

SUDSTVO I USTAVNI PRINCIPI O PRAVOSUĐU
- problemi tumačenja ustavnog zakona za sprovođenje Ustava -

Ustavne odredbe koje se odnose na pravosuđe, mogu se svrstati u sledeće grupe:

(1) Odredbe o sudskoj vlasti. Pored standardnog ustavnog načela o podeli državnih vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku (čl. 4 st. 2 Ustava), novi Ustav utvrđuje ravnotežu i uzajamnu kontrolu državnih vlasti (čl. 4. st. 3 Ustava), što bi, da je ostalo samo na ovakvoj formulaciji, impliciralo i ustavnu mogućnost kontrole sudske vlasti od izvršne, mogućnost koja bi bila u oštroj suprotnosti sa svim savremenim principima nezavisnosti i samostalnosti sudske državne vlasti. Međutim, u istom članu, Ustav deklariše posebnu garantiju nezavisnosti sudske vlasti, verovatno da bi ublažio negativan efekat prethodno ustanovljenog principa uzajamne kontrole tri grane državne vlasti. Uprkos ovakvoj formulaciji, čvrste garantije zaštite domena sudske vlasti od zadiranja ili uplitanja izvršne, nažalost, u ovome Ustavu nema, pa je i na osnovu njega moguće, bez sankcije, zakonom, pa čak i uredbom propisati (na primer) nadležnost upravnog organa za kažnjavanje medija, kao što je to već bilo učinjeno Zakonom o javnom informisanju iz 1998. godine, donesenom na osnovu Ustava Srbije iz 1990. godine.

Pravo na nezavisno, nepristrasno i pravično suđenje je ustanovljeno u čl. 32 st. 1 Ustava. Izostali su drugi atributi garantije koji su predviđeni u čl. 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, izostala je odredba o pravu stranke na slučajnog (prirodnog) sudiju.

Pored ravnopravnosti građana u materijalnom pravnom smislu, u čl. 35 st. 1 Ustava, zajemčena je u vidu generalnog principa i procesna ravnopravnost u sudskom i drugom postupku, bez navođenja, makar i primera radi, sredstava ili instrumenata za sprovođenje ovog principa.

(2) Odredbe o zaštiti ljudskih prava u krivičnom postupku. Zaština lične slobode na nivou ustavnih principa, sadržana je u čl. 30 i 31 Ustava koji se odnose na

pritvor. Policijski pritvor koji može trajati 48 časova je, uporednopravno gledano, predugačak. Ostale odredbe o kažnjivosti su standardne i sadržane u čl. 33 i 34 ustava.

(3) Nezavisna pravosudna tela kao reprezentanti pravosuđa. Umesto jednog tela koje bi predstavljalo pravosuđe u celini i kao profesiju i kao granu državne vlasti, a koje je do donošenja važećeg Ustava bilo oličeno u Visokom savetu pravosuđa, ustanovljenom prvi put u Srbiji 2001. godine zakonom, novi Ustav predviđa Visoki savet sudstva (čl. 153) i Državno veće tužilaca (čl. 164). Posledice ovakvog ustavnog uređenja su sledeće:

- umesto jednog pravosudnog tela koje bi bilo nadležno za imenovanje, promociju i usavršavanje svih magistrata (sudija i javnih tužilaca), ustanovljavaju se dva samostalna i nezavisna organa, što pretpostavlja da omete primenu istih ili približno istih stručnih i ličnih standarda u obe profesije;
- javni tužioci se stavljaju pod znatno jaču kontrolu izvršne vlasti, sa obrazloženjem, da su oni samo stranka u postupku, što je tačno, ali je tačno i to da nisu privatne stranke, već i za njih, kao i za sudove i sudije, važi i mora važiti princip zakonitosti.

Sastav, izbor i nadležnost Visokog saveta sudstva. Visoki savet sudstva ima 11 članova. U sastav Visokog saveta sudstva ulaze predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština, u skladu sa zakonom. Izborne članove čine šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnik sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta (čl. 153 st. 2, 3 i 4 Ustava). Već u pogledu sastava, nije poštovana preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o potrebi ustanovljenja garantije da u pravosudnom savetu budu zastupljene sudije sudova svih vrsta i stepena. Što se tiče izbora, kao što se vidi, za njega je nadležna Narodna skupština (čl. 153 st. 3), što predstavlja pogoršanje u odnosu na stanje zakonodavstva 2001 – 2005 godine, jer je sudije – članove Saveta birao Vrhovni sud, a po novom Ustavu to će činiti Skupština koja je politički organ. Navedena preporuka Komiteta ministara počiva na stanovištu da sudije – članove pravosudnog saveta treba da biraju sudije, a ne poslanici. U uporednom pravu, postoje veoma razvijeni mehanizmi sudijskog izbora članova pravosudnog saveta iz reda sudija.

Bitno pravilo o nadležnosti Visokog saveta sudstva glasi: Visoki savet sudstva vrši kasnije izbore (posle prvog izbora za sudiju, a taj prvi izbor je ovlašćenje Parlamenta), a takođe odlučuje i o unapređenju sudija. Ustav iz 1990. godine je bio utvrdio stalnost sudijske funkcije. Stalnost ove funkcije smatra se moćnom garantijom nezavisnosti sudije; u čl. 146. st. 2 novog Ustava od ovoga se odstupa, pa se predviđa da se onaj ko se prvi put bira za sudiju, bira na vreme od tri godine. Ustavotvorci bi mogli primetiti da se na ovakva rešenja nailazi u uporednom pravu Evrope, te da, naročito u državama koje su neposredno izišle iz perioda tranzicije, ima sličnih rešenja, tj. prihvata se koncept privremenog sudije. Ali, u pomenutim državama, takve privremene sudije obično imenuje pravosudni ili sudski savet, dok je u našem Ustavu (čl. 147 st. 1 i 2) predviđeno da ovaj prvi i nesumnjivo ključni

izbor vrši jedno imanentno političko telo kakvo je Narodna skupština, uz očekivane i uobičajene političke igre i trgovinu.

