



УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Однос између правне
сигурности и судијске
независности

HARMONISATION OF THE CASE LAW

Relationship between
legal certainty and
judicial independence

ИЗДАВАЧ

Друштво судија Србије
Београд, Алексе Ненадовића 24/1
www.sudije.rs

ЗА ИЗДАВАЧА

Драгана Бољевић, председница

ДИЗАЈН И ПРИПРЕМА ЗА ШТАМПУ

comma | communications design

ШТАМПА

Фидуција 011 Принт

ТИРАЖ

600 примерака



Штампање овог информатора омогућила је Мисија ОЕБС-а у Србији.
Ставови изражени у овој публикацији припадају искључиво ауторима и не одражавају нужно и ставове донатора.

САДРЖАЈ CONTENTS

УВОД / INTRODUCTION 4/5

**ДРАГОМИР МИЛОЈЕВИЋ /
DRAGOMIR MILOJEVIĆ** 8/9

**ДРАГАНА БОЉЕВИЋ /
DRAGANA BOLJEVIĆ** 18/19

Уједначавање судске праксе -
између правне сигурности
и судијске независности /
Harmonisation of the case law –
between legal certainty
and judicial independence

ГОРАН ИЛИЋ / GORAN ILIĆ 36/37

Утицај јавнотужилачке
и судске праксе на правну
сигурност у контексту новог
Законика о кривичном поступку /
The influence of jurisprudence
of public prosecutions and courts
on the legal certainty in the context
of the new Criminal Procedure Code

IRMGARD GRISS / IRMGARD GRISS 44/45

Уједначавање судске
праксе у Аустрији /
Harmonization
of Case Law in Austria

**DR. CHRISTIANE SCHMALTZ /
DR. CHRISTIANE SCHMALTZ** 52/53

Уједначавање судске праксе
у Немачкој и улога Европског
суда за људска права и Уставног
суда по овом питању /
Harmonization of case law
in Germany and the role of the
ECHR and the Constitutional Court in it

УВОД

Иако образовани правници, судије су људи, са својим карактером и сагледавањем друштвених односа и приоритета. Није страно ниједном друштву да судије, у ситуацијама чињенично и правно наизглед сличним, али не и истоветним, зависно од појединих околности, донесу различите одлуке. Када је то прихватљиво, а када постаје проблем?

Тема неуједначености судских одлука намеће се већ извесно време као једна од најважнијих у судству Србије.

У Србији су присутне честе, обимне и неусклађене измене закона, посебно процесних, којима је начело материјалне истине битно потиснуто начелом диспозиције а поступак, у погледу доказа, „препуштен” странкама. Мењане су и надлежности судова, посебно највишег. Почев од 2010. године надлежност Врховног касационог суда драматично је сужена подизањем ревизијског прага са 300.000 динара (нешто више од 3.000 евра) у споровима пред редовним

судовима, односно са 1.500.000 динара у привредним споровима (око 15.600 евра) на 100.000 евра у споровима пред редовним судовима и на 300.000 евра у привредним споровима. За само пет година извршене су две реформе „судске мреже”. Вишедеценијска организација судова, у којој је било 138 општинских судова, потпуно је промењена 2010. године формирањем 34 основна суда са 98 судских јединица, да би од 1.1.2014. године била повећана за 32 основна суда (укупно 66 основних судова), а број судских јединица смањен на 29. Континуирана обука судија практично не постоји годинама.

Последице недоследности судских одлука огледају се и у броју одлука које је Европски суд за људска права донео против Србије са тим у вези.

Да ли су само судије и судови одговорни за недоследне судске одлуке? Како решити питање недоследности судских одлука? Која су решења странпутице

INTRODUCTION

Though educated lawyers, judges are people with their own character and overview of the social events and priorities. It is not foreign to any society that judges, in situations factually and legally seemingly similar, though not the same, reach different decisions, depending on the individual circumstances. When is that acceptable and when does a problem arise?

The matter of unharmonised judicial decisions has, for some time, been imposed as one of the most important matters in Serbian judiciary.

In Serbia there are frequent, extensive and incoherent changes of the laws present, especially procedural ones, in which the principle of material truth is significantly suppressed by the principle of disposition and the very procedure is, in terms of evidence, "handed over" to the parties. The jurisdictions of the courts have been changed, especially that of the highest instance. As of 2010, the jurisdiction of Supreme Court of Cassation was dra-

matically narrowed by raising the review level from 300.000 dinars (slightly more than 3.000 euro) in disputes before the ordinary courts, i.e. from 1.500.000 dinars in commercial disputes (around 15.600 euro) to 100.000 euro in disputes before the ordinary courts and to 300.000 euro in commercial disputes. During the period of only five years, two reforms of the "court network" were undertaken. Decades-long organisation of courts, which consisted of 138 municipal courts, was completely changed in 2010 by formation of 34 basic courts with 98 court units, only until 1 January 2014 when additional 32 basic courts were founded (total of 66 basic courts), while the number of court units was decreased to 29. In-training of judges has practically been inexistent for years.

The consequence of inconsistency of judicial decisions is also reflected in the number of decisions that the European Court of Human Rights has brought against Serbia in relation to this matter.

пошто могу да утичу на независност судија, а која примерена и одговарајућа?

На међународној конференцији *Уједначавање судске праксе – однос правне сигурности и судијске независности*, одржане 10. јула 2015. године, којој је домаћин било Друштво судија Србије, учествовало је више десетина судија Србије, међу којима Драгомир Милојевић, председник Врховног касационог суда, његова заменица, судија Врховног касационог суда Снежана Андрејевић, као и судије Врховног касационог суда – председници одељења судске праксе Весна Поповић (у грађанској материји) и Љубица Милутиновић (у материји заштите права на суђење у разумном року), председници и представници одељења судске праксе сва четири апелациона суда, судије највећих виших и основних судова, као и Горан Илић, председник Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, председница Друштва судија Србије и њен заменик и чланови УО Друштва судија Србије.

Искуства у вези са доследношћу судских одлука у својим државама поделили су и Ирмгард Грис, дугогодишња председница Врховног суда Аустрије у пензији и заменски судија Уставног суда Аустрије, Марко Пивети, судија Врховног касационог суда Италије и Кристијан Шмалц, судија Апелационог суда области Шлезвиг-Холштајн и немачки *ad hoc* судија Европског суда за људска права у Стразбуру.

Публикација у Вашим рукама је подсетник на догађај у коме су се јасно искристалисала два закључка:

- Исто колико доступност и предвидивост правде и правна сигурност, сваком друштву неопходна је независност судија, која је предуслов њихове непристрасности и правичног суђења за грађане.
- Доследност судских одлука успоставља се не наметањем обавезности судске праксе, већ обезбеђењем стабилног и усаглашеног правног система, високим квалитетом судија, посебно судија највиших судова и што широм доступношћу правних прописа и судских одлука.

ДРАГАНА БОЉЕВИЋ

председница Друштва судија Србије

Are judges and courts the only ones who are responsible for inconsistent judicial decisions? How to solve the matter of inconsistency of judicial decisions? Which solutions represent sideways for the reason that they may affect the independence of judges, and which are appropriate and adequate?

Several dozen Serbian judges participated in the international conference *Harmonisation of case law – relationship between legal certainty and judicial independence* held on 10 July 2015, whose host was Judges' Association of Serbia, amongst which Dragomir Milojević, President of Supreme Court of Cassation, his Deputy, Justice of Supreme Court of Cassation Snežana Andrejević, as well as Justices of Supreme court of Cassation – Presidents of court practice departments Vesna Popović (in civil matters) and Ljubica Milutinović (in matters of protection of the right to trial within a reasonable time), Presidents and representatives of court practice departments of all four Courts of Appeal, judges of the largest High and Basic courts, as well as Goran Ilić, President of Association of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors of Serbia, President of Judges' Association of Serbia and her Deputy and members of the Management Board of Judges' Association of Serbia.

Experiences in consistency of judicial decisions in their respective countries were shared by Irmgard Griss, retired long-term President of Supreme Court of Austria and Substitute Judge of the Constitutional Court of Austria, Marco Pivetti, Justice of Supreme Court of Cassation of Italy and Christiane Schmaltz, Judge of

Appellate Court of Schleswig-Holstein and German ad-hoc Judge of the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Publication that you are holding is a reminder for an event during which two conclusions crystallised:

- As much as every society needs accessibility and foreseeability of justice and legal certainty, it also needs the independence of judges, which is a prerequisite for their impartiality and for fair trial for citizens.
- Consistency of judicial decisions is established not by imposing of the imperativeness of jurisprudence, but by ensuring of stable and consistent legal system, by high quality judges, especially the judges of the highest court instances and by the widest possible accessibility to legal regulations and judicial decisions.

DRAGANA BOLJEVIĆ

President of Judges' Association of Serbia

ДРАГОМИР МИЛОЈЕВИЋ

ДРАГОМИР МИЛОЈЕВИЋ

председник Врховног касационог суда
и председник Високог савета судства

Поштоване колегинице и колеге...

Захваљујем се на позиву и указаној прилици да се у уводу обратим учесницима ове конференције.

Тема овог нашег скупа, конференције је „уједначавање судске праксе-однос правне сигурности и судијске независности” и ваше присуство ми говори о нашој спремности да се изборимо са овим проблемом судског правосуђа, а које је и једна од централних тема у Поглављу 23.

Већ више од деценије заједно са мисијом ОЕБС-а и другим међународним организацијама и институцијама радимо на бројним питањима реформе правосуђа укључујући и припрему законодавства у складу са међународним стандардима и најбољом праксом, на јачању правосудних институција и оснаживању независности судија.

DRAGOMIR MILOJEVIĆ

DRAGOMIR MILOJEVIĆ

President of the Supreme Court of
Cassation and President of the High
Judicial Council

Respected colleagues...

I would like to thank you for the invitation and extended opportunity to address to the participants in the introduction of this conference.

The topic of this gathering, conference, is “harmonisation of the case law – between legal certainty and judicial independence” and your presence tells me about our readiness to deal with this problem of the Serbian judiciary, which is at the same time one of the main topics of the Chapter 23.

Over a decade, together with OSCE Mission and other international organisations and institutions, we have been working on numerous matters of the reform of judiciary, including the preparation of the legislative in accordance with international standards and the best practices, in strengthening of the judicial institutions and empowering of the independence of judges.

Ово стога, јер је препознато да је највећа вредност у сваком друштву независан и ефикасан правосудни систем, а њега нема уколико се различито решава, пре свега у репетитивним споровима у истим чињеничним и правним ситуацијама, што директно утиче на правну сигурност.

Због тога је пре свега нужно извршити анализу тренутне ситуације у вези са уједначавање судске праксе, затим кроз широку и транспарентну дискусију између актера о начинима уједначавања судске праксе дати конкретне предлоге о томе како да се осигура правна сигурност уз обезбеђивање судске независности, што је по мом мишљењу и *ratio* ове конференције, а о чему ће сигуран сам више и конкретније рећи судија ВКС Снежана Андрејевић у даљем току конференције.

Међутим, морам рећи неколико речи о одређеним факторима, рекао бих спољних који значајно доприносе неуједначеној судској пракси у Републици Србији.

То се пре свега односи на чињеницу да је на делу инфлација прописа која уситњава и фрагментује правни систем и ствара међусобно одвојена и готово ничим повезана острва правног поретка.

Мноштво прописа, који су међусобно неусклађени, неодређених норми које захтевају тумачење пре почетка примене, застрашује, појачава страх од грешке, угрожава свест обавезности права, што доводи до мање креативности и изговора за бекство од одговорности, а све то скупа сигурно узрокује различиту судску праксу и доводи

у питање способност судова то јест судија да овакве законодавне недостатке превазиђу у законитој процедури, будући да судови примењују право и нису овлашћени да уместо законодавне власти доносе норме којима уређују правне односе.

Једном речју као да више не важи Тацитова максима „Кад држава не ваља, много је закона”.

Стога сам мишљења да морамо више користити правна начела, правне стандарде, који својом општошћу и примењивошћу на мноштво ситуација омогућавају да право одговори на конкретан чињенични склоп и онда кад правна норма не пружа одговор или чак пркоси њему.

Знам да ће многи негодовати на сам помен речи правда, правичност, добри обичаји, правила морала, савесност и поштење, али морамо се сетити да је начело савесности и поштења једно од најчешћих у историји права и у упоредном грађанском праву и представља снажан морални уплив у правни поредак.

Исти подразумева самосвесног и одговорног судију који не бежи од слободe, који је гласноговорник друштва и етике и који правну струку не своди на пуку интерпретацију прописа и који није аутомат за изрицање пресуда.

Да је то могуће, наше судство је показало обиљем пресуда које на том начелу почивају.

Морамо се подсетити да се судске одлуке заснивају на Уставу, закону,

This is for the reason that it has been recognised that the ultimate value in every society is the independent and efficient judicial system, and there cannot be one if there is a difference in solving, above all, repetitive disputes with the same facts and legal situations, which directly affects legal certainty.

Consequently, it is primarily necessary to analyse the actual situation in relation with harmonisation of jurisprudence, then through wide and transparent discussion between the actors on the manners of harmonisation of jurisprudence, provide concrete suggestions on how to secure legal certainty while ensuring judicial independence, which is in my opinion a ratio of this conference, which will be, I am sure, furthermore and thoroughly addressed by Justice Snežana Andrejević in the further course of the conference.

However, I have to say a few words on specific factors, I would say external ones, that notably contribute to unharmonised jurisprudence in Republic of Serbia.

This is mainly related with the fact that the inflation of regulations is happening and it is splitting and fragmenting the legal system and creating mutually separated and virtually completely unrelated islands of the legal system.

The multitude of regulations that are mutually unharmonised, unspecified norms that require interpretation prior to their implementation, frightens, increases the fear of a mistake, endangers the awareness of obligation of the law, which leads to lesser creativity and excuse for escape from responsibility, and collectively, all

this cause different jurisprudence and bring into question the ability of courts, i.e. of judges, to overcome these legal shortcomings in a legal procedure, since the courts apply the law and are not authorised to, instead of legislative, pass legal provisions that regulate legal relations.

In one word, as if the maxim of Tacitus “The more corrupt the state, the more numerous the laws” is no longer valid.

Therefore, I am of the opinion that we have to use the legal principles, legal standards more, which enable, with their generality and applicability to multitude of situations, the law to respond to concrete factual set even when the legal provision does not provide the response or even defies it.

I know that many would protest the mere mentioning of the words justice, righteousness, good customs, moral norms, good faith and honesty, but we cannot but remember that the principle of good faith and honesty is one of the most common ones in the history of law and in comparative civil law and represents a powerful influence of moral in the legal system.

It implies a self-conscious and responsible judge who does not escape the freedom, who is a spokesperson of the society and ethics and who does not undermine the profession to mere interpretation of regulations and who is not a machine for bringing judgements.

Our judiciary has shown that it is possible by numerous judgements that are based on this principle.

потврђеним међународним уговорима и прописима донетим на основу закона. Обавезни су за све и не могу бити предмет вансудске контроле, а може их преиспитати само надлежни суд, у законом прописаном поступку. Зато би одлуке Уставног суда могле бити само основ за изјављивање ванредних правних лекова.

Међутим, овлашћење које Уставни суд заснива на тумачењу одредбе члана 89. став 2. Закона о Уставном суду не може бити основ за поништај правноснажних судских одлука, јер Уставни суд није у систему судске власти, а мешањем у судску власт на овакав начин подрива судску власт и угрожава начело правне сигурности, будући да у диспозитивним поступцима противна страна није упозната ни са подношењем уставне жалбе, нити се може изјашњавати у поступку пред Уставним судом, а Уставни суд може, према својој досадашњој пракси, и после више година од подношења уставне жалбе поништити правноснажну одлуку сваког суда у Републици, па и највишег – Врховног касационог суда.

Овај сукоб јурисдикција, који дубоко нарушава начело независности и самосталности судске власти може бити разрешен само променом Устава, који би изричито уредио овлашћење Уставног суда и дозволио или онемогућио поништавање судских одлука у поступку по уставној жалби. Како сада стоје ствари Уставни суд практично представља четврту инстанцу у преиспитивању судских одлука и компликује процес уједначавања судске праксе, будући

да судске одлуке поништава орган вансудске контроле.

С друге стране Врховни касациони суд као највиши суд у систему судске власти обезбеђује јединствену судску примену права и једнакост странака у судским поступцима, разматра примену закона и других прописа, као и рад судова остварујући тако своју законом одређену надлежност изван суђења.

Правна схватања одељења Врховног касационог суда обавезују само судије тог суда и усвајање обавезујућих правних ставова за судије највишег суда је према садашњем законском решењу у функцији остварења једнаке заштите права пред судом, јер последица неуједначеног поступања суда и доношења различитих судских одлука у једнаким стварима може довести до кршења конституционалног и конвенцијског права на правично суђење.

Међутим, потреба усаглашавања судске праксе, једнако поступање у једнаким стварима, правне сигурности и предвидивости правног поретка, према све присутнијим становиштима домаћих и међународних експерата, не сме да угрози независност судије који поступа у одређеном предмету.

Сличног је става и Венецијанска комисија која је мишљења: „Да апстрактне изјаве које се односе на примену права генерално имају тенденцију да буду неуспешне, јер је тешко предвидети све чињеничне околности под којима би овај закон могао да се примењује. Општа седница би требало да одлучује само о конкретним предметима”.

We have to remind ourselves that the court decisions are based on the Constitution and Law, the ratified international treaty and regulation passed on the grounds of the Law. Court decisions shall be obligatory for all and may not be a subject of extrajudicial control. Therefore, the decisions of the Constitutional Court could only be the basis for filing extraordinary legal remedies.

