.⁵⁰ Основна идеја политичких снага које су извојевале Устав је обезбјеђење свачије приватне сопствености. Зато су били потребни писани закони који ће приватноправне сопствености признати и дефинисати. Требало је, међутим, имати и судове пред којим ће се бранити права стечена на основу закона. Отуда и толика нормативна посвећеност установи суда. Поштовање „Турског устава“, у сегменту правног обезбјеђивања приватног живота грађана, значило је да се убудуће иста нису могла изгубити друкчије него усљед судске пресуде „која би била чиста од свачије, па и од кнежеве самовоље“.⁵¹

Иако у основи нелибералан и бирократски, уставобранитељски режим је представљао значајан корак напријед у односу на претходни период. На основу бројних закона којима се судска власт непрестано устројавала и преустројавала, евидентна је била намјера да се, сходно одредбама Устава, афирмише начело судске независности.⁵² С друге стране, идеја о гаранцији судске независности је, у самој правној и политичкој пракси, наилазила

49 На коначну редакцију Устава пресудан утицај нису имали школовани правници него практични политичари, како са турске, тако и са српске стране. Отуда је Устав на многим мјестима остао непрецизан, несистематичан, недосљедан и сл. У том смислу је и сегмент личних права остао неувјерљив, не само малобројношћу одредби, него и расутошћу истих по цијелом уставном тексту.

50 Радош Љушић, „О Уставу од 1838. године“, *Уставни развитак Србије...*, 30-32; Јанко Ницковић, *Уставни развој Србије 1804-2006*, (Београд: 2007), 81.

51 Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, (Београд: 1912), 27.

52 Тако је питање судске независности покренуто крајем 1857. године поводом Пројекта закона о Касационом суду. Савјетска комисија је у Пројекат закона унијела одредбу „да се судије првостепеног и Апелационог суда, као и поједине судије Касационог суда, не могу под суд дати за званична иступљенија без претходног одобрења Касационог суда“. Но, на супротним позицијама били су они који су, с позивањем на чл. 21. Устава, сматрали да попечитељ може како хоће судије под суд дати. М. Павловић „Европеизација правосуђа Србије 1835-1914“, *Србија и европско право V*, 80, 81.

на бројне странпутице. Противрјечност самих уставних одредби о судској независности (чл. 44 и чл. 21) као и појединих закона којима су те одредбе разрађиване, доприносила је, у одређеној мјери, злоупотребама тог начела. Осим тога, пракси наметања воље судијама, било од стране кнеза, било од самих попечитеља, погодовала је изразита нешколованост судијског кадра, као и ниска правна свијест српског друштва генерално.⁵³

С писаним законима продирао је, истина споро, у јавни живот Србије идеја да органи власти треба да раде по напријед утврђеним правилима, а не по својој промјенљивој личној вољи, те да у држави треба да влада устав и закон, а не воља кнежева.⁵⁴ Велики допринос афирмацији идеје законитости а тиме и судске независности, дао је Јован Хацић, први модерни српски законописац. Заједно с Божом Грујовићем и Димитријем Давидовићем, Ј. Хацић, по ријечима Слободана Јовановића, „спада у ред оних истина наивних, али добронамерних Срба из Аустрије, који су у наш политички живот први унели идеју о праву и покушали да од једне земље још примитивне, с патријархалним појмовима и хајдучким намерама, начине модерну државу“.⁵⁵ Колико је сам Хацић вјеровао да се у једној патријархалној средини може завести владавина права, тешко је рећи. Чињеница је, међутим, да је са уставобранитељским режимом наступио период, ако не праве законитости, а оно бар писаних закона.