However, the authority that the Constitutional Court establishes, based on interpretation of the Article 89 paragraph 2 of the Law on Constitutional Court cannot be the basis for the annulment of final judicial decisions since the Constitutional Court does not belong to the system of judicial power and interfering with judicial power in this manner depraves the judicial power and endangers the principle of legal certainty, since, in dispositive procedures, the other party in the procedure is not informed about an appeal being filed, nor can they take a position in the procedure before the Constitutional Court, while the Constitutional Court can, according to its practice, even after several years from filing constitutional appeal, quash final decision of every court in the Republic, including the highest – Supreme Court of Cassation.

This conflict of jurisdictions, which deeply disturbs the principle of independence and autonomy of the judicial power, can be resolved only by changing of the Constitution, which would specifically regulate the disposition of the Constitutional Court and allow or disable the annulment of the court decisions in the proceedings following a constitutional appeal. In the current situation, the Constitutional Court

practically represents the fourth instance in reviewing of court decisions and complicates the process of harmonisation of jurisprudence, since judicial decisions are being quashed by a body outside of judicial control.

On the other hand, Supreme Court of Cassation, as the highest court instance in the system of judicial power, enables unified judicial application of the law and equality of the parties in the proceedings, considers the application of the law and other regulations, as well as working of the courts, thus fulfilling its legally determined jurisdiction outside of court proceedings.

Legal views of the departments of the Supreme Court of Cassation are binding only the judges of that Court and adoption of the binding legal views for the judges of the highest court instance is according to the current legal regulation in the function of maintaining equal legal protection before the court, since the consequence of uneven handling of the court and bringing different legal decisions in equal matters may lead to breaching of the constitutional and conventional right to a fair trial.

However, the need of harmonisation of jurisprudence, equal handling in equal legal matters, legal certainty and the predictability of the legal order, according to the more and more present stance of domestic and international experts, must not violate the independence of a judge acting in a particular case.

Venice Commission is of the similar opinion: "Abstract statements regarding the application of a law tend generally to be fallible, as it is difficult to foresee all the

Овај коментар се односи на мишљење те комисије везан за предлог измена и допуна Закона о уређењу судова из 2013. године.

Исто мишљење је дато и у Препоруци Комитета министара земаља чланица Савета Европе о судијама од 17.11.2010. године који предвиђа да би судије требало да имају потпуну слободу да непристрасно, у складу са законом и својим тумачењем чињеница, доносе одлуке у предметима.

Из изложеног може се рећи да је искристалисан став који и ми прихватамо да виши судови не би требало да судијама дају упутства о томе какву пресуду треба да изрекну у појединим случајевима, осим код прелиминарних одлука или приликом одлучивања о правним лековима у складу са законом.

Због тога улога Врховног касационог суда уједначавању судске праксе треба да буде усмерена на доношење добро образложених одлука у конкретним предметима у којима ће бити решена спорна правна питања судске праксе кроз доношење прелиминарних одлука о спорном правном питању на захтев првостепеног суда, одлучивање о ванредним правним лековима у кривичној материји, односно ревизијско одлучивање и одлучивање о посебној ревизији, а све мање кроз вршење надлежности изван суђења – заузимање правних ставова којима се попуњавају правне празнине настале доношењем закона и других прописа, чије су норме неодређене, непрецизне или нејасне.

Овакви ставови су инкорпорирани и у Плану активности Врховног касационог суда ради уједначавања судске праксе имајући у виду категорички императив институционалне независности суда и персоналне независности судија, са циљем да се остваре два основна принципа: владавина права и приступ правди који су изражени још давне 1215. године у Magna Carta Libertatum, а у исто време и код нас у Номоканону или Законоправилу Светог Саве који представља збирку световних и црквених прописа.

Први принцип, владавина права је суштински предуслов за било какав миран и одржив развој друштва. Сви смо прихватили принцип да сви у Држави морају не само деловати у складу са законом – већ и бити једнаки пред законом и имати право на правично суђење.

Такође, сви смо упознати са другим принципом – да сви треба да имају фер и ефикасан приступ правди.

Како се приступ правди најбоље постиже – то је начин на који Влада може најбоље обезбедити да судски систем буде отворен, транспарентан и ефикасан у заштити права да грађанима пружи бољи приступ судовима кроз правилну употребу модерних технологија, а још важније јачању права и одговорности.

Ниједно од ових питања која су отворила ова два начела владавине права није једноставно.

factual circumstances in which this law could be applied. The general session should only decide in concrete cases.” This comment relates to the opinion of the Commission related to the proposal of the Draft Amendments to the Law on Organisation of Courts in Serbia from 2013.

The same opinion was given in the Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe to judges of 17 November 2010 envisaging that the judges should have a freedom to impartially, in accordance to the law and their interpretation of the facts, reach decisions in the cases.

According to the above mentioned, it can be stated that the stance, which we adopt has been crystallized, that the higher courts should not provide the judges with instructions on what kind of a judgement they should bring in particular cases, apart from the preliminary decisions or while deciding on legal remedies according to the law.

For this reason, the role of the Supreme Court of Cassation in harmonisation of case jurisprudence should be directed towards reaching well-reasoned decisions in particular cases in which disputable legal issues of jurisprudence will be solved through reaching preliminary decisions on disputable legal matter upon a request of the first instance court, deciding on extraordinary legal remedies in criminal matter, i.e. review decisions and decisions in the special review process; and less and less through the exercise of jurisdiction outside of the trial – making legal positions which fulfil legal gaps created by passing the laws and other

regulation, whose provisions are undetermined, imprecise or vague.

This kind of positions are incorporated in the Plan of Activities of the Supreme Court of Cassation for the purpose of harmonisation of jurisprudence, having in mind the categorical imperative of the institutional independence of courts and personal independence of judges, with the aim to accomplish two main principles: the Rule of Law and access to justice that were expressed as early as 1215 in Magna Carta Libertatum, and at the same time in Serbia in Nomocanon or the Zakonopravilo of Saint Sava which represents the collection of civil and ecclesiastical regulations.

The first principle, the Rule of Law is an ultimate prerequisite for any kind of peaceful and sustainable development of the society. We have all accepted the principle that everyone in the State has to, not only act in accordance to the Law – but also be equal before the Law and have the right to a fair trial.

Furthermore, we are all acquainted with the second principle – that everyone has to have a fair and efficient access to justice.

How to achieve the access to justice in the best manner – that is the way in which a Government may best provide that the judicial system is open, transparent and efficient in protection of rights to provide the citizens with a better access to the courts through the correct utilisation of the modern technologies, and more importantly, through strengthening rights and responsibilities.

Некад су врло непријатна не само владама, већ и другима, као што су корпорације са огромном економском моћи.

Али, задатак тражи посвећеност свих нас, Влада, законодавца, судија, адвоката, грађана...

За неке цена очувања владавине права и приступа правди, као што сви знамо, била и биће врло тешка. Али то је цена коју бисмо сви радо требали бити спремни да платимо.

Уверен сам стога да ће данашња конференција и наше дискусије у назначеном смислу бити највишег квалитета и да ћемо искристалисати најбоље предлоге о начину уједначавања судске праксе који ће допринети правној сигурности уз пуно поштовање судијске независности.

Хвала на пажњи.

None of these questions that were opened by these two principles of the Rule of Law is simple.

They are sometimes very unpleasant not only to governments, but to others as well, such are corporations with enormous economic power.

However, the task demands the dedication of every one of us, the Government, legislator, judges, attorneys, citizens...

For some, the price of preservation of the Rule of Law and access to justice, as we all know, has always been and will be difficult. But, that is the price that everyone should be willingly ready to pay.

I am therefore convinced that the today's conference and our discussions in the stated sense will be of the greatest quality and that we will crystallise the best proposals on the manner of harmonisation of jurisprudence, which will contribute to legal certainty while fully respecting the judicial independence.

Thank you for your attention.

ДРАГАНА БОЉЕВИЋ

Уједначавање судске праксе – између правне сигурности и судијске независности

ДРАГАНА БОЉЕВИЋ

председница Друштва судија Србије,
судија Апелационог суда у Београду

1. Судска пракса – правни оквир у Србији

Судска пракса значи укупност усаглашених, доследних правних ставова, која су судови једне државе исказали у својим одлукама.

Према Уставу Републике Србије (члан 145) *судови суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора.* Закон о судијама, у првом члану, прописује: да је *„Судија је независан у поступању и доношењу одлуке”* (став 1.) и да *„Судија суди и пресуђује на основу Устава, закона и других општих аката, потврђених међународних уговора, општеприхваћених правила међународног права.”* (став 2.).

Као једну од основних гаранција положаја судија, после сталности и не-

DRAGANA BOLJEVIĆ

Harmonisation of the case law – between legal certainty and judicial independence

DRAGANA BOLJEVIĆ

President of Judges' Association of Serbia,
Judge of Court of Appeal in Belgrade

1. Jurisprudence – legal frame in Serbia

Jurisprudence means the totality of harmonised, consistent legal views that the courts have expressed in their decisions.

According to the Constitution of Republic of Serbia (Article 145) *court decisions are based on the Constitution, Law and other general acts when provided by the Law, generally accepted rules of international law and the ratified international treaties.* Law on judges, in its first Article, provides as following: *"A judge is independent in his/her actions and decision taking. A judge shall adjudicate and render judgment on the basis of the Constitution, laws and other general acts, ratified international agreement, and generally accepted rules of international law."*

As one of the main warranties of the position of judges, next to judges' tenure and non-transferability, Law on judges

преместивости, Закон о судијама прописује и међусобну независност судија (члан 22), на начин да је „Судија (је) слободан у заступању свог схватања, утврђивању чињеница и примени права, у свему о чему одлучује. (став 1.) и да „Судија није дужан да икоме, па ни другим судијама и председнику суда, објашњава своја правна схватања и утврђено чињенично стање, изузев у образложењу одлуке или кад то закон посебно налаже.“ (став 2.). И Закон о уређењу судова (члан 3.) говори о независности судске власти, тако што прописује да: „Судска власт припада судовима и независна је од законодавне и извршне власти“ (став 1.), „Судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле“ (став 2.), „Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку“ (став 3.), те да је „Свако (је) дужан да поштује извршну судску одлуку.“ (став 4.).

Наведене одредбе су у складу и са Препоруком КМ/Рец (2010)12 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о судијама од 17.11.2010¹.

1 „5. Судије би требало да имају потпуну слободу да непристрасно, у складу са законом и својим тумачењем чињеница, доносе одлуке у предметима. Поглавље III – Унутрашња независност 22. Начело судске независности значи независност сваког појединог судије у вршењу функција вођења судског поступка. При доношењу одлука судије треба да буду независне и непристрасне и способне да делују без икаквих ограничења, непримереног утицаја, притисака, претњи или мешања, непосредног или посредног, од стране било ног органа, укључујући и органе унутар правосуђа. Хијерархијска организација правосуђа не би требало да подрива индивидуалну независност. 23. Виши судови не би требало судијама да дају упутства о томе накву пресуду треба да изренку у појединим случајевима, осим код прелиминарних одлука или приликом одлучивања о правним лековима у складу са законом.“

Правни ставови прихваћени у судској пракси нису обвезујући, па формално, у Републици Србији, судска пракса није извор права. Али, пошто судску праксу, односно у њој изнете правне ставове, судије најчешће уважавају, судска пракса фактички представља извор права. Као таква, требало би да омогући једнакост свих пред законом и правну сигурност, укључујући и предвидивост судских одлука.

Зато сваки судија треба да зна релевантну судску праксу и узме је у обзир када одлучује, а ако одлучује супротно одлукама вишег суда, треба подробно да изложи разлоге који су га за такво поступање определили. Снагом аргументата и ауторитетом судова који изражавају одређени правни став при интерпретацији правних норми, правни став бива прихваћен од стране већине других судова, те се тако ствара судска пракса.

2. Актуелно стање - да ли су само судови одговорно за неједначену судску праксу

Почев од 2000 године – српско правосуђе налази се у стању „реформе“ а закони се мењају континуирано, често и, најчешће, неусклађено.

Уместо Закона о раду из 2001. године², донет је нови 2005. године и мењан је још четири пута³. Закон о привредним

2 Закон о раду, Службени гласник РС, број 70/2001, 73/2001

3 Закон о раду, Службени гласник РС, број 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013, 75/2014.

prescribes mutual independence of judges (Article 22): *“A judge is free in holding his/her views, determination of facts and application of law in all matters under his/her deliberation. A judge is not required to justify to anyone, even other judges and/or the president of the court, his/her understanding of the law and the facts found, except in the reasoning of the judgment or when so particularly stipulated by law.”* Law on organisation of courts (Article 3): *„Judicial authority shall be vested in courts and shall be independent of the legislative and the executive authorities. Judicial decisions shall be binding on all and may not be subject to extra-judicial control. Judicial decisions may be reviewed only by the court of competent jurisdiction in due proceedings established by law. All persons are obliged to comply with enforceable judicial decisions.“*

The cited provisions are in line with Recommendation CM/REC (2010)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on judges from 17 November 2010¹.

Accepted legal views of jurisprudence are not binding, therefore, formally, in Republic of Serbia, jurisprudence is not

1 „5. Judges should have unfettered freedom to decide cases impartially, in accordance with the law and their interpretation of the facts. Chapter III – Internal independence 22. The principle of judicial independence means the independence of each individual judge in the exercise of adjudicating functions. In their decision making judges should be independent and impartial and able to act without any restriction, improper influence, pressure, threat or interference, direct or indirect, from any authority, including authorities internal to the judiciary. Hierarchical judicial organisation should not undermine individual independence 23. Superior courts should not address instructions to judges about the way they should decide individual cases, except in preliminary rulings or when deciding on legal remedies according to the law.“

the source of law. However, since jurisprudence, or more specifically legal views stated in it, is respected amongst the judges, jurisprudence does represent the source of law in practice. As such, it should enable the equality of every person before the law and legal certainty, predictability of judicial decisions here included.

For this reason, every judge should know the relevant jurisprudence and consider it upon deciding, and in case of reaching a decision contrary to decisions of a superior court, they should state the reasons that determined such kind of handling. By the power of an argument and by the authority of courts expressing certain legal view through interpretation of the legal provisions, a legal view becomes accepted by the majority of other courts, and the jurisprudence is created in this manner.

2. Current state – are only courts liable for inconsistent jurisprudence

Since the year 2000 – Serbian judiciary has been in the state of “a reform” and laws have been changed continuously, frequently and, usually, in an unharmonised manner.

Instead of the Labour Law from 2001², the new one was passed in 2005 and amended on four occasions³. Law on Companies⁴ from 2004 was amended in 2011, only for

2 Labour Law, Official Gazette of RS, number 70/2001, 73/2001.

3 Labour Law, Official Gazette of RS, number 24/2005, 61/2005, 54/2009 and 32/2013, 75/2014.

4 Law on Companies, Official Gazette of RS, number 125/2004 and 36/2011 – other law.

друштвима⁴ из 2004. године, међан 2011. године, да би те 2011. године био донет нови Закон⁵ био међан у тој истој години, а затим још два пута; Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената⁶ из 2002. године, међан је још 6 пута до 2006. године, када је био донет нови такав Закон⁷, који је 2011. године замењен Законом о тржишту капитала⁸, а Закон о преузимању акционарских друштава⁹ донет је 2006. године и мењан 2009. године и 2011. године.

Закон о приватизацији¹⁰ из 2001. године, мењан је још 9 пута, да би нови био донет¹¹ у августу прошле године и мењан већ у мају ове 2015. године; Закон о Агенцији за приватизацију¹² из 2001. године мењан је 2004, 2010. и 2014; Закон о акцијском фонду¹³ из 1998. године замењен је новим из 2001. године¹⁴, мењан 2005. године, да би престао

да важи 15.05.2010. године на основу члана 16. тачка 1. Закона о агенцији за приватизацију; Закон о агенцији за привредне регистре¹⁵ из 2004. године, мењан је 2009. године и 2011. године, када је донет и Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре¹⁶, који је мењан прошле године.

Закон о стечајном поступку¹⁷ из 2004. године, мењан је 2005. године и 2009. године, замењен Законом о стечају¹⁸, који је након тога мењан још три пута, а Закон о санацији, стечају и ликвидацији банака¹⁹, који је за 11 година (од 1990. године) био мењан 6 пута, замењен је Законом о стечају и санацији банака и друштава за осигурање²⁰ из 2005. године, који је после тога мењан још два пута, а у фебруару 2015. године донет је нови закон²¹.

Закон парничном поступку²² из 2004. године, мењан је три пута, а нови²³ донет 2011. године, и мењан три пута.

- 4 Закон о привредним друштвима, Службени гласник РС, број 125/2004 и 36/2011 - др. закон.
- 5 Закон о привредним друштвима, Службени гласник РС, број 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015.
- 6 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Службени лист СРЈ, бр. 65/2002 и Службени гласник РС, бр. 57/2003, 55/2004, 45/2005, 101/2005 - др. закон, 85/2005 - др. закон и 46/2006 - др. закон.
- 7 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Службени гласник РС, број 47/2006.
- 8 Закон о тржишту капитала, Службени гласник РС, број 31/2011.
- 9 Закон о преузимању акционарских друштава, Службени гласник РС, број 46/2006, 107/2009 и 99/2011.
- 10 Закон о приватизацији, Службени гласник РС, број 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - др. закон, 30/2010 - др. закон, 93/2012 и 119/2012, 51/2014, 52/2014 (Одлука Уставног суда)
- 11 Закон о приватизацији, Службени гласник РС, број 83/2014, 46/2015.
- 12 Закон о Агенцији за приватизацију, Службени гласник РС, број 38/2001, 135/2004 и 30/2010, 115/2014.
- 13 Закон о акцијском фонду Републике Србије, Службени гласник РС, број 44/98.
- 14 Закон о акцијском фонду, Службени гласник РС, број 38/2001 и 45/2005.

- 15 Закон о агенцији за привредне регистре, Службени гласник РС, број 55/2004, 111/2009 и 99/2011.
- 16 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, Службени гласник РС, број 99/2011, 83/2014.
- 17 Закон о стечајном поступку, Службени гласник РС, број 84/2004 и 85/2005 - други закон.
- 18 Закон о стечају, Службени гласник РС, број 104/2009, 99/2011 - др. закон и 71/2012 - одлука УС, 83/2014.
- 19 Закон о санацији, стечају и ликвидацији банака, Службени лист СФРЈ, број 84/89 и 63/90 и Службени лист СРЈ, број 37/93, 26/95, 28/96, 44/99 и 53/2001.
- 20 Закон о стечају и санацији банака и друштава за осигурање, Службени гласник РС, број 61/2005, 116/2008 и 91/2010.
- 21 Закон о стечају и санацији банака и друштава за осигурање, Службени гласник РС, број 14/2015.
- 22 Закон парничном поступку, Службени гласник РС, број 125/2004, 111/2009, 36/2011, 53/2013 - Одлука Уставног суда.
- 23 Закон парничном поступку, Службени гласник РС, број 72/2011, 49/2013 - Одлука Уставног суда, 74/2013 - Одлука Уставног суда, 55/2014.

a new law to be passed in the very 2011⁵, amended in the same year, and then twice more subsequently; Law on the Market of Securities and other Financial Instruments⁶ from 2002 was amended 6 more times before 2006, when a new such Law⁷ was passed, and was in 2011 replaced by the Law on the Capital Market⁸, while the Law on Takeovers of Joint Stock Companies⁹ was passed in 2006 and amended in 2009 and 2011.

Law on privatization¹⁰ from 2001 was amended 9 additional times, while a new one was passed¹¹ in August of last year and amended already in May this year; Law on Privatization Agency¹² from 2001 was amended in 2004, 2010 and 2014; Law on Share Fund¹³ from 1998 was replaced by a new one in 2001¹⁴, amended in 2005 and was revoked as of 15 May 2010 according to the wording of the Article 16 item 1 of the Law on Privatization Agency; Law on the Serbian Busi-

ness Registers Agency¹⁵ from 2004 was amended in 2009 and 2011, at the same time when the Law on the Procedure of Registration with the Serbian Business Registers Agency¹⁶ was passed, which was amended last year.

Law on Bankruptcy Proceedings¹⁷ from 2004, amended in 2005, was in 2009 replaced by the Law on Bankruptcy¹⁸, which was later on amended three times, and Law on Restructuring, Bankruptcy and Liquidation of Banks¹⁹, having, for 11 years (from 1990) been amended 6 times, was replaced by Law on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies²⁰ in 2005, which was afterwards amended two more times, and in February of this year a new law²¹ was passed.

Civil Procedure Code²² from 2004 was amended three times, while a new one²³ was passed in 2011 and amended three

5 Law on Companies, Official Gazette of RS, number 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015.

6 Law on the Market of Securities and other Financial Instruments, Official Gazette of FRY, number 65/2002 and Official Gazette of RS, number 57/2003, 55/2004, 45/2005, 101/2005 – other law 85/2005 – other law and 46/2006 – other law.

7 Law on the Market of Securities and other Financial Instruments, Official Gazette of RS, number 47/2006.

8 Law on the Capital Market, Official Gazette of RS, number 31/2011.

9 Law on Takeovers of Joint Stock Companies, Official Gazette of RS, number 46/2006, 107/2009 and 99/2011.

10 Law on privatization, Official Gazette of RS, number 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 – other law, 30/2010 – other law, 93/2012 and 119/2012, 51/2014, 52/2014 (Constitutional Court decision)

11 Law on privatization, Official Gazette of RS, number 83/2014, 46/2015.

12 Law on Privatization Agency, Official Gazette of RS, number 38/2001, 135/2004 and 30/2010, 115/2014.

13 Law on Share Fund of Republic of Serbia, Official Gazette of RS, number 44/98.

14 Law on Share Fund, Official Gazette of RS, number 38/2001 and 45/2005.

15 Law on the Serbian Business Registers Agency, Official Gazette of RS, number 55/2004, 111/2009 and 99/2011.

16 Law on the Procedure of Registration with the Serbian Business Registers Agency, Official Gazette of RS, number 99/2011, 83/2014.

17 Law on Bankruptcy Proceedings, Official Gazette of RS, number 84/2004 and 85/2005 – other law.

18 Law on Bankruptcy, Official Gazette of RS, number 104/2009, 99/2011 – other law and 71/2012 – Constitutional Court decision 83/2014.

19 Law on Restructuring, Bankruptcy and Liquidation of Banks, Official Gazette of SFRY, number 84/89 и 63/90 and Official Gazette of FRY, number 37/93, 26/95, 28/96, 44/99 and 53/2001.

20 Law on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies, Official Gazette of RS, number 61/2005, 116/2008 and 91/2010.

21 Law on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies, Official Gazette of RS, number 14/2015.

22 Civil Procedure Code, Official Gazette of RS, number 125/2004, 111/2009, 36/2011, 53/2013 – Constitutional Court decision.

23 Civil Procedure Code, Official Gazette of RS, number 72/2011, 49/2013 – Constitutional Court decision, 74/2013 – Constitutional Court decision, 55/2014.

Закон о извршном поступку²⁴ из 2000. године, мењан је већ те, па затим и наредне године, да би нови²⁵ био донет 2004. године, а њега је заменио Закон о извршењу и обезбеђењу²⁶ од 2011. године, који је већ у тој години био измењен другим законом²⁷ и после тога још три пута; ове године је припремљен и нацрт новог закона.

Кривични законик²⁸ из 2005. године, у тој истој години је и исправљен и мењан, а мењан је два пута и у 2009. години, и по једном у 2012., 2013. и 2014. години. Законик о кривичном поступку²⁹ из 2001. године мењан је још 9 пута до 2010. године; други Законик о кривичном поступку³⁰ из 2006. године, иако никад није примењиван, мењан је и 2007. и 2008. године, а важећи Законик о кривичном поступку³¹ из 2011. године, мењан је још пет пута – први пут још пре него што је почела његова примена - у истој години када је донет, затим у 2012. години, па два пута у 2013. години и једном у 2014. години.

Иста је ствар са статусно-организационим законима о правосудју: претходни Закон о судијама³² из 2001. године за 8 година мењан је 11 пута, а важећи Закон о судијама³³ из 2008. године – за непуних 7 година мењан је 10 пута. Претходни Закон о уређењу судова³⁴ из 2001. године мењан је 6 пута, а садашњи, из 2008. године 8 пута³⁵. Закон о Високом савету правосудја³⁶ из 2001. године мењан је 5 пута, а важећи Закон о Високом савету судства³⁷ из 2008. године - 3 пута, с тим што се 2014. године одустало од његове нове измене.

Вишедеценијска судска мрежа у којој је било 138 општинских судова³⁸ потпуно је промењена 2010. године формирањем 34 основних судова са 98 судских јединица, почетком примене Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава³⁹ из 2008. године, да би од 1.1.2014. године почео да се примењује нови Закон о се-

24 Закон о извршном поступку, Службени лист СРЈ, број 28/2000, 73/2000 и 71/2001.
 25 Закон о извршном поступку, Службени гласник РС, број 125/2004.
 26 Закон о извршењу и обезбеђењу, 31/2011, 99/2011 - др.закон, 109/2013 - одлука УС, 55/2014, 139/2014.
 27 Одредбе чл. 300. и 311. Закона о извршењу и обезбеђењу, престале су да важе 4. јануара 2012. године, даном ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о Агенцији за привредне регистре (Службени гласник РС, број 99/2011).
 28 Кривични законик, Службени гласник РС, број 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.
 29 Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, број 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - други закон, 49/2007, 20/2009 - други закон, 72/2009 и 76/2010.
 30 Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, број 46/2006, 49/2007 и 122/2008.
 31 Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013, 55/2014.

32 Закон о судијама, Службени гласник РС, број 63/2001, 42/2002, 17/2003 - одлука УСРС, 25/2003 - испр. одлуке УСРС, 27/2003, 29/2004, 35/2004 - одлука УСРС, 44/2004, 61/2005, 101/2005, 46/2006 - др. закон и 21/2009 - одлука УС.
 33 Закон о судијама, Службени гласник РС, број 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015.
 34 Закон о уређењу судова, Службени гласник РС, број 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006 и 116/2008 - др. закон.
 35 Закон о уређењу судова, Службени гласник РС, број 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 40/2015.
 36 Закон о Високом савету правосудја, Службени гласник РС, број 63/2001, 42/2002, 39/2003, 41/2003 - испр., 44/2004 и 61/2005.
 37 Закон о Високом савету судства, Службени гласник РС, број 116/2008, 101/2010 и 88/2011.
 38 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, Службени гласник РС, број 63/2001 и 42/2002.
 39 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, Службени гласник РС, број 116/2008 и 101/2013 - др. закон

times. Law on Enforcement Procedure²⁴ from 2000 was amended during that very year, then during the next year, and a new law²⁵ was passed in 2004, only to be replaced by Law on Enforcement and Security²⁶ in 2011, which was already in the same year replaced by a new law²⁷ and then the same was done in three more occasions; during this year, a draft of a new law was prepared.

Criminal Code²⁸ from 2005 was in the same year amended, was also amended twice in 2009 and once in each 2012, 2013 and 2014. Criminal Procedure Code²⁹ from 2001 was amended 9 times until 2010; the second Criminal Procedure Code³⁰ from 2006, although it has never been applied, was amended in 2007 and 2008, and the actual Criminal Procedure Code³¹ from 2011 has been amended 5 times in total – first time even before its implementation began in the same year it was adopted, then in 2012, twice in 2013 and once in 2014.

The situation is the same when it comes to status-organisational laws on judiciary: previous Law on Judges³² from 2001 was, for 8 years, amended 11 times, and actual Law on Judges³³ from 2008 – was for the period of less than seven years amended 10 times. Previous Law on Organisation of Courts³⁴ from 2001 was amended 6 times, while the current one has been amended 8 times³⁵. Law on High Council of Judiciary³⁶ from 2001 was amended 5 times and the current Law on High Judicial Council³⁷ from 2008 – 3 times, provided that in 2014 the amendments were withdrawn.

Several decades functioning court network of 138 municipal courts³⁸ had been completely changed in 2010 by formation of 34 basic courts with 98 court units, at the commencement of application of the Law on the Seats and Territorial Jurisdictions of Courts and Public Prosecutor's

24 Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of FRY, number 28/2000, 73/2000 and 71/2001.

25 Law on Enforcement Procedure, Official Gazette of RS, number 125/2004.

26 Law on Enforcement and Security, 31/2011, 99/2011 – other law, 109/2013 – Constitutional Court decision, 55/2014, 139/2014.

27 Provisions of Articles 300 and 311 of the Law on Enforcement and Security ceased to be valid as of 4 January 2012 by entry into force of the Law on amendments and supplements of the Law on Serbian Business Registers Agency (Official Gazette of RS, number 99/2011).

28 Criminal Code, Official Gazette of RS, number 85/2005, 88/2005 – correction, 107/2005 – correction, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

29 Criminal Code, Official Gazette of FRY, number 70/2001 and 68/2002 and Criminal Code, Official Gazette of RS, number 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – other law, 49/2007, 20/2009 – other law, 72/2009 and 76/2010.

30 Criminal Code, Official Gazette of RS, number 46/2006, 49/2007 and 122/2008.

31 Criminal Code, Official Gazette of RS, number 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 and 45/2013, 55/2014.

32 Law on Judges, Official Gazette of RS, number 63/2001, 42/2002, 17/2003 – Constitutional Court decision, 25/2003 – correction of the Constitutional Court decision, 27/2003, 29/2004, 35/2004 – Constitutional Court decision, 44/2004, 61/2005, 101/2005, 46/2006 – other law and 21/2009 – Constitutional Court decision.

33 Law on Judges, Official Gazette of RS, number 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – Constitutional Court decision, 121/2012, 124/2012 – Constitutional Court decision, 101/2013, 111/2014 – Constitutional Court decision, 117/2014, 40/2015.

34 Law on Organisation of Courts, Official Gazette of RS, number 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006 and 116/2008 – other law.

35 Law on Organisation of Courts, Official Gazette of RS, number 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – other law, 78/2011 – other law, 101/2011, 101/2013, 40/2015.

36 Law on High Council of Judiciary, Official Gazette of RS, number 63/2001, 42/2002, 39/2003, 41/2003 – correction, 44/2004 and 61/2005.

37 Law on High Judicial Council, Official Gazette of RS, number 116/2008, 101/2010 and 88/2011.

38 Law on the Seats and Territorial Jurisdictions of Courts and Public Prosecutor's Offices, Official Gazette of RS, number 63/2001 and 42/2002.

диштима и подручјима судова и јавних тужилаштва⁴⁰ на основу кога је основано још 32 основна суда, те их сада има укупно 66 основних судова, а број судских јединица је смањен на 29.

Не треба бити стручњак да би се схватило да оваква динамика измена закона, који уз то често нису на задовољавајућем нивоу, нити међусобно усаглашени, погубно делује на ефикасно и квалитетно суђење, на квалитет и доследност судских одлука, на правну сигурност и тиме на поверење грађана у судство.

Ову појаву коментарисао је у више наврата и Европски суд за људска права у Стразбуру (ЕСЉП⁴¹) када је:

- констатовао да, иако измене и допуне закона могу бити одраз развоја правног окружења, тако честе промене имају за последицу недоследну правосудну праксу и доприносе општем умањкању правне сигурности (што је само по себи повреда Конвенције)
- позвао релевантну државу да избегне тако честе промене и да пажљиво размотри све правне и финансијске последице промена пре него што их уведе и
- упозорио да прекомерни број нових закона и смерница неће пружити стварну и делотворну заштиту јер та-

кву заштиту може да обезбеди само делотворно спровођење закона.

Посебно неповољан утицај на правну сигурност имају драстичне измене процесних закона. И у кривичном и у парничном поступку начело материјалне истине је потиснуто и поступак „предат” странкама, одједном и супротно досадашњем систему.

То доводи до ситуације да у сличним или истоветним случајевима исход није исти - странка која је умешнија, а то значи у прилици да плати адвокате, вештаке, детективе, у бољој је позицији да успе у поступку, независно од тога да ли је суштински у праву.

Исто тако напр, суд који одлучује о правном леку, зависно од жалбених навода у погледу повреда поступка о којима не води рачуна по службеној дужности, доносиће различите одлуке (потврђујуће или укидајуће) у истоветним ситуацијама.

3. Странпутице

Чињеница је да судови доносе различите одлуке у чињенично и правно изглед сличним, споровима. Понекад се то чак дешава и у оквиру истог суда. Због тога је и разумљиво да држава трага за решењем овог проблема.

Националном стратегијом реформе правосуђа⁴² и Акционим планом за

⁴⁰ Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва, Службени гласник РС, број 101/2013.

⁴¹ Случајеви Рамади и остали против Албаније (13.11.2007), Манушаће Путо против Албаније (31.07.2012), Вјасу против Румуније (09.12.2009).

⁴² Национална стратегија реформе правосуђа, Службени гласник РС, број 57/2013 од 03.07.2013. године.

Offices³⁹ from 2008, but as of 1 January 2014 the new The Law on the Seats and Territorial Jurisdictions of Courts and Public Prosecutor's Offices⁴⁰ was enforced, according to which 32 additional basic courts were founded, making it the total of 66 basic courts, while the number of court units is reduced to 29.

One does not have to be an expert to realise that this dynamic of changes of the laws, which very often are not on the satisfactory level nor are they mutually harmonised, has disastrous effects on efficient and quality adjudication, on quality and consistency of judicial decisions, on legal certainty and, in that way, on confidence of the citizens to the judiciary.

ECHR⁴¹ made comments on this phenomenon on several occasions while:

- Stating that, even though amendments and supplements to the law can reflect development of the legal surroundings, such frequent changes result in consequence of inconsistent case law and contribute to overall lack of legal security (which is per se a violation of the Convention)
- Called the state in question to avoid such frequent changes and to carefully consider all legal and financial repercussions of the changes prior to enforcing them and

- Warned that an excessive number of new laws and guidelines will not offer a real and effective protection since such a protection can be secured through effective law enforcement exclusively.

Drastic changes of procedural laws have particularly unfavourable influence on legal security. In both criminal and civil procedures the principle of material truth has been suppressed and the procedure “given” to the parties, all at once and contrary to the system that existed up to date.

This leads to the situation that in the similar or identical cases the outcome is not the same – a more skilled party, the one that can afford attorneys, experts, detectives, is in a better position to succeed in the proceedings, regardless of whether they are essentially right.

Thus, for example, a court deciding on an appeal, depending on the arguments of the appeal in terms of violations of the proceedings which a court does not evaluate ex officio, will reach a different decisions (confirming or dismissing) on the same situations.

3. Sidetracks

It is for a fact that courts reach different decisions in circumstantially and legally seemingly similar cases. Sometimes that happens within the same court. Therefore it is understandable that the state seeks for a solution to this issue.

National Judicial Reform Strategy (Official Gazette of RS, number 57/2013 of 5 July

³⁹ Law on the Seats and Territorial Jurisdictions of Courts and Public Prosecutor's Offices, Official Gazette of RS, number 116/2008 and 101/2013 – other law

⁴⁰ Law on the Seats and Territorial Jurisdictions of Courts and Public Prosecutor's Offices, Official Gazette of RS, number 101/2013.

⁴¹ Cases *Ramadhi v. Albania* (13/11/2007), *Manushaqe puto v. Albania* (31/07/2012), *Viasu v. Romania* (09/12/2009).

њено спровођење⁴³ предвиђено је и увођење Сертификационе комисије ради уједначавања судске праксе. Према Акционом плану за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа, Сертификациона комисија би требало да се састоји од председника одељења судске праксе Врховног касационог суда, четири апелациона суда, Привредног апелационог и Управног суда. Њеном раду би помагали, за сада у недефинисаној форми, и професори права и адвокати. Задатак ове комисије био би да идентификује судске одлуке које представљају „најбољу праксу“ у одређеним врстама спорова, и да воде рачуна о томе да се остале одлуке у таквим случајевима доносе у складу са „установљеном судском праксом“, односно да не допусти да из суда буде отпремљена одлука која, по ставу Сертификационе комисије, одступа од судске праксе, те да се на тај начин обезбеди једнако поступање. Већ постоје, шта више, и предлози да се подзаконским актима пропише дисциплинска одговорност судија чије одлуке, према ставу Сертификационе комисије, буду одступале од примера „најбоље“ судске праксе, уколико судије не буду измениле став у својим одлукама.