Темељи уставобранитељског правосуђа, постављени Турским уставом, су се током његовог важења непрестано обнављали. С обзиром да је правосуђе својеврсно „унутрашње огледало државе“⁵⁶, питање судске организације, а с њим и судске независности, се постављало као приоритетно у оквиру законске регулативе. Након краткотрајне друге владавине Милоша Обреновића, обиљежене непоштовањем Устава и закона, његов син Михајло Обреновић започиње своју, такође другу владу, постављајући се као чувар законитости и судске независности. У својој престоној бесједи он каже: „Нека сваки зна да је закон највиша воља у Србији, којој се сваки без разлике покоравати мора“.⁵⁷ Заиста, идеја о гаранцији судске независности из, раније споменутог Пројекта од 1857. године, ући ће у кнез Михајлов

53 У свом дјелу „Уставобранитељи и њихова влада“ (стр. 37), С. Јовановић износи поражавајуће податке о личном саставу судова у вријеме издавања Српског грађанског законика од 1844. године. Ситуација са предсједницима судова је била сљедећа: „Тројица су неписмени, десеторица писмени су толико да се могу потписати; тројица су учили још нешто осем основне школе, само је један правник“. Слична је ситуација била и са члановима судова.

54 *Ibid.*, 304.

55 Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе II*, (Београд: 1908), 299.

56 Љушић, *Историја српске државности II; Србија и Црна Гора – нововјековне српске државе*, 171.

57 Цит. према: Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михајла*, (Београд: 1923), 91.

Закон о устројству судова од фебруара 1865. године. Тим Законом прописано је да „Касациони суд решава на захтевање министра правде, да ли у поједином случају по принешеним доказима, има основа да се који судија због злочинства или преступленија учињени у случајима чл. 109, 120 и 127 Казнителног законика, под суд да, или да одговара само за накнаду штете учињене вршењем званичне дужности“.⁵⁸

Мијењајући уставним законима формално важећи Турски устав, Михајло Обреновић је бирао уставни модел који ће му омогућити да, завођењем личног режима, модернизује државну управу. Начело подјеле власти, ни овај пут није изричито нормирано, али је било основ организације власти Кнежевине.⁵⁹ За разлику од законодавне и извршне власти, судска власт је, како се чинило, измицала кнежевом ауторитету. Да се, у правној сфери, све јасније оцртавало начело судске независности говори и чл. 11 Закона о чиновницима, којим је прописано да се „судијама у изрицању правде никакви налози одпуштати не могу“. Додуше, користећи се правом „објасњавања“ (тумачења) закона (чл. 6 Закона о Државном савјету), министри су могли донекле утицати на судску власт.

Извјестан помак у односу на уставобранитељски период направљен је у погледу ефикасности и стручног нивоа рада, с обзиром да се незнање и неписменост судија све више искорјењивало. По судовима је било све више свршених правника, а у вишим друштвеним слојевима више правне свијести. Тиме је постепено сужаван простор за утицај политичке државне власти на судство. Све у свему, и поред извјесног става владајућег режима да судови треба да подлијежу владиној контроли⁶⁰, самосталност и независност судова је јачала, а преко ње и правна држава.

58 *Зборник закона и уредаба издани у Књажеству Србији XVIII*, 37; Павловић. „Европеизација правосуђа Србије 1835-1914“, *Србија и европско право V*, (2001), 81.

59 Обећану законитост, благостање и јединство управе, кнез Михајло је намјеравао реализовати путем једне јаке владалачке власти која је, по њему, неопходна земљи каква је била тадашња Србија. У покушају да, последице патријархалног деспотизма свог оца заведе просвећени деспотизам, он модернизовану извршну власт присваја себи, а законодавну власт дијели са обеснаженим Државним савјетом. Вид. шире: Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе I*, (Београд: 1908), 27; С. Јовановић (1923), 103,281.

60 Својеврсни удар на независност и самосталност судова десио се у афери познатој као „Пропаст Великог суда“, која је у негативном тону обиљежила Михајлову другу владавину. Судије Великог суда су, на основу Закона који је имао ретроактивно дејство, смијењене, оптужене и осуђене јер су ослободиле 40-так завјереника који су наводно планирали смјену на престолу. То је испровоцирало кнеза због чега се и одлучио да покрене поступак против њих, подређујући судство политици. Вид. шире: Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михајла*, (Београд: 1990), 432-442.

5. ЗАКЉУЧАК

Неспорна је и давно уочена чињеница да је независно судство иманентна особина сваког система које почива на вриједностима правне државе. Настала у 19. вијеку, у оквиру подјеле власти, а на темељу потребе одвајања судства од извршне власти, судска независност се даље развијала у правцу јачања правне заштите судске власти од свих облика политичког или другог утицаја.