Процес придруживања Европској унији и потреба за хармонизацијом са правом ЕУ такође доприноси овим и оваквим променама закона. И у последњој верзији Акционог плана за придруживање

ЕУ за Поглавље 23⁴⁴ предвиђено је да ће се извршити анализа и измена нормативног оквира којим се уређују питања обавезности судске праксе (1.3.9.1.). То треба разумети да постоји велика вероватноћа да ће законом бити прописана обавезност судске праксе.

У пракси су се већ дешавале ситуације да се покрену дисциплински поступци против судија који нису желеле да измене своју одлуку, пошто се нису слагали са ставом осталих судија да то треба да учине. одбачене. С тим у вези била је развијена унутарсудска дебата, а на ту појаву, као угрожавајућу по судијску независност, указано је и у званичним документима⁴⁵. На срећу, дисциплинске пријаве против тих судија су одбачене, па се надамо да ће се убудуће томе приступати са великим опрезом.

Ова наоко једноставна решења, међутим, отварају низ озбиљних проблема.

Са једне стране, таква решења би била неуставна и супротна правном систему и правној традицији Србије који датирају од почетка XIX века и поновног успостављања модерне српске државности. Да се подсетимо: Србија је донела Устав још 1835. године (када је само девет држава у Европи имало устав), а Грађански законик донет 1844. године

43 Акциони план за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период 2013-2018. године, Службени гласник РС, број 71/2013, 55/2014.

44 Европска комисија дала је позитивно мишљење на последњу верзију Акционог плана за поглавље 23 дана 25.09.2015. године <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/9849/finalna-verzija-akcionog-plana-za-pregovaranje-poglavlja-23-koja-je-usaglasenasa-poslednjim-preporukama-i-potvrdjena-od-strane-evropske-komisije-u-briselu-.php>

45 Извештај Заштитника грађана Републике Србије за 2013. годину, страна 3. и Извештај Европске комисије о напретку Србије у 2014. години, страна 70.

2013) and Action Plan for its implementation envisaged formation of Certification Commission for the purpose of harmonising the jurisprudence. According to the Action Plan for the Implementation of the National Judicial Reform Strategy, Certification Commission is to be consisted of heads of jurisprudence divisions of the Supreme Court of Cassation, those of four appellate courts, of the Commercial Court of Appeals and of the Administrative Court. Its work would contribute, in so far unidentified manner, law professors and attorneys. The role of this Commission would be to identify judicial decisions that represent the “best practice” in different kinds of cases, and to take care that all the remaining decisions in similar cases are being brought in accordance with “established jurisprudence”, i.e. to not let the decision that, according to Certification Commission’s estimate deviates from the jurisprudence, to be dispatched from the court and therefore maintain uniform handling.

What is more, there already are suggestions that the judges should be punished for disciplinary offence in case their decisions, according to Certification Commission, deviate from the jurisprudence and if the judges do not amend their stance in decisions.

The process of accession to the European Union and the need for harmonisation with the law of EU contributes to this kind and these very changes of the law. In the latest version of the Action Plan for Chapter 23 of the Negotiations for accession to EU it is envisaged that the analysis and amendments of the normative framework which regulates: the issue

of binding of jurisprudence. It should be understood that the law will prescribe the binding jurisprudence.

The practice has already seen the situations of the initiation of the disciplinary proceedings against the judges that refused to amend their decision, since they disagreed with the stance of other judges that it should be done. In this regard, the debates within courts were developed and such a phenomenon, endangering the judicial independence, was pointed out in official documents. Luckily, disciplinary reports against these judges were dismissed, so we hope that these kinds of issues will be addressed with great caution in the future.

These seemingly simple solutions, however, raise a series of serious problems.

On one hand, such solutions would be unconstitutional and contrary to the legal system and legal tradition of Serbia which date from the beginning of XIX century and the reestablishment of modern Serbian statehood. Let us recall: Serbia adopted a Constitution in 1835 (at the time only nine European countries had their Constitutions) and Civil Code in 1844 (that was the third Civil Code, after French and Austrian ones).

On the other hand, these solutions would jeopardise the inner independence of judges.

Certification Commission would represent a quasi-tribunal, under the crucial influence of the executive through the appointment of associated members (professors, attorneys) and the “judges”

био је трећи грађански законик у Европи, после француског и аустријског.

Са друге стране, та решења би угрожавала унутрашњу независност судија.

Сертификациона комисија би представљала квази суд, на који би извршна власт имала пресудан утицај избором придружених чланова (професора, адвоката), а „судије” овог „суда над судовима”, за разлику од судија који је донео и потписао одлуку, иако не би имале одговорност за судску одлуку, имале би огромну и неприхватљиву власт над судијама - били би налогодавци судијама, усмеравали би их како да суде, а то би угушило свако слободно судијско мишљење. И прописивање обавезности судске праксе на неки други начин, у тренутним условима, повећало би инертност судија (та особина иначе, није својствена само судијама у Србији), шаблонизирало би суђење, демотивисало би судије да одлуке доносе на основу свог слободног уверења, погубно утицало на правичност суђења и даље подрило поверење грађана у судство, без чега нема владавине права у демократском друштву.

4. Оквир и начин решења

Сваки пропис који примењује приликом процеса одлучивања, судија, у већој или мањој мери, тумачи. Тумачење је нужно и посебно важно када су одредбе правних аката непотпуне, нејасне, недоследне или неусуглашене с другим прописима.

Иако образовани правници, судије су људи, са својим карактером и сагледавањем друштвених односа и приоритета. Није страном ниједном друштву да судије, у ситуацијама чињенично и правно наизглед сличним, али не и истоветним, зависно од појединих околности, донесу различите одлуке. Када је то прихватљиво, а када постаје проблем?

О томе се изјашњавао и ЕСЉП, шта више и у одлуци донетој против Србије⁴⁶ када је констатовао да је:

„54. (II) Постојање супротних судских одлука стална је карактеристика правних система који се заснивају на мрежи судећих и жалбених судова, са надлежношћу на одређеној територији. Такве разлике могу се јавити у оквиру истог суда. Ово се само по себи не може сматрати супротним Конвенцији. (видети Santos Pinto protiv Portugala, број 39005/04, став 41, 20. мај 2008. године, и Tudor Tudor, цитиран у горњем тексту, став 29.);

(III) Критеријуми којима се Суд руководи приликом оцене да ли су супротне одлуке различитих домаћих судова, који су одлучивали у последњој инстанци, у сагласности са правом на правично суђење према члану 6. став 1. Конвенције, састоји се

1) у установљавању да ли постоје "дубоке и дуготрајне разлике" у судској пракси домаћих судова,

⁴⁶ Вучковић и други против Србије, пресуде Већа од 28.08.2012. године; као и Великог већа од 25.03.2014. године којом се, параграфом 89, констатује правноснажност у погледу недопуштености представке због недоследне судске праксе.

of this “court of all courts”, unlike judges that bring and sign their own decisions, would not have the responsibility for their decision, but would instead have enormous and unacceptable power over judges – they would be originators to judges, they would direct the way they should adjudicate, and that would suffocate every free judicial opinion. Even prescribing binding of the jurisprudence in a different way would also, under current conditions, increase the inertia of judges (in Serbia, such a trait is not a characteristic of judges alone), pattern adjudication, dissuade judges to reach decisions according to judicial deliberation, have fatal influence on fair trial and furthermore sap the reliability of citizens to judiciary, without which a Rule of Law could not exist in a democratic society.

4. A framework and method of solution

Every regulation that is being applied in the process of making a decision, a judge interprets to a higher or lesser extent. Interpretation is necessary and especially important when the provisions of the legal acts are incomplete, unclear, inconsistent or in discordance with other regulations.

Despite being educated lawyers, judges are people, with their own views of social relations, priorities, character. It is not foreign in any society that judges, in factually and legally seemingly similar but not identical situations, depending on particular circumstances, bring different

decisions. When is that acceptable and when does a problem occur?

ECHR spoke about this, moreover, in a decision against Serbia⁴², when it stated that:

54. (II) The possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. Such divergences may also arise within the same court. That, in itself, cannot be considered contrary to the Convention (see Santos Pinto v. Portugal, no. 39005/04, § 41, 20 May 2008, and Tudor Tudor v. Romania, no. 21911/03, § 29, 24 March 2009);

(III) The criteria that guide the Court’s assessment of the conditions in which conflicting decisions of different domestic courts ruling at last instance are in breach of the fair trial requirement enshrined in Article 6 § 1 of the Convention consist in:

- 1) **establishing whether “profound and long-standing differences” exist in the case-law of the domestic courts,**
- 2) **whether the domestic law provides for machinery for overcoming these inconsistencies,**
- 3) **whether that machinery has been applied and,**
- 4) **if appropriate, to what effect (Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria, no.**

⁴² Вучковић и други против Србије, judgement of the Chamber of 28 August 2012; and Grand Chamber of 25 March 2014 by which paragraph 89 states effectiveness in terms of inadmissibility of the case due to inconsistent case law.

2) *да ли домаће право предвиђа механизам за превазилажење ових разлика, те*

3) *да ли се тај механизам примењује и*

4) *какав је ефекат те примене (видети Иордан Иорданов и други, цитиран у горњем тексту, ст. 49-50; видети такође Veian (број 1), цитиран у горњем тексту, ст. 34 40; Ștefan i Ștef protiv Rumunije, бр. 24428/03 и 26977/03, ст. 33-36, 27. јануар 2009. године; Schwarzkopf i Taussik, цитиран у горњем тексту, 2. децембар 2008. године; Tudor Tudor, цитиран у горњем тексту, став 31.; и Ștefăniță i drugi, цитиран у горњем тексту, став 36.).*

Оваква процена се такође мора заснивати и на начелу правне сигурности. То начело јемчи стабилност у правним ситуацијама и доприноси поверењу јавности у судове.

Међутим, ови захтеви не производе стечено право на доследност судске праксе, будући да њен развој, сам по себи, није у супротности са ваљаним спровођењем правде. Реч је о томе да би пропуст у одржавању динамичног и развојног приступа, могао довести до ометања реформе или напретка (правосудног система).

Судске одлуке и пракса, дакле, не треба да буду окамењене. Право, у мери у којој је то могуће, усмерава и обликује друштвене односе и прати их, и ако је примерено, доприноси њиховом развоју. Судије, које примењују право, имају обавезу да то чине ваљано, да прили-

ком примене право тумаче на динамичан и развојни начин”.

5. Мере ради превазилажења недоследности судских одлука

Највиши суд у Србији, Врховни касациони суд, спроводи бројне активности усмерене ка уједначавању судске праксе, о чему ће сигурно бити детаљније речи у наставку. Међу тим активностима су и те да:

- штампа и објављује на својој интернет страници Билтен са сентенцама и стручним радовима судија о спорним правним питањима
- на својој интернет страници објављује своје одлуке, као и одлуке Уставног суда и ЕСЉП, и правна схватања ставове и закључке, при чему је неопходно приступ судским одлукама унапредити њиховим детаљнијим систематизовањем преко кључних речи.

Све већем броју судија и судијских помоћника лако је доступан интернет са базом прописа и судске праксе, и то треба и даље развијати, укључујући и детаљније систематизовање судских одлука преко кључних речи.

У међувремену је измењен Закон о парничном поступку и снижен ревизијски праг са 100.000 евра (у привредним споровима са 300.000 евра) тако што је ревизија увек дозвољена против одлуке у којој је вредност предмета

23530/02, §§ 49–50, 2 July 2009; *Beian v. Romania* (no. 1), no. 30658/05, §§ 34–40, ECHR 2007–V (extracts); *Ştefan and Ştef v. Romania*, nos. 24428/03 and 26977/03, §§ 33–36, 27 January 2009; *Schwarzkopf and Taussik v. the Czech Republic* (dec.), no. 42162/02, 2 December 2008; *Tudor Tudor*, cited above, § 31; *Ştefănică and Others v. Romania*, no. 38155/02, § 36, 2 November 2010);

This kind of assessment must also be based on a principle of legal certainty. That principle guarantees stability in legal situations and contributes to the reliability of public into courts.

However, these demands do not provide an inherent right on consistency of jurisprudence since its development is not, on its own, in discordance with proper implementation of justice. The point is that an omission in maintaining dynamic and developing approach, could lead to obstruction of the reform or progress (of judicial system).

Judicial decisions and practice, however, should not be set in stone. Law, in the extent it is possible, directs and shapes social relations and keeps track of them and, if appropriate, contributes to its development. Judges that implement the law have are obliged to do that properly, to interpret the law in a dynamic and developmental manner upon implementing it.

5. Measures for overcoming the inconsistencies of judicial decisions

The highest court instance in Serbia, Supreme Court of Cassation, implements

numerous activities directed towards harmonisation of jurisprudence, which will certainly be discussed in more detail further on, amongst which to:

- Publish its decisions on its website, as well as decisions of the Constitutional Court and ECHR and legal opinions, views and conclusions:
- Prints and publishes on its website Bulletin that includes sentences and professional articles of judges on disputed legal matters;
- While it should be improved by detailed systematisation of judicial decisions through word tags.

More and more judges and judicial assistants find the internet with databases of legislation and jurisprudence easily accessible, and that should be developed furthermore, thus including detailed systematisation of judicial decisions through word tags.

In the meantime, the Civil Procedure Code has been amended and the review limit has been decreased from 100.000€ (in commercial disputes from 300.000€) making the review always available against a decision in which the dispute's worth is above 40.000€ (in commercial disputes above 100.000€) and against a decision in which a second instance court has decided differently than the first instance.

It is important to understand that jurisprudence is not to be imposed, since that would jeopardise inner judicial independence, but instead jurisprudence is to be accepted, and that the maintaining of har-

спора преко 40.000 евра (у привредним споровима преко 100.000 евра), као и против одлуке којим је другостепени суд другачије одлучио од првостепеног. Ово решење је добро, пошто ће највишем суду „вратити” знатан део надлежности и омогућити му да кроз решење конкретних случаја, квалитетом знања својих судија, путем својих одлука „креира” судску праксу.

Важно је да се разуме да се судска пракса не намеће, пошто би то угрозило унутрашњу судијску независност, већ да се судска пракса прихвата, као и да је успостављање уједначене и доследне судске праксе процес за који су одговорне не само судије, већ и други друштвени актери.

Законодавна и извршна власт и државни органи који управљају судским системом (министарство правде, финансија, ВСС, ДВТ), сваки у оквиру својих надлежности дужни су да обезбеде:

- решења која су примерена и сагласна нашем (европско-континенталном) правном систему и традицији,
- квалитетне и међусобно усаглашене законе
- стабилност правног система
- и друге услове у којима судије могу да посвете дужну пажњу спору који треба да реше (посебно, да имају одговарајуће услове за рад, што значи – лак приступ компјутерима, интернету, бази прописа и судске праксе, помоћ судијских помоћника и другог особља, да буду задужене разумним

бројем предмета, као и да да буду приближно једнако оптерећене).

Судије међутим треба да:

- улажу стални напор у развој свог знања и вештина и у разумевање ширих друштвених догађања,
- јасно и потпуно аргументују своје одлуке
- увек брижљиво прави баланс између потребе за уједначеном и доследном судском праксом, са једне стране и за доношењем одговарајуће и правичне одлуке, чак и ако она одступа од праксе, са друге стране
- буду свесни да је њихово знање гарант њихове независности
- буду свесни своје дужности да увек буде непристрасни и правични.

monised and consistent jurisprudence is the process for which judges are responsible, but also other social stakeholders.

Legislative and executive powers and state bodies managing the judicial system (Ministry of Justice, Ministry of Finance, High Judicial Council, State Prosecutorial Council), each in the scope of their jurisdictions are liable to provide:

- Solutions appropriate and concordant to our (European continental) legal system and tradition;
- Quality and mutually harmonised laws;
- Stability of legal system;
- Other necessary conditions in which judges may pay due attention to the dispute they are supposed to solve (especially, to have adequate condition to work, meaning – easy access to computers, internet, databases of legislation and jurisprudence, assistance of judicial assistants and other judicial staff, reasonable case load, and to be approximately equally burdened).

Judges however should:

- Constantly make effort to develop their knowledge and skills in understanding wider social events;
- Clearly and fully argument their decisions;
- Always carefully create a balance between the need for harmonised and consistent jurisprudence on one side, and reaching adequate and fair deci-

sion, even if it departs from jurisprudence, on the other;

- Be aware that their knowledge is a guarantee of their independence;
- Be aware of their duty to always be impartial and fair.

ГОРАН ИЛИЋ

Утицај јавнотужилачке и судске праксе на правну сигурност у контексту новог Законика о кривичном поступку

ГОРАН ИЛИЋ

председник Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и заменик републичког јавног тужиоца

Као што знате, 2011. године је усвојен нови Законик о кривичном поступку и будући да усвајању Законика о кривичном поступку није претходила права и исцрпна дискусија какву подразумева један такав пропис, права дебата о Законнику о кривичном поступку настала је и наступила је тек након усвајања Законика. Ту су се чули гласови да нам није била потребна таква измена кривичне процедуре јер просто не може да се објасни ни оним планетарним трендом да се приближавају два кривичнопроцесна система, европско-континентални и англо-саксонски, будући да су у наш кривичнопроцесни систем искључиво и некритички преузета решења из англо-саксонског процесног система.

И после свега тога и после те дебате, може се рећи да је Законик о кривичном поступку усвојен као последица неколико околности, једна о тих је свакако чињеница да смо почели да следимо тај планетарни тренд да се судска истрага замењује тужилачком.

GORAN ILIĆ

The influence of jurisprudence of public prosecutions and courts on the legal certainty in the context of the new Criminal Procedure Code

GORAN ILIĆ

President of the Association of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors of Serbia, Deputy Republic Public Prosecutor

As you already know, the new Criminal Procedure Code was adopted in 2011 and, since a real and exhaustive discussion, as such a regulation would imply, had not preceded the adoption of the new Criminal Procedure Code, the real debate on the Criminal Procedure Code has ensued and occurred only after the adoption of the Code. Therein you could hear the voices that we did not need such a change in the criminal procedure since it cannot even be explained by the global trend of approach of two criminal procedure systems to one another, the European-continental and Anglo-Saxon ones, since the solutions from Anglo-Saxon procedure system were exclusively and uncritically taken in our criminal procedure system.

And after all that and after such a debate, one may say that the Criminal Procedure Code has been adopted as a consequence of several circumstances, once of which is certainly the fact that we have begun following that global trend that the judicial investigation is being replaced by a

Други разлог је у потреби да се смело и одлучно, веома често и некритички, прихвате решења из англо-саксонског кривичнопроцесног система и стиче се утисак да је у некој мери усвајање Законика о кривичном поступку био и резултат деловања неких међународних ванпроцесних, ванредно ауторитативних, и ванправних чинилаца.

Међутим, дебата је кренула од Законика о кривичном поступку тек пошто је он усвојен, она права дебата, и ту су се чули бројни критички коментари, чуло се и да се приликом усвајања Законика о кривичном поступку није водило рачуна о уставном положају јавног тужилаштва, као ни чињеници да је тужилаштво организовано по једном ригидном, одвише централизованом, моделу, који је у доброј мери превазиђен и који ће у приличној мери спутавати прилагођавање јавног тужиоца новој процесној улози и бојим се да се то у пракси показало као тачно. Друга група примедба тицала се потенцијалне неуставности појединих делова Законика о кривичном поступку, критичари су истицали да је Законик супротан Уставу, пре свега одредбама члана 32 Устава која говори о томе да о обустави односно покретању кривичног поступка одлучује суд. Према Законику о кривичном поступку, таква одлука, барем када је у питању покретање истраге, је у искључивој компетенцији јавног тужиоца, без икакве судске или, чак, хијерархијске контроле. И, трећа група примедба тицала се пре свега недостатака правно-техничке нарави Законика о кривичном поступку, онда извесних нелогичности, правно-техничких нејасноћа и томе слично.

Стиче се утисак да се није довољно говорило о могућем утицају новог Законика о кривичном поступку на правну сигурност управо јер те мане и ти недостаци, око којих је у приличној мери стручна јавност сагласна, у доброј мери могу да произведу неуједначено поступање судова и тужилаштва у сличним или истоветним ситуацијама. Уосталом, и та традиционална дефиниција правне сигурности управо говори о томе да је правна сигурност предвидивост у остваривању права и обавеза и извесност у остварењу права и обавеза. И одлуке Европског суда за људска права, као и ставови Венецијанске комисије говоре о томе, да правна сигурност, према схватању Венецијанске комисије, значи јавност, прецизност, доследност и забрана ретроактивности. У једној другој пресуди, Демир и Бејкара против Турске, Европски суд за људска права каже да судови не би требало без ваљаног разлога да одступају од већ успостављених преседана.

Кад све то имамо у виду, бојим се да је после тог првог шока изазваног експлозивним решењем из новог Законика о кривичном поступку, наступио тај други талас изненађења, а он се пре свега тицао неуједначеног поступања судова и тужилаштва и то је сликовито објаснио један судија Апелационог суда у Београду рекавши да, уместо да примењујемо Законик о кривичном поступку, ми га тумачимо, а ја бих додао, тумачимо га ко како стигне.

То је, као што рекох, имало за последицу неуједначено поступање у веома сличним ситуацијама и одступања од већ неких успостављених преседана

prosecutorial one. The other reason is the need to, boldly and decisively, very often uncritically, accept the solutions from the Anglo-Saxon criminal procedure system and one may have the impression that, to a certain extent, the adoption of the Criminal Procedure Code was a result of the influence of certain international extra-procedural, extraordinarily authoritative and extra-legal factors.

However, the debate begun from the Criminal Procedure Code only after it had been adopted, the real debate, and therein one could hear numerous critical comments, one could hear that during the adoption of the Criminal Procedure Code the care of constitutional position of public prosecution had not been taken, neither had it been taken on the fact that the prosecution is organised on a rigid, overly centralised, model, which is to a great extent overcome and which will predominantly hamper the adjustment of the public prosecutor to the new procedural role and I am afraid that it has shown to be true in practice. The second group of remarks was related to potential unconstitutionality of certain parts of the Criminal Procedure Code, the critics emphasized that the Code is contrary to the Constitution, above all to the Article 32 of the Constitution that provides that the suspension i.e. the initiation of the criminal procedure is to be decided upon by the court. According to the Criminal Procedure Code, such a decision, at least in terms of initiation of investigation, is in the exclusive competence of a public prosecutor, with no judicial or even hierarchical control. And the third group of remarks referred to, above all, the lack of legally-technical nature of the Criminal

Procedure Code, then certain lack of logic, legally-technical ambiguities and the like.

One may have an impression that it has not been debated enough on the potential influence of the new Criminal Procedure Code on legal certainty for the reason that these flaws and shortcomings, on which the professional public is mostly concordant, may to a great extent produce unharmonised handling by the courts and public prosecution offices in the similar or identical situations. Besides, such a traditional decision of the legal certainty precisely claims that the legal certainty is predictability in accomplishing rights and obligations and the predictability in fulfilling rights and obligations. Even the decisions of the European Court of Human Rights and the positions of the Venice Commission tell about this, that the legal certainty, according to the understanding of the Venice Commission means the public, accuracy, consistency and prohibition of retroactivity. In one other decision, *Demir and Baykara v. Turkey*, the European Court of Human Rights states that the courts should not, without a valid reason, depart from the established precedents.

Having all of this in mind, I am afraid that after the first shock caused by an explosive solution of the new Criminal Procedure Code, came the second wave of surprises, and it was primarily related to unharmonised handling of the courts and public prosecution offices and it was vividly explained by one judge of the Court of Appeal in Belgrade by saying that, instead of applying the Criminal Procedure Code, we are interpreting it, and I would add, we are interpreting it on our own accord.

када је у питању судска или јавнотужилачка пракса. Ја ћу у том смислу навести неколико примера, просто као илустрацију на који начин су у неким питањима поступала јавна тужилашта и судови и како су решавали или нису решавали проблем конфликта између различитих одлука у истим или сличним чињеничним ситуацијама.

Један од проблема се тиче прекида тока застарелости. Наиме, према новом Закоником о кривичном поступку, прекид тока застарелости може да се оствари било којом радњом јавног тужиоца или полиције, без обзира на стадијум кривичног поступка, чак, може и у стадијуму поступка који претходи формалном отпочињању кривичног поступка, у такозваном предистражном поступку. То у пракси ствара бројне проблеме будући да, према члану 288, јавни тужилац може од полиције да захтева такозвано прикупљање потребних обавештења. То је радња која се предузима сагласно Закоником о кривичном поступку, она у том смислу јесте радња гоњења, међутим, отвара се питање да ли је и процесна радња и да ли са тог становишта она може да прекине ток застарелости кривичног гоњења. Већина јавних тужилаштава сматра да би чак и то прикупљање потребних обавештења, а то је једна радња која је са становишта кривичног поступка невидљива, она нема процесно дејство, да и таква радња може да прекине ток застарелости. Ја припадам оној групи која сматра да не би требало и, као што рекох, то ствара бројне проблеме у пракси и сва ова теоријска и практична образлагања неће решити проблем јер у погледу прекида

тока застарелости кривичног гоњења и данас имамо различито поступање тужилаштава из простог разлога што није јасно да ли и ова врста радњи из предистражног поступка може да прекине ток застарелости или је обавезно да се ради о радњи која има процесни карактер, која има процесни ефекат, којом се заснива, мења или укида процесни однос.

Постоји једна друга одредба, из члана 139 Законика о кривичном поступку која уређује начин прибављања исправа у кривичном поступку. То је одредба која је разрадила начин на који се прибављају исправе у кривичном поступку и истовремено укинула дугогодишњу „забрану“ да се као доказ у кривичном поступку користе фотокопије исправа. Ту праксу је већ следио Виши суд у Београду у једној одлуци, КПО 8/13, и просто су фотокопију исправе користили као доказ у кривичном поступку и самим тим донели одлуку која је супротна устаљеном схватању још из 1985. године, када је заједничка седница Савезног суда и врховних судова републике заузела становиште да се фотокопије исправе не могу користити као доказ у кривичном поступку зато што се у фотокопији текст исправе лако може дописати, изменити или фалсификовати.

Са друге стране, у исто време, постоје одлуке судова које су на становишту да фотокопије исправа, без обзира на то што члан 139 Законика о кривичном поступку допушта ту могућност, које су на становишту да фотокопија исправа не може да се користи као доказ у кривичном поступку из оних разлога који

That has had, as stated, a consequence in unharmonised handling in very similar situations and deviations from some of the already established precedents when it comes to the practice of courts or public prosecution offices. In that sense, I will give several examples, simply as an illustration of the ways in which the public prosecution offices and courts handled certain matters and the way they resolved or did not resolve the problem of conflicts between different decisions under the identical or similar circumstances.

One of the problems referred to the interruption of the statute of limitation. Namely, according to the new Criminal Procedure Code, the interruption of the statute of limitation may be accomplished by any action of a public prosecutor or the police, regardless of the stage of the criminal procedure, even in the stage of the procedure that precedes the formal initiation of the criminal procedure, in the so called preliminary investigative procedure. In practice, that creates numerous problems since, according to Article 288, a public prosecutor may demand from the police the, so called, collection of the necessary information. It is an action taken in accordance with the Criminal Procedure Code, and in that sense, it is an action of prosecution, however, it raises the question on whether it is a procedural action as well and whether, from that point of view, may interrupt the statute of limitation of a criminal prosecution. The most of public prosecution offices consider that such a collection of the necessary information, which is an action that is, from the point of view of the criminal procedure, invisible, it has no procedural effect and such an action may interrupt the

statute of limitation. I belong to a group that considers that it should not and, as I said, it creates numerous problems in the practice and all of these theoretical and practical explanations will not solve the problem since in the area of the interruption of the statute of limitation of the criminal prosecution, we now have different handling of different prosecution offices for the mere reason that it is unclear whether this action that belongs to preliminary investigative procedure may interrupt the statute of limitation or it is necessary that an action which has a procedural character, procedural effects and which establishes, changes or abolishes procedural relation.

There is one other provision from the Article 139 of the Criminal Procedure Code that regulates the way of obtaining the records in the criminal procedure. It is a provision that developed the way in which records are being obtained in the criminal procedure and, at the same time, abolished the long-standing "ban" on using the photocopies of the records in the criminal procedure. That practice has already been followed by the High Court in Belgrade in a decision KPO 8/13, it simply used the photocopy of a record as a proof in a criminal procedure and in that manner, reached a decision that is contrary to the comprehension established in 1985, when the mutual session of the Federal Court and all supreme courts of the Republic has taken the viewpoint that the photocopies of the records should not be used as a proves in the criminal procedure since the text in a photocopy may easily be added, changed or forged.

су наведени у сентенци из далеке 1985. године.

Постоје други проблеми везани за поступање у, рецимо, ванредним правним лековима. По члану 470 Законика о кривичном поступку, понављање поступка може да се обави само у случају када је поступак окончан правноснажном пресудом. И то је створило бројне проблеме у пракси будући да постоје и друге врсте одлука које су мериторне, пре свега одлуке према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела и у тим ситуацијама није дозвољено понављање поступка. И будући да то утиче и на понављање поступка, овог основног, редовног, Врховни касациони суд се, по мени, у крајњој нужди, у доброј намери, латио посла и дао тумачење тој одредби 470 Законика о кривичном поступку утврдивши да је дозвољено понављање поступка и уколико је поступак окончан решењем, иако то не пише у Законику о кривичном поступку, уколико то решење има мериторни карактер и замењује пресуду.

Ових пар примера сам просто изнео као илустрацију проблема са којима се суочава пракса због нејасности и недоследности појединих непрецизности норми Законика о кривичном поступку и, премда у теорији постоји опште сагласје да апсолутна правна сигурност не постоји већ, како кажу теоретичари, само постоји релативна правна сигурност у оквиру правне културе не-сигурности, бојим се да смо новим Законом о кривичном поступку, тежећи ефикасности кривичног поступка, за коју нисам сигуран да смо остварили,

добили извесност различитих одлука у веома сличним или истоветним ситуацијама, донекле угрозили правну сигурност, а у исто време, нема поузданих података да смо добили на ефикасности кривичног поступка.

On the other hand, at the same time, there are decisions of the courts that are at the viewpoint that the photocopies of records, regardless of the Article 139 of the Criminal Procedure Code that allows such a possibility, should not be used as a proof in the criminal procedure for the same reasons stated in the sentence of the far away 1985.

There are other problems in relation to the handling in, for example, extraordinary legal remedies. According to the Article 470 of the Criminal Procedure Code, the reopening in the criminal procedure can be done only in the case the procedure is terminated by a final judgement. That has created numerous problems in practice since there are other types of decisions that are meritorious, above all, the decisions according to the Law on seizure and confiscation of the proceeds from crime and in such a situations the reopening of the procedure is not allowed. And since that affects the reopening the regular, ordinary procedure, the Supreme Court of Cassation has, in my opinion, in extreme necessity, in good intention, taken the work and provided the interpretation of the provision 470 of the Criminal Procedure Code by establishing that the reopening of the procedure is allowed even if a procedure is terminated by a decision, even though the Criminal Procedure Code does not stipulate it, in case the decision has a meritorious character and substitutes the judgment.

I have provided these several examples as an illustration of the problem with which the practice due to unclear and inconsistent provisions of the Criminal procedure Code and even though there is a

concordance in the theory that the absolute legal certainty does not exist but, as the theoretician say, there only exists the relative legal certainty in the framework of legal culture of uncertainty, I am afraid that by the new Criminal Procedure Code, by striving towards the effectiveness of the criminal procedure, which I am not sure we can obtain, we have acquired the certainty of different decisions in a very similar or identical situations, we have somewhat jeopardised the legal certainty and at the same time, there are no reliable evidence that we have improved the effectiveness of the criminal procedure.

IRMGARD GRISS

Уједначавање судске праксе у Аустрији

IRMGARD GRISS

заменски судија Уставног суда
Аустрије, председница Мреже
председника врховних судова
Европске уније, председница савета
Универзитета у Грацу

Уједначавање судске праксе није значајно питање у Аустрији. У многим областима она једноставно функционише. Ово је углавном због жалбеног система и до само-схватања судија. Навикнути су да прате судску праксу Врховног суда, осим ако имају боље аргументе.

1. Аустријски врховни суд

По члану 92 Устава Аустрије, Врховни суд је суд последње инстанце за грађанске и кривичне предмете. Члан 92 успоставља гаранцију постојања Суда. Не може бити укинут обичном законодавном процедуром; мора остати једини суд за право на коначну жалбу у оквиру његових надлежности.

У својој свеобухватној водећој улози у управљању правосуђем у оквиру редовног судског система, Врховни суд тежи очувању правне уједначености, правне сигурности и развоја права.

IRMGARD GRISS

Harmonization of Case Law in Austria

IRMGARD GRISS

substitute judge of Constitutional Court of Austria, President of the Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of European Union, President of the Council of the University of Graz

Harmonization of case law is not a big issue in Austria. In most areas it just works. This is mainly due to the appeals system and to the self-conception of judges. They are used to follow the jurisprudence of the Supreme Court unless they have better arguments.

1. The Austrian Supreme Court

According to Art 92 of the Austrian Constitution the Supreme Court is the court of final appeal in civil and criminal matters. Art 92 constitutes a guarantee that the Court will continue to exist. It cannot be abolished by ordinary legislative process; it must remain the sole court of final appeal within its jurisdictions.

In its comprehensive guiding role in the administration of justice within the ordinary court system, the Supreme Court seeks to safeguard legal uniformity, legal certainty, and the development of the law.

Прецеденти нису правно обавезујући. Међутим, судска пракса суда има кључну улогу у давању посебне садржине законима, одређивању значења одредаба закона и обезбеђивању правне заштите грађана.

Када је Аустрија постала земља чланица Европске уније 1995, улога Суда је претрпела промену. Престао је да буде суд последње инстанце у строгом смислу. Као сви остали судови последње инстанце унутар Европске уније, Суд се о питањима тумачења права Уније мора обратити Суду правде Европске уније ако није у питању јасан случај. Према томе, Суд мора да тежи правној уједначености и у погледу на законе Европске уније.

Поред тога, суд мора водити рачуна да се закон тумачи у складу са Уставом и Повељом о основним правима. У Аустрији Европска конвенција о људским правима има уставни значај. Тумачење у складу са Уставом подразумева тумачење у складу са Европском конвенцијом о људским правима. Уколико Суд сумња да је законска одредба уставна, мора започети поступак пред Уставним судом за стављање ван снаге поменуте одредбе.

2. Приступ Врховном суду

Приступ Врховном суду је ограничен; не постоји аутоматско право на жалбу. У складу са уставним законом, ограничење приступа не сме бити широко постављено да се не би потценио значај Суда као коначног жалбеног суда.

Али мора постојати неко ограничење. У супротном би Врховни суд био преоптерећен превеликим бројем предмета и не би могао да испуни свој задатак.

Жалбе су предмет ограничења вредношћу спора, значајем у смислу уједначености права, правне сигурности или развоја права и права на жалбу апелационог суда. Уколико је вредност спора пред жалбеним судом испод 5.000€ не постоји право жалбе Врховном суду.