С конституционализацијом судске независности, као кључне институционалне гаранције владавине права, уставотворац изражава начелан став о основним вриједностима правног поретка. Стога избор уставног модела којим ће се, уз уважавање општеприхваћених вриједности модерног конституционализма, установити властити вриједносни поредак, представља први значајан корак ка усавршавању демократске уставности. Сходно томе, и уставно обликовање савремене Србије требало би подразумијевати нужан обзир према општим европским уставним вриједностима, али и уважавање властите посебности, у историјском и културолошком смислу. Стога би, у сопственом историјском искуству, требало потражити, ако не непосредна и готова правна рјешења, а оно историјске лекције свакако.

Српска нововјековна правна традиција, у сегменту судске независности као примарног постулата правне државе, илуструје један сложен и мукотрпан процес прилагођавања српске патријархалне средине модерним европском окружењу. Изграђивање институција правне државе у вријеме обнављања саме српске државности је успоравало пут правне европеизације, али га није зауставило. Управо с погледом на европске узор, започиње и конституционализација судске независности у смислу прокламовања формалних гаранција, како функционалне, тако и личне независности судија. Најављујући европеизацију правосуђа, Сретењски устав је номинално био на висини ондашње модерне европске уставности. До тог закључка се могло доћи анализом правног обликовања судства, као треће гране власти, али и освртом на нормативна рјешења којима се обезбјеђивала заштита људских права. Но, номинална модерност Сретењског устава се показала претјераном и преурањеном са аспекта реалног друштвеног амбијента у коме је требало да се примјењује. Отуда је проистекла и његова краткоживотност.

С друге стране, по својој форми султанов Хатишериф, а по садржају органски статут једне турске аутономне провинције, тзв. Турски устав, ни номотехнички, ни идејно није био на висини свог претходника, али је као реалнији илустратор оновремених прилика, обиљежио уставни развој Србије за читавих тридесет година, што ефективно (1838-1858), што формално (1858-1869). Укупношћу својих одредби, Устав од 1838. године је поставио солидну правну основу за даљу афирмацију начела законитости и судске независности, односно за увођење правног поретка којим ће се обез-

биједити лична и имовинска сигурност, као и грађанска права. Оба српска устава, која су обиљежила прву половину 19. вијека, потврдили су правило да нити идеално добар устав може створити идеално добро друштво, нити, пак, постоји толико лош устав који би могао спријечити настанак и развитак снага које ће, у одређеном тренутку, успјети да се изборе за бољи устав и боље уставно уређење. Стога је сваки устав нужно оцјењивати и према достигнутом степену фактичке уставности.

Zdrava Stojanović⁶¹

THE BEGINNINGS OF CONSTITUTIONALIZATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE CONTEXT OF LEGAL EUROPEANIZATION OF MODERN SERBIAN STATE

***Summary:** In the segment of judicial independence as a primary guarantee of legal state, modern Serbian legal history shows a complex process of Serbian patriarchal society adjusting to more modern European environment. Building the institutions of legal state, at the time of Serbian statehood restoration, did slow down the process of legal Europeanization, but could not stop it. In regard to some European models, the constitutional editing of judicial independence started in terms of proclaiming some basic formal guarantees of both functional and personal independence of judges. In respect to this issue, the Candlemas Constitution (Sretenjski ustav) corresponded to the then modern European constitutionality. However, its modernity proved to be excessive and premature for Serbian social, political and cultural conditions. On the other side, the Turkish Constitution, which could not be compared to its antecedent neither structurally nor conceptually, marked the Serbian constitutionality for many years as a more realistic indicator of then conditions in Serbia. By the totality of its provisions, the Constitution of 1838 set an appropriate base for further affirmation of legality and court independence principles, and through them, of legal state.*