Жалбени суд мора омогућити или одбити право на жалбу. Уколико је право на жалбу омогућено, може се уложити редовна жалба. Уколико је право на жалбу одбијено, мора се направити разлика. Испод 30.000€ постоји жалба жалбеном суду да измени своју одлуку. Слаба тачка у том погледу је чињеница да су судије које су донеле одлуку такође судије које одлучују да ли случај може бити изнет пред Врховни суд.

Уколико је вредност већа од 30.000€ и право на жалбу одбијено, ванредна жалба се може уложити. Врховни суд није везан одлуком апелационог суда да дозволи или одбије право на жалбу. Слободан је да одбаци жалбу или да одлучи мериторно о случају. Једина разлика постоји у захтевима који се тичу садржине одлуке на коју је жалба одбачена. Уколико је редовна жалба одбачена, оваква одлука мора бити образложена. Уколико је ванредна жалба одбијена, образложење није неопходно.

Систем филтера функционише сасвим добро. Уводи равнотежу између потребе за бројем предмета који се може контролисати и потребе да појединач-

Precedents are not legally binding. However, the Court's jurisprudence has an essential purpose in giving specific content to the law, determining the meaning of provisions of law and assuring the legal protection of the citizen.

When Austria became a member state of the EU in 1995, the Court's role underwent a change. It ceased to be a court of last resort in the strict sense. Like all other courts of final appeal within the EU the Court has to refer questions of interpretation of Union law to the Court of Justice of the EU if it is not an *acte clair*. Thus, the Court has to seek legal uniformity also with respect to EU law.

In addition, the Court has to safeguard that the law is interpreted in accordance with the Constitution and the Charter of Fundamental Rights. In Austria the European Convention on Human Rights has constitutional value. Interpretation in accordance with the Constitution comprises interpretation in accordance with the European Convention on Human Rights. If the Court doubts whether a legal provision is constitutionally valid it has to start proceedings in the Constitutional Court for invalidation of the provision.

2. Access to the Supreme Court

Access to the Supreme Court is limited; there is no automatic right of appeal. According to constitutional law limitation of access must not be so broad as to undermine the Court's significance as a court of final appeal. But there has to be some limitation. Otherwise the Supreme Court

would be burdened with an excessive caseload and not be able to fulfil its task.

Appeals are subject to limitation on the amount in dispute, on the importance in terms of uniformity of law, legal certainty or development of the law and on leave granted by the appellate court. If the amount in dispute in the appeal court is below 5.000€ there lays no appeal to the Supreme Court.

The court of appeal has to grant or deny leave to appeal. If leave to appeal is granted an ordinary appeal may be filed. If leave to appeal is denied a distinction has to be made. Below 30.000 EUR there lays an appeal to the appeal court to amend its decision. The weak point in this respect is the fact that the judges who rendered the decision are also the judges who decide whether the case can be brought before the Supreme Court.

If the amount in dispute is above 30.000€ and leave to appeal is denied, an extraordinary appeal may be filed. The Supreme Court is not bound by the appellate court's decision to grant or to deny leave to appeal. It is free to dismiss the appeal or to decide the case on the merits. The only difference lays in the requirements with respect to the contents of the decision by which the appeal is dismissed. If an ordinary appeal is dismissed the decision has to state the reasons. If an extraordinary appeal is dismissed no reasoning is required.

The filter system works quite well. It strikes a balance between the need for a manageable caseload and the need that a single court has the last word with respect to the interpretation of legal provisions.

ни суд има последњу реч у вези са тумачењем законских одредаба.

3. Проширено веће

Веће које најјасније одражава основну функцију Суда се састоји од једанаест чланова и зове се проширено веће. Формира се када се обичном већу дода шест најискуснијих судија пошто је правно питање од фундаменталног значаја и одлука би одступила од прецедената Суда или од последње одлуке претходног проширеног већа. Овакво веће се користи и уколико на изузетно важно питање није дат јединствен одговор у претходним одлукама суда. Да ли ће се проширено веће формирати зависи од одлуке већа које би требало да одлучује по жалби.

Дала бих неколико примера:

Проширено веће је 1992. године одлучило да трговачки путник има избор између тужбе у вези са изводима из књига и ванпарничног поступка који омогућава приступ књигама и рачунима како би добио неопходне информације за израчунавање провизије продаје. До ове одлуке, трговачки путник је могао да започне само ванпарнични поступак. Последица је била да је морао да сноси трошкове извода из књига.

Током деценија су се водиле дискусије о томе да ли купац робе са грешком може тужити продавца за накнаду штете на име компензације за грешку. У то време је рок застарелости за накнаду штете био три године, док је рок

застарелости за захтеве у вези са гаранцијом био само шест месеци. Проширено веће је 1992. године одлучило да купац робе са грешком може да изабере између гаранције и накнаде штете. Сада је могуће тражити накнаду за грешке и пошто је рок застарелости за захтеве из гаранције истекао и не само за последичне штете.

Такође је током деценија критиковано то што се, по римском принципу "Nemo pro praeterito alitur", алиментација не може тражити за прошлост. Тек 1987. године је проширено веће одступило од дугог низа одлука и одлучило да се алиментација може тражити и за протекли период.

У највећем броју случајева, проширеном већу су претходиле супротстављене одлуке и дискусије унутар правних кругова у оквиру којих је судска пракса критикована. Обично је потребно неко време док (обично) веће прихвати критике и одлучи да конституише проширено веће. Судови се воде одлукама проширеног већа иако оне нису правно обавезујуће. Међутим, уколико суд пронађе боље аргументе слободан је да другачије одлучи. Али то је редак изузетак.

4. Приступ одлукама

Суд последње инстанце може испунити свој задатак заштите правне усклађености и правне сигурности ако постоји лак приступ одлукама. У Аустрији је овакав случај. Постоји база података која садржи све одлуке Суда осим оних које се тичу само одбацивања жалби без наво-

3. Enlarged panel

The panel reflecting the Court's fundamental purpose most clearly is that consisting of eleven members and called an enlarged panel. It is constituted when a simple panel adds the six most senior justices because the legal issue is of fundamental significance and the decision would depart from the Court's precedents or from the most recent decision of an earlier enlarged panel. Such a panel is also used if a fundamental issue has not been given a uniform answer in the Court's previous rulings. Whether an enlarged panel is constituted depends on the decision of the panel that has to decide on the appeal.

I would like to give a few examples:

In 1992 an enlarged panel decided that the commercial agent has the choice between an action for an extract of books and non-adversary proceedings allowing access to books and accounts in order to get the necessary information for calculating the sales commission. Until this decision the commercial agent could only initiate non-adversary proceedings. The consequence was that he had to bear the cost of the extract of books.

For decades there had been discussions of whether the buyer of defective goods can sue the seller for damages in order to be compensated for the defect. At that time the statute of limitations for damages was three years whereas the statute of limitations for warranty claims was only six months. In 1992 an enlarged panel decided that the buyer of defective

goods could choose between warranty and compensation for damages. Now it is possible to claim compensation for defects also after the statute of limitations for warranty claims has elapsed and not only consequential damages.

Also for decades it had been criticised that, following the Roman principle "Nemo pro praeterito alitur", alimony could not be claimed for the past. Only in 1987 an enlarged panel departed from the long line of decisions and decided that alimony could be claimed also for the past.

In most cases an enlarged panel has been preceded by conflicting decisions and a discussion within the legal community in the course of which the jurisprudence is criticised. It usually takes some time until a (simple) panel takes up the criticism and decides to constitute an enlarged panel. Courts follow decisions of enlarged panels although the decisions are not legally binding. However, if a court finds better arguments it would be free to decide otherwise. But that is a rare exception.

4. Access to decisions

A court of last resort can fulfil its task to safeguard legal uniformity and legal certainty only if there is easy access to its decisions. In Austria this is the case. There is a database containing all decisions of the Court other than those that were merely a dismissal of an appeal without statement of the grounds. An appeal can be dismissed without stating the grounds if the appeal court does not grant leave to appeal and the Supreme Court finds that

ђења разлога. Жалба се може одбацили без навођења разлога ако жалбени суд не дозвољава право на жалбу и Врховни суд сматра да одлука не зависи од одредаба материјалног права.

Поред целокупних текстова, база такође садржи и извештаје водећих принципа („Leitsätze“) који произилазе из одлука. У идеалној ситуацији, веће сачињава нацрт извештаја водећих принципа јер судије које одлучују најбоље знају који су водећи принципи њихових одлука. Уколико веће то не успе да учини онда судије у писничкој канцеларији („Evidenzbüro“) сачињавају извештаје. У сваком случају, извештаји морају бити одобрени од стране председавајућег већем пре него што буду објављени. Одлуке и извештаји са водећим принципима су доступни на интернету бесплатно: <http://ris.bka.gv.at/jus>.

База података служи двома интересима: Било ко ко тражи информацију о праву, пронаћи ће додатне изворе права који допуњавају текстове закона. Јавности је дозвољено да прати садржину одлука. Јавност је један од основних принципа аустријског процесног права.

5. Задаци судија

Законски оквир и организациона структура су само део неопходних захтева за ефикасно уједначавање судске праксе. Једнако важно, ако не и важније, јесте како се судије, и то посебно судије суда последње инстанце, бирају и обучавају.

Судијама су потребне одличне вештине тумачења права. Морају бити способне да користе једноставан и разумљив језик. Њихове одлуке ће прихватити странке у поступку и пратити колеге судије само ако су њихова образложења јасна и убедљива. Континуирана обука судија, као и судија Врховног суда, јесте неопходна.

6. Завршна запажања

Правна уједначеност и правна сигурност су фундаментални квалитети правне државе („Rechtsstaat“), државе уређене владавином права. Правна уједначеност и правна сигурност претпостављају уједначеност судске праксе. Да ли је право уједначено зависи од жалбеног система и посебно од улоге суда последње инстанце.

У Аустрији је то један од главних задатака Врховног суда, да очува правну уједначеност и правну сигурност. Жалбе Врховном суду су подвргнуте систему филтера. Систем филтера гарантује да ће број предмета Суда бити контролисан и суштинска правна питања, посебно питања тумачења законских одредаба, бити изнета пред Врховни суд.

Али главни задатак лежи на судијама: образложења одлука Врховног суда морају бити јасна и убедљива и све друге судије морају бити вољне да прате судску праксу Врховног суда осим ако имају боље аргументе.

the decision does not depend on a substantial point of law.

In addition to the full texts the database also contains statements of guiding principles (“Leitsätze”) derived from decisions. Ideally, the panel drafts the statements of guiding principles because the deciding judges know best what the guiding principles of their decision are. If the panel fails to do so then the judges in the Records Office (“Evidenzbüro”) draft the statements. In any case, the statements have to be approved by the chair of the panel before they are published. The decisions and statements of guiding principles are accessible on the internet free of charge: <http://ris.bka.gv.at/jus>.

The database serves two major interests: Anyone seeking information about the law will find additional sources of law supplementary to the statutory texts. The public is allowed to monitor the contents of the decisions. Publicity is one of the guiding principles of the Austrian procedural system.

5. Tasks of judges

The legal framework and the organisational structure are only a part of the necessary requirements for an efficient harmonization of law. Equally, if not more important is how judges and in particular the judges of the court of last resort are selected and trained.

Judges need excellent skills in interpreting the law. They must be able to use a plain and understandable language. Their

decisions will be accepted by the parties and followed by fellow judges only if their reasoning is clear and persuasive. Continuing education for judges, also for Supreme Court justices, is a must.

6. Concluding remarks

Legal uniformity and legal certainty are fundamental qualities of the “Rechtsstaat”, the state governed by the rule of law. Legal uniformity and legal certainty presuppose harmonization of law. Whether the law is harmonized depends on the appeals system and in particular on the role of the court of last resort.

In Austria it is one of the main tasks of the Supreme Court to safeguard legal uniformity and legal certainty. Appeals to the Supreme Court are subject to a filter system. The filter system guarantees that the Court’s caseload is manageable and that substantial points of law, in particular questions of interpretation of legal provisions, can be brought before the Supreme Court.

But the main task lays with the judges: The reasoning of Supreme Court decisions must be clear and persuasive and all other judges must be willing to follow the jurisprudence of the Supreme Court unless they have better arguments.

CHRISTIANE SCHMALTZ

Уједначавање судске праксе у Немачкој и улога Европског суда за људска права и Уставног суда по овом питању

CHRISTIANE SCHMALTZ

LL.M. (Univ. of Virg.), ad hoc судија Европског суда за људска права, судија Апелационог суда области Schleswig-Holstein

1. Увод

Речено ми је да Британци започињу говор са шалом, Французи са комплиментом а Немци са кратким приказом. Ја за вас немам ни приказ, нити шалу или комплимент – осим веома пријатне добродошлице коју сам имала у вашој земљи – па ми дозволите да започнем свој говор са нечим другим, са провокативном изјавом: Владавина права је препрека када се ради о уједначавању судске праксе; много је једноставније уједначити судску праксу у земљи која није посвећена начелу владавине права. Зашто? Зато што се без владавине права може уједначити судска пракса од врха наниже; судијама се једноставно говори како да одлучују.

Допустите да будем веома јасна, наравно да не заговарам напуштање владавине права; насупрот. Међутим, то је балансирање између уједначене судске праксе и независности право-

CHRISTIANE SCHMALTZ

Harmonization of case law in Germany and the role of the ECHR and the Constitutional Court in it

CHRISTIANE SCHMALTZ

LL.M. (Univ. of Virg.), ad hoc Judge of European Court of Human Rights, Judge at the Appellate Court Schleswig-Holstein

1. Introduction

I have been told the British start a speech with a joke, the French with a compliment and the Germans with an outline. I neither have an outline for you nor a joke or a compliment - apart from the very nice welcome I have had in your country - so let me start my speech with something else, a provocative statement: The rule of law is an obstacle when it comes to harmonizing the case-law; it is much easier to harmonize the case-law in a country not committed to the rule of law. Why? Because without the rule of law you could harmonize the case-law from the top down; judges are simply being told how to decide.

Let me be very clear, I am of course not advocating getting rid of the rule of law; quite the contrary. However, it is a balancing act between a harmonized case-law and an independent judiciary; but - as my colleague from Austria pointed out - it is not a contradiction! There are no easy an-

сућа; али, као што је моја колегиница из Аустрије нагласила – није у питању контрадикторност! Нема лаких одговора или једноставних механизма који би одржали доследност судске праксе без угрожавања независности судија. Него, она у великој мери зависи од нас, од судија; уједначавање судске праксе је наша одговорност. Све што законодавац може да уради је да нам стави на располагање инструменте које можемо користити да бисмо уједначили судску праксу; али неопходно је да знамо како да њима рукујемо и неопходно је да желимо њих да користимо.

Један од основних стубова владавине права је независно судство. Друга два основна захтева су, међутим, једнакост пред законом, као и једнакост у примени закона. Ови други елементи владавине права обезбеђују доследност у пракси судова. Ако једно независно судство трајно примењује ове елементе, довешће до правне сигурности, како се захтева принципом правичног суђења садржаним у члану 6 § 1 Конвенције о људским правима.

Према томе, једно питање је: који механизми гарантују правну сигурност странака у поступку док истовремено чувају неопходну независност судија? Данас ћу вам представити немачки приступ. Објаснићу који механизми функционишу у немачком правном систему да обезбеде доследност судске праксе и како ови механизми функционишу у пракси. Сви знамо да они нису увек функционисали у Немачкој. А „проблем” са независношћу судства илустрован је пословицом „Пред судом и на немирном мору сте у божјим рука-

ма”. Очигледно, људи нису увек имали поверења у судство. Међутим, то се променило. Скорашња статистика показује да око 65% људи има висок степен поверења у немачке судове.

Желим да започнем своје излагање приказом ситуације у Немачкој која се тиче грађанских поступака пре него што истакнем посебну улогу Федералног уставног суда у овом контексту. Намерно ограничавам своја објашњења на грађанске поступке јер нам то омогућава да ближе сагледамо ове поступке. Међутим, механизми за уједначавање судске праксе су веома слични и у другим областима права, и то управног, социјалног и радног права. У кривичним поступцима, механизми су различити и данас нећу о њима расправљати.

У првом делу свог излагања објаснићу систем правних лекова у грађанским предметима. То је систем „кочница и равнотежа” између нижих и виших судова који обезбеђује основу за усаглашену судску праксу. Према томе, морамо разумети систем правних лекова како бисмо разумели механизме за уједначавање судске праксе. У другом делу ћемо детаљније сагледати тренутне механизме за уједначавање судске праксе. И у трећем делу објаснићу посебну улогу коју Федерални уставни суд игра када је у питању уједначавање судске праксе. Приказаћу приговоре које подносиоци могу да уложе уз своју уставну жалбу и кроз коју Уставни суд може да ревидира коришћење система правних лекова од стране судова ниже инстанце и на тај начин доприне се уједначавању судске праксе.

swers or simple mechanisms to keep the case-law consistent without compromising the independence of judges. Rather, it depends to a large extent on us, on the judges; harmonizing the case-law is our responsibility. All the legislator can do is to provide us with some tools which we can use to harmonize the case-law; but we need to know how to handle them and we need to want to work with them.

One of the main pillars of the rule of law is an independent judiciary. Two other basic requirements are, however, equality before the law as well as equality in applying the law. These latter rule-of-law-elements ensure consistency in the practice of the courts. If an independent judiciary continuously applies these elements it will lead to legal certainty as required by the fair trial principle enshrined in Article 6 § 1 ECHR.

One question thus is: which mechanisms guarantee legal certainty for litigants while at the same time preserving the necessary independence of judges? I will show you today the German approach. I will explain which mechanisms have worked for the German legal system to ensure consistency of the case-law and how these mechanisms work in practice. We all know that they have not always worked in Germany. And the “problem” with judicial independence is also illustrated by the proverb “Before a court of law and on the high seas you are in God’s hand”. Apparently people have not always had a lot confidence in the judiciary. However, that has changed. Recent statistics show that about 65% of the people have great confidence in the German courts.

I want to start my presentation by outlining the situation in Germany with regard to civil proceedings before pointing out the special role of the Federal Constitutional Court in this context. I am deliberately limiting my explanations to civil proceedings because that gives us the opportunity to look at these proceedings more closely. However, the mechanisms to harmonize the case-law are very similar in other fields of the law, namely administrative law, social law and labor law. In criminal proceedings, the mechanisms are different and I will not discuss them today.

In the first part of my presentation I will explain the system of legal remedies in civil cases. It is this system of “checks and balances” between the lower and the higher courts which provide the basis for a harmonized case-law. Thus, we need to understand the system of remedies to understand the mechanisms for the harmonization of the case-law. In the second part we will have a closer look at the actual tools for harmonizing the case-law. And in the third part I will describe the special role the Federal Constitutional Court plays when it comes to harmonizing the case-law. I will outline the complaints that applicants can raise with their constitutional complaint and through which the Constitutional Court can review the lower courts’ handling of the remedy system and thereby contribute to the harmonization of the case-law.

Because all of this is rather technical I have tried to summarize the main points on the slides and hope that will help you when following the presentation. Also, you should have a handout with a simplified chart of the remedy system.

Из разлога што је ово све претежно техничко, покушала сам да сумирам главне тачке на слајдовима и надам се да ће вам помоћи када будете пратили презентацију. Такође, требало би да имате материјал са поједностављеном табелом система правних лекова.

2. Правни лекови у грађанским поступцима

Правни лекови у немачком грађанском поступку у основи обухватају жалбу, жалбу у вези са одредбама закона и приговор против одобрења да се одобри жалба у вези са одредбама закона. Такође, постоји могућност такозване „прескачуће жалбе“ о којој, међутим, нећу елаборирати данас. Пре него што дођем до стварних механизма који чувају доследност судске праксе, допустите да објасним основне принципе ових правних лекова.

Жалба

На одлуке у првом степену које је донео или месни суд или регионални суд – у зависности од вредности тужбеног захтева – може се увек жалити ако је вредност захтева већа од 600€. Ако је вредност захтева мања, жалба је допуштена само ако првостепени суд у својој одлуци обезбеди право на жалбу. Право на жалбу се мора обезбедити ако је *„правна ствар од фундаменталног значаја или где год даљи развој закона или интерес обезбеђивања јединственог пресуђивања захтева да одлуку жалбени суд врати нижој инстанци.“*

Без детаљнијег разматрања у овом тренутку, ово је први механизам да се обезбеди уједначена судска пракса у Немачкој: право на жалбу се мора обезбедити за добробит доследности судске праксе. Међутим, молим вас да узмете у обзир да је одлука суда прве инстанце о томе да ли се одобрава право на жалбу или не коначно и обавезује жалбени суд. Не може се оспорити регуларним правним средствима. Према томе, када су у питању тужбени захтеви од 600€ или мањи, у рукама сте судије месног суда.

Једна мала напомена: До 2002. године, могућност да се одобри право на жалбу није постојала уопште; право на жалбу је увек зависило од вредности тужбеног захтева. Ако је било мање од 750€, одлука првог степена је била коначна. Ово је, наравно, носило својеврсну опасност арбитрерних судских одлука. Јер, ако судија зна да се на његову одлуку не може жалити – да је на њима да изрекну последњу реч – у најмању руку постоји ризик да одлуке које нису добро образложене, могу садржати виђење које није доследно са судском праксом или могу бити у супротности са гаранцијама поступка.

Жалба у вези са одредбама закона

Жалба у вези са одредбама закона је дозвољена на пресуде суда донете по жалби и, отуда, на пресуде другостепеног суда. У Немачкој, то су или регионални судови, када поступају у другом степену у односу на месни суд, или Виши регионални суд, који је жалбени суд за

2. Remedies in civil proceedings

Legal remedies in German civil proceedings basically comprise the appeal, the appeal on points of law and the complaint against the denial to grant leave to appeal on points of law. There is also the possibility of a so called “leapfrog appeal”, which I will, however, not elaborate on today. Before getting to the actual mechanisms safeguarding the consistency of the case-law, let me describe the basic principles of these remedies.

The appeal

First instance decisions which are rendered either by the Local Court or the Regional Court - depending on the value of the claim - can always be appealed if the value of the claim is more than 600 €. If the value of the claim is less, an appeal is admissible only if the first instance court in its decision grants leave to appeal. Leave to appeal has to be granted if *“the legal matter is of fundamental significance or wherever the further development of the law or the interests in ensuring uniform adjudication require a decision to be handed down by the court of appeal.”*

Without going any further into it at the moment, this is the first mechanism to ensure a harmonized case-law in Germany: leave to appeal has to be granted for the sake of consistency of the case-law. Please note, however, that the decision of the first instance court of whether to grant leave to appeal or not is final and binding on the appeal court. It cannot be challenged with regular remedies. Thus,

when it comes to claims of 600 € or less you are in the hands the local court judge.

Just a note on the side: Until 2002 the possibility to grant leave to appeal did not exist at all; the right to appeal always depended on the value of the claim. If that was below 750 € the first instance decision would be final. This, of course, carried the inherent danger of arbitrary court decisions. Because if judges know their decisions cannot be appealed - that they have the last word so to speak - there at least exists the risk that the decisions are not well argued, might hold a view not consistent with the case-law or be in breach with procedural guarantees.

Appeal on points of law

An appeal on points of law is admissible against appeal court judgments, hence, judgments of the second instance courts. In Germany these are either the Regional Courts, when acting as a second instance with regard to the Local Court, or the Higher Regional Court, which is the appeal court in all civil cases decided by the Regional Court in first instance.

For an appeal on points of law to be admissible it needs to be allowed by the appeal court in its judgments. The appeal court must allow the appeal on points of law if either

- *the legal matter is of fundamental significance or*
- *the further development of the law or the interests in ensuring uniform adjudication require a decision to be*

све грађанске предмете о којима одлучује регионални суд у првом степену.

Да би жалба у вези са одредбама закона била допуштена, мора да буде допуштена од стране жалбеног суда у његовим пресудама. Жалбени суд мора дозволити жалбу у вези са одредбама закона ако

- је правно питање од фундаменталног значаја или
- даљи развој закона или интереси у обезбеђивању јединственог пресуђивања захтевају да одлука буде отпослата нижем суду од стране вишег по разматрању жалбе у вези са одредбама закона.

Овде имамо други механизам који је – приметите – мање или више исти као и први, али овога пута на жалбеном новоу.

Трећи механизам одмах прати: За разлику од жалбене процедуре, странка која губи у поступку може уложити проговор против одбијања жалбе од стране жалбеног суда да обезбеди право на жалбу у вези са одредбама закона. Према томе, на овом нивоу, Федералном суду правде, немачком „врховном суду“ за грађанскоправне предмете, који је једини надлежни суд за жалбе у вези са одредбама закона, може се затражити да ревидира одлуку жалбеног суда којом не дозвољава право на жалбу. Међутим, примењује се једно ограничење: приговор против одбијања права на жалбу у вези са одредбама закона је – тренутно – само допуштен ако је вредност тужбеног захтева већа од 20.000€.

Унутрашњи механизми суда

Зарад потпуности, допустите да додам да при сваком федералном суду као и међу федералним судовима – то су Федерални суд правде (за грађанскоправна и кривичноправна питања), Федерални управни суд, Федерални социјални суд, Федерални радни суд и Федерални финансијски суд – постоје два додатна механизма за уједначавање судске праксе: Велики сенат и Заједнички сенат.

Уколико Сенат Федералног суда жели да одступи од судске праксе другог Сената, мора да случај упути Великом сенату на одлучивање. Случај који укључује контроверзно питање од фундаменталног значаја може се такође упутити Великом сенату.

Заједнички сенат највиших судова Федерације одлучује о предметима у којима један од федералних судова жели да одступи од судске праксе другог федералног суда и из овог разлога упућује предмет Заједничком сенату на одлучивање.

3. Посебна средства: Фундаментални значај и интереси за обезбеђивање уједначеног пресуђивања

Сада, како све то функционише у пракси? Који предмети су од фундаменталног значаја и шта су тачно „интереси за обезбеђивање уједначеног пресуђивања“, односно, у којим случајевима се мора га-

handed down by the court hearing the appeal on points of law.

Here we have *the second mechanism* which is - you will have noticed - more or less the same as the first one but this time on the appeal level.

The third mechanism follows immediately: Different from the appeal procedure the losing party can file a complaint against the refusal of the appeal court to grant leave to appeal on points of law. Thus, on this level, the Federal Court of Justice, the German “supreme court” for civil cases, which is the only competent court for appeals on points of law, can be asked to review the decision of the appeal court not to grant leave to appeal. However, one restriction applies: the complaint against the refusal to grant leave to appeal on points of law is currently - only admissible if the value of the claim is more than 20.000 €.

Court internal mechanisms

For the sake of completeness let me add that within each Federal Court as well as among the Federal Courts - these are the Federal Court of Justice (for civil and criminal matters), the Federal Administrative Court, the Federal Social Court, the Federal Labor Court and the Federal Finance Court - there exist two other mechanisms to harmonize the case-law: the Grand Senates and the Joint Senate.

If a Senate of a Federal Court wants to deviate from case-law of another Senate it has to refer the case to the Grand Senate for a decision. A case involving a controversial

question of fundamental importance can also be referred to the Grand Senate.

The Joint Senate of the highest Courts of the Federation decides cases in which one Federal Court wants to deviate from the case-law of another Federal Court and for this reason refers the case to the Joint Senate for a decision.

3. Specific tools: Fundamental significance and interests in ensuring uniform adjudication

Now, how does all that work in practice? Which cases are of fundamental significance and what exactly are the “interests in ensuring uniform adjudication”, meaning, in which cases must leave to appeal or leave to appeal on points of law be granted?

Fundamental significance

A case has fundamental significance if it raises a legal question which is decisive for the outcome of the case, requires further clarification and is of relevance for an indefinite number of cases, and hence of overall importance. A legal question requires further clarification, for example, in cases in which lower courts are in disagreement on how to resolve that question. In such a situation the public interest requires a decision of the Federal Court of Justice. That court has to give a final answer, produce guiding principles which the lower courts can in the future apply to similar cases.

рантовати право на жалбу или право на жалбу у вези са одредбама закона?

Фундаментални значај

Предмет има фундаментални значај ако покреће правно питање које је одлучујуће по исход предмета, захтева даље прецизирање и од значаја је за неограничен број предмета, и тако има свеопшти значај. Правно питање захтева даље прецизирање, на пример, у предметима у којима су нижи судови у неслагању о решењу појединог питања. У таквој ситуацији јавни интерес захтева одлуку Федералног суда правде. Тај суд мора дати коначан одговор, пружи водеће принципе које нижи судови у будућности примењују на сличне случајеве.

На пример, контроверзно питање које се тиче тумачења општих одредаба и услова може имати фундаментални значај пошто се такви услови користе не само у једном уговору већ у њиховом неограниченом броју. Федерални суд правде се одређени број пута ба вио основним одредбама и условима поштанских штедионица.

„Даљи развој права”, који је такође разлог за постојање права жалбе, често коинцидира са „фундаменталним значајем”; према том нећу се даље на овоме задржавати.

Интерес у обезбеђењу једнообразног пресуђивања

И, сада, шта „интерес у обезбеђењу једнообразног пресуђивања” заиста

значи? Његова сврха је – поменула сам раније – да обезбеди једнакост у примени права и правне сигурности какву штити члан 6 Европског суда за људска права као и немачки Устав.

Питање да ли гарантовати право на жалбу или на жалбу у вези са одредбама закона због интереса обезбеђивања једнообразне примене није прво и основно питање појединачне правде. Радије, појединачна правда је заштићена само док је приступ вишој судској инстанци такође и у јавном интересу.

Пре свега, право на жалбу или на жалбу у вези са одредбама закона се гарантује ако нижи суд одступи од уређене судске праксе. Ово је случај ако суд примени апстрактно правно начело које није у сагласности са уређеном судском праксом. Ако, са друге стране, само *примена* дуготрајних правних принципа на више или мање идентичне случајеве варира, није у питању одступање. Два суда могу правилно доћи до различитих закључака у сличним случајевима – то је део независности судства.

Међутим, „интерес у обезбеђењу једнообразног пресуђивања” се не примењује на предмете у којима суд одступа од уређене судске праксе вишег суда или суда исте инстанце. Исто ће се применити у предметима где стварне грешке нижег суда у примени материјалних или процесних норми захтевају одлуку вишег суда како би се повратило поверење у судове. Међутим, такве грешке би једино захтевале одлуке вишег суда ако превазилазе појединачни случај и значајно утичу на јавни интерес. Ово се дешава ако судска

For example, a controversial question regarding the interpretation of general terms and conditions can have fundamental significance, since such conditions are used not only in one contract but in an indefinite number of contracts. The Federal Court of Justice has quite a number of times dealt with the general terms and conditions of mutual savings banks.

The “further development of the law” which is also a reason to grant leave to appeal often coincides with the “fundamental significance”; therefore I will not dwell on it any further.

Interests in ensuring uniform adjudication

And, now, what does “interests in ensuring uniform adjudication” really mean? Its purpose is I have mentioned it earlier - to ensure equality in applying the law and legal certainty as protected by Article 6 § 1 ECHR as well as the German constitution.

The question of whether to grant an appeal or an appeal on points of law because of an interest in ensuring uniform application is not first and foremost a question of individual justice. Rather, individual justice is only protected as long as access to the higher court is also in the public interest.

First of all, an appeal or an appeal on points of law is granted if a lower court deviates from settled case-law. This is the case, if the court applies an abstract legal principle which is not in accordance with settled case-law. If on the other hand only the *application* of standing legal prin-

ciples to more or less identical cases differs, this is not a case of deviation. Two courts might well come to a different conclusion in similar cases - that’s part of the independence of the judiciary.

However, “interest in ensuring uniform adjudication” does not only apply in cases where a court departs from settled case-law of a higher court or a court at the same level. It will also apply in cases where actual errors of the lower court in applying substantive or procedural law require a decision of the higher court in order to restore confidence in the courts. However, such errors will only require the decision of the higher court if they go beyond the individual case and strongly affect the public interest. This is the case if the lower court’s decision has certain publicity and thus carries the danger of “infecting” - so to speak - other decisions; in these cases the higher court needs to prevent further spreading of the “faulty decision”. Thus, not any error will require a decision of the higher court. Even repetitive errors usually do not make a decision of the higher court necessary; unless they disclose a misunderstanding or misinterpretation of the case-law of a higher court. Basically only permanent and infectious errors require a decision of the higher court.

Hence, not every wrong decision will trigger an appeal or an appeal on points of law. You may argue that this is not consistent, because every wrong decision interferes with the uniform adjudication since it is based on an application of legal rules that diverges from the - correct - application by all other courts. That is correct. However, if every wrong decision

одлука нижег суда има одређено интересовање у јавности и према томе носи опасност „инфицирања” – да се тако изразим – других одлука; у оваквим случајевима је потребно да виши суд спречи даље ширење „погрешне одлуке”. Према томе, неће свака грешка захтевати одлуку вишег суда. Чак и грешке које се понављају не захтевају одлуку вишег суда; осим ако указују на неразумевање или неправилно тумачење судске праксе вишег суда. У суштини, само трајне и заразне грешке захтевају одлуку вишег суда.

Према томе, неће свака погрешна одлука иницирати жалбу или жалбу у вези са одредбама закона. Можете рећи да ови није конзистентно, јер свака погрешна одлука омета јединствено пресуђивање јер је заснована на примени правних правила која одступају од – правилне – примене од стране свих других судова. То је тачно. Међутим, ако би свака погрешна одлука могла и морала да буде ревидирана од стране апелационих судова и Федералног суда правде, правилно спровођење правде би било угрожено јер ови судови не би више могли да савладају своје оптерећење предметима.

Што се тиче повреда процедуралних права гарантованих немачким уставом, ситуација је мало другачија. Повреде права на изјашњење или права на случајног судију, као и повреда забране доношења абритрерних одлука увек захтевају одлуку вишег суда. Разлог за то је чињеница да обично такав процедурални недостатак може нарушити свеукупно поверење у судство. Такође, обезбеђење права на жалбу или жал-

бу у вези са одредбама закона када је до такве повреде дошло, помаже да се умањи број предмета Федералног уставног суда; у складу са принципом супсидијарности, било каква повреда уставности би требало, уколико је могуће, бити отклоњена од стране редовних судова.

На крају, све грешке о којима сам говорила само чине одлуку вишег суда неопходном уколико је оспорена одлука заснована на грешци, то јест, ако је грешка одлучујућа по исход предмета, који би највероватније био другачији да суд није начинио поменути грешку. Верујем, али ме исправите ако грешим, да је ово посебност немачког закона. У многим предметима, не отклањамо било које грешке судова које се не одnose на исход предмета.

Преглед

Сада, све је ово било углавном технички. Да сумирам: жалбу и посебно жалбу у вези са одредбама закона би требало да буде гарантована у случају да предмет поставља спорно питање од фундаменталног значаја које је одлучујуће по исход предмета.

Такође, ако је нижи суд начинио грешку – материјалну или процесну – која ће се по свој прилици проширити и тиме вероватно наштетити поверењу људи у судове, право на жалбу би требало да буде дозвољено. У погледу повреда процедуралних права које гарантује немачки устав, она увек оправдавају жалбу или жалбу у вези са одредбама закона. Коначно – и очигледно – право

could and had to be reviewed by the appeal courts and the Federal Court of Justice the proper administration of justice would be endangered because those courts could no longer handle their case load.