***Key words:** constitution, legal state, rule of law, judicial independence*

61 Associate professor, Law School, Banja Luka University

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамовић, Сима. Станимировић, Војислав, Упоредна правна традиција, Београд 2007;
2. Баста, Р. Лидија, Политика у границама права – студија о англосаксонском конституционализму, Београд 1984;
3. Благојевић, Борислав, Законик цара Душана, основ законитости средњовјековне српске државе, Скопље 1939;
4. Врачар, Стеван, Утицај епохалних идеја на српске уставе, Уставни развитак Србије током 19. и почетком 20. века, Београд 1990;
5. Гавриловић, Михајло, Милош Обреновић II, Београд 1908;
6. Гавриловић, Михајло, Милош Обреновић II, Београд 1909;
7. Ђорђевић, Јован, Уставно право, Београд 1978;
8. Јанковић, Драгослав, Српска држава Првог устанка, Београд 1984;
9. Јовановић, Слободан, Наше уставно питање у XIX веку, Политичке и правне расправе II, Београд 1990;
10. Јовановић, Слободан, О држави, Београд 1922;
11. Јовановић, Слободан, Политичке и правне расправе I, Београд 1908;
12. Јовановић, Слободан, Политичке и правне расправе II, Београд 1908;
13. Јовановић, Слободан, Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858), Београд 1912;
14. Јовичић, Миодраг, Лексикон српске уставности 1804-1918, Београд 1999;
15. Кандић, Љубица, Уставноправни развој Кнежевине и Краљевине Србије (до 1918. године), Уставни развитак Србије у 19. и почетком 20. века, Београд 1990;
16. Кркљуш, Љубомирка, Правна историја српског народа, Нови Сад 2004;
17. Лок, Џон, Две расправе о влади, Београд 2002;
18. Љушић, Радомир, Историја српске државности II; Србија и Црна Гора – нововјековне српске државе, Нови Сад 2001;
19. Љушић, Радош, О Уставу од 1838. године, Уставни развитак Србије у 19. и почетком 20. века, Београд 1990;
20. Маринковић, Танасије, „Јемства судијске независности у Уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, Анали Правног факултета у Београду 2/2010;
21. Марковић, Ратко, Какав треба да буде Устав Србије, Уставно питање у

- Србији, Ниш 2004;
22. Марковић, Ратко, Питање државности Србије током њеног уставног развитка, Уставни развитак Србије током 19. и почетком 20. века, Београд 1990;
 23. Марковић, Ратко, Уставно право и политичке институције, Београд 1995;
 24. Митровић, М. Драган, „Начело законитости“, Анали правног факултета у Београду, 1-2/2004;
 25. Ненадовић, Матија, Мемоари, Београд 1980;
 26. Николић, Павле, Идеје поделе власти у српским уставима, Уставни развитак Србије у 19. и почетком 20. века, Београд 1990;
 27. Ницовић, Јанко, Уставни развој Србије 1804-2006, Београд 2007;
 28. Павловић, Марко, Европеизација правосуђа Србије 1835-1914, Србија и европско право V, Крагујевац 2001;
 29. Павловић, Марко, Развитак права, Нови Сад 2013;
 30. Павловић, Марко, Српска правна историја, Крагујевац 2005;
 31. Павловић, Марко, Услови, идеје и разлози за правну европеизацију Србије 1804-1833, Србија и европско право I, Крагујевац 1997;
 32. Пејић, Ирена, Конституционализација судске независности-упоредно и искуство Србије, Зборник Правног факултета у Нишу 68/2014;
 33. Петров, Владан, Ка моделу модерног устава за Србију, Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења, Београд 2015;
 34. Поповић, Драгољуб, Стварање модерне државе, Београд 1994;
 35. Продановић, Јаша, Уставни развитак и уставне борбе у Србији, Београд 1936;
 36. Савић, Снежана, Либерално природно право у историји српске уставности. (Схватања Јована Стејића, Димитрија Давидовића и Јована Хацића), Два века српске уставности, Београд 2010;
 37. Симовић, Дарко, Владавина права и институционалне претпоставке независности судства у Србији, Владавина права и правна држава у региону, Источно Сарајево 2014;
 38. Тасић, Ђорђе, О јемствима судске независности, Београд 1935;
 39. Флајнер, Томас, „Независност судства“, Анали Правног факултета у Београду 4/2009;
 40. Хобс, Томас, Левијатан, Београд 1961;
 41. Шаркић, Срђан, Зачеци правне државе у устаничкој Србији, Владавина права и правна држава у региону, Источно Сарајево 2014;