With regard to violations of procedural rights guaranteed by the German constitution, the situation is a bit different. Breaches of the right to be heard or the right to a legally competent judge as well as a violation of the prohibition of arbitrary decisions always require a decision of the higher court. The reason for that is, that in general any such procedural defect potentially damages the overall confidence in the judiciary. Also, granting the appeal or the appeal on points of law when such a violation has occurred helps to minimize the caseload of the Federal Constitutional Court; in accordance with the principle of subsidiarity any breaches of the constitution should, if possible, be remedied by the regular courts.

Finally, all the errors I have been talking about only make a decision of the higher court necessary if the challenged decision is based on the error, that is, if the error is decisive for the outcome of the case, which would most likely be different if the court had not committed that error. I believe, but please correct me if I am wrong, that this is a specialty of German law. In most cases we do not remedy any errors committed by courts which are not relevant for the outcome of the case.

Summary

Now, all of this has been rather technical. Let me summarize: an appeal and in par-

ticular an appeal on points of law should be granted if the case raises a controversial question of fundamental importance which is decisive for the outcome of the case.

Also, if the lower court has made an error - substantive or procedural - which is likely to spread and thereby will likely impair the people's confidence in the courts, leave to appeal should be granted. As regards violations of procedural rights guaranteed by the German constitution, these always justify an appeal or an appeal on points of law. Finally - and obviously -, an appeal is also granted if the lower court deviated from principles settled in the case-law.

If these mechanisms do not work - for whatever reason - the German legal system provides for yet another, special remedy, the constitutional complaint. And that is what in my opinion holds all of this together; it's sort of a "safety net". The Federal Constitutional Court takes an outside view; it reviews the cases from a constitutional perspective. And it can put "rebellious" judges back in line, thereby marking the outer limits of judicial independence. Because even judicial independence is not illimitable; it is embedded in a system of effective judicial protection, a system of interlocking interests which need to be balanced - among others the independence of the judiciary, equal protection before the law and the right to efficient and effective judicial protection.

на жалбу се такође гарантује ако нижи суд одступа од принципа уређених судском праксом.

Ако ови механизми не функционишу – из било којег разлога – немачки правни систем омогућава још један, посебан, правни лек, уставни приговор. И управо је то оно што по мом мишљењу држи све ово на окупу; то је нека врста „сигурносне мреже“. Федерални уставни суд посматра изван; разматра предмете из уставне перспективе. Пошто чак ни судијска независност није неограничена, уткана је у систем ефикасне судске заштите, систем међусобно повезаних интереса који морају бити избалансирани – између осталог, независност судства, једнака заштита пред законом и право на ефикасну и делотворну судску заштиту.

4. Улога Федералног уставног суда

Као што смо видели, има одлука које су коначне и не могу бити ревидиране од стране више инстанце. Посебно говорим о пресудама месних судова који одлучују по захтевима који се тичу вредности мањих од 600€. Ако месни суд не гарантује право жалбе, ове одлуке су коначне; а право на жалбу није често гарантовано. Такође говорим и о пресудама апелационог суда са спорним износима од мање од 20.000€ које су такође коначне, осим ако апелациони суд гарантује право на жалбу у вези са одредбама закона. А ови судови такође нерадо дозвољавају такво право. Коначно, говорим о одлукама Федерал-

ног суда правде који одбацује притужбе против одбијања одлуке да се допусти право на жалбу у вези са одредбама закона. Док у овим другим случајевима странке у поступку бар добију одлуку највишег грађанског суда, ова одлука је само процедуралне природе, а не одлука о меритуму њихових захтева.

Овде Федерални уставни суд ступа на сцену. Постоје различити начини да се ове коначне одлуке грађанских судова испитају пред Уставним судом, према томе и различити начини да суд обезбеди доследност судске праксе.

Вероватно најчешћа примедба јесте да је одлука грађанског суда арбитрарна и тако представља повреду права на једнаку заштиту пред законом. Ова примедба оспорава одлуку грађанских судова по питању меритума. Међутим, праг арбитрарности је тешко достићи. Није свака погрешна одлука арбитрарна, чак ни очигледно погрешна одлука не мора нужно бити арбитрарна. Одлука је арбитрарна само ако једноставно не постоји начин да се оправда примена закона већ – чак – указује на то да одлука почива на небитним околностима; преовладавајуће правне норме морају бити грубо погрешно схваћене.

Приговор да је право на изјашњење повређено такође се тиче меритума захтева. Странка у поступку је убеђена да би исход предмета био другачији да је суд узео у обзир његове/њене тврдње и његове/њене доказе. Опредељујућа одлика овог приговора је да странка у поступку мора да уложи приговор на повреду права на изјашњење прво пред редовним судом пре него

4. Role of the Federal Constitutional Court

As we have seen, there are decisions which are final and cannot be reviewed by the higher instance. In particular I am talking about the judgments of the Local Courts which deal with claims involving a value of less than 600 €. If the Local Court does not grant leave to appeal these judgments are final; and leave to appeal is not granted very often. I am also talking about the judgments of the Courts of Appeal with an amount in controversy of less than 20.000 € which are also final unless the Court of Appeal grants leave to appeal on points of law. And these courts as well are rather reluctant to grant such leave. Finally, I am talking about the decisions of the Federal Court of Justice dismissing a complaint against the denial to grant leave to appeal on points of law. While in these latter cases litigants at least get a decision from the highest civil court, this decision is of a procedural nature only, it is not a decision on the merits of their claim.

This is where the Federal Constitutional Court comes in to play. There are different ways to challenge these final decisions of the civil courts before the Constitutional Court, and thus different ways for that court to ensure consistency of the case-law.

The probably most common complaint is that the civil court's decision was arbitrary and thus constituted a violation of the right to equal protection before the law. This complaint challenges the decision of the civil courts on the merits. However, the threshold of arbitrariness is not an easy one to reach. Not every wrong de-

cision is arbitrary, not even an obviously wrong decision is necessarily arbitrary. A decision is only arbitrary, if there is simply no way to justify the application of the law but - rather - it indicates that the decision rests on irrelevant considerations; the prevailing legal norms must be blatantly misconceived.

The complaint that the right to be heard was violated also goes to the merits of the claim. The litigant is convinced that the outcome of the case would have been different if the court had actually considered all of his or her arguments and his or her offers of proof. The distinctive feature of this complaint is that the litigant needs to file a complaint against the violation of the right to be heard with the ordinary court before a constitutional complaint can be brought. As regards the merits of this complaint, it should be noted that the Federal Constitutional Court assumes that in principle the regular courts have in fact taken note of the parties' submissions and have considered them. The courts are not obligated to explicitly deal with every single argument of the parties in their decisions. The Federal Constitutional Court will only find a violation of the right to be heard if the case file clearly shows that the court has - contrary to the general assumption - not considered submissions of the litigant which are relevant to the outcome of the case.

With complaints that the civil courts violated the right to effective judicial protection or the right to the legally competent (or natural) judge the applicants raise concerns about the procedural decision not to grant leave to appeal since such decisions bar access to the higher in-

што би уставни приговор могао бити вођен. Што се тиче меритума приговора, требало би приметити да Федерални уставни суд претпоставља да су, у принципу, редовни судови узели у обзир поднеске странака и размотрили их. Судови нису у обавези да се у својим одлукама изричито баве сваком тврдњом странака. Федерални уставни суд ће наћи да постоји повреда права на изјашњење уколико предмет јасно указује на то да суд – супротно општој претпоставци – није размотрио поднеске странака који су релевантни за исход предмета.

Примедбама да су судови повредили право на делотворну судску заштиту или право на случајног судију подносиоци показују забринутост за процедуралну одлуку да се не омогући право на жалбу пошто таква одлука забрањује приступ суду више инстанце. Ови приговори ће бити успешни ако је одбијање нижег суда да дозволи право на жалбу арбитражно, или ако одбијање није образложено упркос томе што је мање или више очигледно да је право на жалбу морало бити гарантовано.

Дозволите да вам дам пример:

У једном предмету у вези са банкротством, судија месног суда је саветовао тужиоца да није сагласан са тумачењем закона од стране вишег суда и да, према томе, приговор нема никаквих изгледа за успех. Тужилац је касније подносио поднеске и захтевао од суда да – бар – дозволи право на жалбу. Месни суд је одбацио приговор и није дозволио право на жалбу; жалба на повреду права на изјашњење је потом

такође одбијена. Судија је образложио своју одлуку на следећи начин: спорно питање је одавно решено од стране Федералног суда правде, постоји уређена судска пракса виших судова. Док је био убеђен да је његово тумачење закона било исправно, оно је – нажалост – остало мишљење мањине; развој судске праксе није био очекиван. Право на жалбу, међутим, није било гарантовано из простог разлога да се не би добило неповољно правно тумачење које би заменило повољније по жалби.

Федерални уставни суд је укинуо одлуку и утврдио повреду права на ефикасну судску заштиту. Месни суд је изричито противречио установљеној судској пракси виших судова. Док ово само по себи није повреда основних права због независности судства, чињеница да судија није одобрио право на жалбу знајући да ће његова пресуда бити преиначена по жалби, била је повреда права на ефикасну судску заштиту. Арбитражно одбијање давања права на жалбу спречило је подносиоца уставом гарантованом приступу судовима.

5. „Меки” механизми

Већ смо видели да постоје различити механизми који би – заједно узевши – требало да обезбеде да судска пракса у Немачкој остане мање или више кохерентна. Уколико механизми које гарантује Законик о грађанском поступку изневере, ту је Федерални уставни суд који онда наступа – уколико је поднета уставна жалба.

stance court. These complaints will be successful if the refusal of the lower court to grant leave to appeal was arbitrary, or if the denial is not reasoned even though the fact, that leave to appeal should be granted was more or less evident.

Let me give you an example:

In a bankruptcy case the local court judge advised the plaintiff that he did not agree with a certain interpretation of the law by the higher courts and that the complaint thus did not have any prospects of success. The plaintiff filed further submissions and asked the court to - at least - grant leave to appeal. The local court dismissed the complaint and did not to grant leave to appeal; an appeal against the right to be heard was subsequently also dismissed. The judge reasoned his decision as follows: the disputed question had long been resolved by the Federal Court of Justice, there existed settled case-law of the higher courts. While he was convinced that his interpretation of the law was correct, it - unfortunately - remained a minority opinion; a development of the case-law was not to be expected. Leave to appeal, however, was not to be granted for the sole reason to have an unfavorable legal interpretation substituted by a more favorable one on appeal.

The Federal Constitutional Court quashed the decision and found a violation of the right to effective judicial protection. The local court had expressly contradicted the settled case-law of the higher courts. While this alone was not a violation of fundamental rights because of the independence of the judiciary, the fact that the judge had not granted leave to appeal, knowing

that his judgment would be reversed on appeal, was in breach of the right to effective judicial protection. The arbitrary denial to grant leave to appeal had barred the applicant from the constitutionally guaranteed recourse to the courts.

5. "Soft" mechanisms

We have seen that there are different mechanisms which - taken together - should ensure that the case-law in Germany remains more or less coherent. If the mechanisms provided by the code of civil procedure fail there is still the Federal Constitutional Court which will then step in - if a constitutional complaint is filed.

On top of that there are other - soft - mechanisms which help to ensure that most judges will apply the mechanisms we have discussed correctly. Most of them are based on human weaknesses. Judges, as most other human beings, do not like to be wrong and thus do not like to be overruled. In following the case-law of the higher courts and in correctly applying the said mechanisms they run a lower risk of being overturned by the higher courts; that is the reason why they sometimes follow the case-law even though they think it is wrong. The German system of promotion within the judiciary also helps; appraisals will most likely be better if your judgments are confirmed on appeal or at least not reversed all the time. Furthermore, it is much less work to reason a judgment by simply following the case-law of the higher courts than to argue why you want to depart from the higher-court's decision.

Поврх тога, ту су и други – меки – механизми који помажу да се обезбеди да ће већина судија правилно применити механизме о којима смо расправљали. Већина њих се заснива на људским слабостима. Судије, као већина других људи, не воле када нису у праву и, према томе, не воле да буду надгласани. При праћењу судске праксе других судова и при правилној примени поменутих механизма, у мањој су опасности да им виши судови преиначе одлуке; то је разлог због којег понекад прате судску праксу иако знају да је погрешна. Немачки систем унапређивања унутар судства такође помаже; оцене ће вероватно бити боље ако су ваше пресуде потврђене по жалби или бар нису увек преиначене. Даље, мање је посла образложити пресуду тако што се једноставно прати судска пракса вишег суда него што се расправља зашто се жели одступити од одлуке вишег суда.

Али, коначно, и у вероватно већини случајева, судије су једноставно убеђене да је судска пракса виших судова тачна.

6. Европски суд за људска права и упућивање на Европски суд правде

Такође је требало да говорим о улози Европског суда за људска права у уједначавању судске праксе у Немачкој. Међутим, не знам ни за једну одлуку или пресуду Суда у Стразбуру у којој је тај суд указао на недостатке који се тичу недостатка уједначености судске праксе у Немачкој. Наводно, ово је

област у којој Немачкој није – до сада – требао надзор Стразбура.

На крају, али не и најмање важно, не сме се заборавити да, као још један механизам за уједначавање судске праксе у Немачкој, постоји могућност или – за судове крајње инстанце – обавеза да се обрете Европском суду правде ако се појави питање тумачења закона Европске уније.

7. Закључак

У овом кратком приказу, покушала сам да вам дам приказ немачких правила која имају за циљ да се судска пракса одржи доследном. Међутим, то уопште није толико једноставно као примена исправних механизма или рад са правим средствима. Најбољи механизми или најефикаснија средства неће функционисати ако су погрешно употребљени.

Ако не желимо да се ослањамо искључиво на мене механизме, који су у највећој мери засновани на људским слабостима, потребан нам је прави став међу судијама. Судије морају да буду свесне своје одговорности! И док је судијска независност драгоценост и требало би очувати је по сваку цену, судије такође морају да имају интерес странака у виду. Ми као припадници судства не би требало да тражимо размирице, расправе, са вишим судовима за рачун људи који се обраћају судовима, и тиме нама, са својим проблемима. Морамо да будемо свесни да правна сигурност

But finally, and in hopefully most of the cases, judges are simply convinced that the case-law of the higher court is correct.

6. European Court of Human Rights and Referral to the ECJ

I was also supposed to talk about the role of the European Court of Human Rights in the harmonization of case-law in Germany. However, I know of not one decision or judgment of the Strasbourg Court in which that court pointed out deficiencies as regards a lack of harmonization of the case-law in Germany. Apparently, this is one area in which Germany has - so far - not needed the European supervision of Strasbourg.

Last but not least, one should not forget, as yet another mechanism for the harmonization of case-law in Germany, that there is a possibility or - for the last instance courts - the obligation to refer a case to the European Court of Justice if questions arise regarding the interpretation of European Union law.

7. Conclusion

In this short presentation I have tried to give you an overview of the German rules which are aimed at keeping the case-law consistent. However, it really is not as simple as applying the correct mechanisms or working with the right tools. The best mechanisms and the most efficient tools will not work if they are misapplied.

If we do not want to rely solely on the soft mechanisms, which for the most part are based on human weaknesses, we need the right attitude among judges. Judges need to be aware of their responsibility! And while judicial independence is precious and should be guarded at all costs judges also need to keep the interests of the litigants in mind. We as members of the judiciary should not look for a fight, an argument, with the higher courts at the expense of the people who turn to the courts and thus to us with their problems. We need to be mindful that legal certainty with regard to the practice of the courts serves the benefit of society and thus all of us.

If we disagree with the higher courts, we should do so explicitly, in a transparent way and by allowing the parties to challenge our understanding of a legal norm before the higher courts - namely by allowing an appeal or an appeal on points of law. In the end, the better argument should win. Do not get me wrong, I do not want all lower courts to slavishly follow the higher courts case-law; that would lead to a petrification of the case-law to the detriment of society. On the contrary, lower courts should question the case-law and challenge it if they can claim the better argument for themselves. In fact, lower courts have a responsibility to question the higher courts case-law, namely in order to develop the case-law and to adapt it to social changes; but - again - such challenges should only be brought with good arguments and well-considered, not because of a political agenda. And, if we want to enter into a dialogue with the higher courts, we need to give them a chance to answer and

по питању праксе судова служи добробити друштва и према томе свима нама.

Уколико нисмо сагласни са вишим судовима, требало би да то јасно саопштимо, на транспарентан начин и дозвољавајући странкама да оспоре наше разумевање правне норме пред вишим судовима – наиме дозвољавајући жалбу или жалбу у вези са одредбама закона. На крају, бољи аргумент би требало да победи. Немојте ме погрешно разумети, не желим да сви нижи судови слепо прате судску праксу виших судова; то би водило престрављености судском праксом на штету друштва. Напротив, нижи судови би требало да испитују судску праксу и изазивају је ако за себе могу да тврде да имају бољи аргумент. У ствари, нижи судови имају одговорност да испитују судску праксу виших судова, и то да би развили судску праксу и да би је прилагодили друштвеним променама; али – још једном – таква испитивања би требало износити само са dobrим аргументима и добро их размотривши, а не због политичке агенде. И, ако желимо да започнемо дијалог са вишим судовима, морамо им дати прилику да одговоре и према томе, дозволимо право на жалбу у вези са одредбама закона!

Верујем да је овакав став припадника судства које сам управо покушала да претворим у речи много значајнији од свих механизма које сам објаснила. Механизми само дају правни оквир. Без правога става, међутим, овај оквир ће остати шупаљ и неефикасан. Прави став, са друге стране, ће – у одређеној мери – држати судску праксу доследном самом по себи.

Тако да, на крају, ипак је судијски став тај који је важан и који прави разлику!

Хвала вам на пажњи!

hence allow the appeal or the appeal on points of law!

I believe this attitude of the members of the judiciary which I have just tried to put in words is much more important than all the mechanisms I have explained. The mechanisms only provide a legal framework. Without the right attitude, however, this framework will remain hollow and ineffective. The right attitude, on the other hand, will - to a certain extent - keep the case-law consistent on its own.

So, in the end, it really is the judicial attitude that matters and makes a difference!

Thank you very much for your attention!