Sastav, izbor i nadležnost Državnog veća tužilaca. Državno veće tužilaca ima 11 članova. U sastav Državnog veća tužilaca ulaze Republički javni tužilac, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština, u skladu sa zakonom. Izborne članove čine šest javnih tužilaca ili zamenika javnih tužilaca sa stalnom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnik sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta (čl. 164., st. 2, 3 i 4 Ustava). Za ovo rešenje važe iste opaske kao i za Visoki savet sudstva.

(4) Visoki kasacioni sud. *Terminološka pitanja koja prete da postanu suštinska.*

Izraz Vrhovni kasacioni sud se u uporednom pravu izuzetno retko sreće. Najviši sud države je ili Kasacioni sud ili Vrhovni sud. Sve zavisi od uloge koju ima u odgovarajućoj pravnoj tradiciji. Kasacioni sud, po ugledu na francuski model je onaj čija uloga je pretežno u tome da kontroliše zakonitost sudskih odluka, pa ako su nezakonite da ih ukida („kasira“ od glagola *casser=ukinuti, poništiti*), a ako su zakonite – da ih ne dira, tj. da ih ostavi na snazi. Vrhovni sudovi imaju ulogu jače kontrole, jer oni mogu ne samo da ukidaju, nego i da preinačavaju odluke nižestepnih sudova. Ova razlika se tokom XIX i XX veka gotovo izgubila, tako da, nezavisno od naziva, najviši sudovi u okviru jedne jurisdikcije mogu ne samo ukidati nižestepene odluke, već ih i preinačavati. Uobičajeno je da najviši sudovi to čine na osnovu vanrednih, a samo izuzetno i na osnovu redovnih pravnih lekova. Ipak izrazi „kasacioni“ odnosno „vrhovni“ sud zadržani su više iz tradicionalnih, a manje iz funkcionalnih razloga. Spajanja oba prideva u jedan termin su izuzetno retka, jer su nepotrebna i protivrečna. Našoj pravosudnoj stvarnosti i tradiciji više odgovara upotreba izraza „Vrhovni sud“. Na osnovu upotrebljene terminologije i na osnovu činjenice da je iz novog Ustava izostala standardna odredba o ulozi najvišeg suda, moglo bi se tvrditi da je naziv Vrhovnog suda Srbije promenjen u „Vrhovni kasacioni sud“ samo zato da bi se načinio artifičijelni diskontinuitet najviše sudske instance i time omogućila promena (i, dakako, politička kontrola) sudijskog sastava najvišeg suda u Srbiji

Ustavni položaj. Zanimljivo je (čak paradoksalno) da o tzv. Vrhovnom kasacionom sudu u pogledu ustavnog položaja (na primer: staranje o jednakoj primeni prava i ujednačavanju sudske prakse) u novom Ustavu nema ni jedne jedine reči, izuzev odredbe u čl. 143 st. 4 – da je Vrhovni kasacioni sud najviši sud u državi. To se nije moralo napisati – proizlazi iz samog naziva. Štaviše nema ni marginalnog naslova o ovoj najvišoj sudskoj instanci. Ustav se (ovim povodom) bavi isključivo pitanjima izbora, mandata i razrešenja predsednika i sudija „Vrhovnog kasacionog suda“ (up. čl. 144 Ustava), neskriveno time pokazujući političku brigu o personalnom sastavu najviše sudske instance.

Iz ovakvog stanja ustavnog uređenja, bez obzira na napred opisane nepodobne pokušaje ustavopisaca, izvodim zaključak da između Vrhovnog suda Srbije po Ustavu iz 1990. godine i Vrhovnog kasacionog suda po Ustavu iz 2006. godine **postoji kontinuitet** i da nema nikakve ustavne promene u pogledu uloge i nadležnosti ove visoke sudske

instance, što se može pokazati kao značajan pokazatelj za tumačenje ustavnog zakona za sprovođenje Ustava.

(5) Izbor sudija. U ovoj tački ću se koncentrisati uglavnom na dva pitanja: (a) šta se smatra prvim izborom za sudiju i (b) kako valja tumačiti čl. 7 Ustavnog zakona za sprovođenje ustava, tako da to tumačenje bude u skladu sa važećim Ustavom, načelom vladavine prva i sa zdravim razumom.

(a) *Prvi izbor.* U čl. 147. st. 1 Ustava propisano je sledeće: „Narodna skupština, na predlog Visokog saveta sudstva, bira za sudiju lice koje se **prvi put bira na sudijsku funkciju**“, dok se u čl. 7 st. 1 Ustavnog zakona kaže: „Izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i **prvi izbor** sudija Vrhovnog kasacionog suda izvršice se najkasnije u roku od 90 dana od dana konstituisanja Visokog saveta sudstva.“ Prvo što u obe odredbe izaziva pažnju jeste pitanje – zbog čega je potrebno ponovno birati predsednika i sudije Vrhovnog kasacionog suda ako između Vrhovnog suda i Vrhovnog kasacionog suda postoji kontinuitet, tj. identitet, izuzev u pogledu samog naziva? I, sa tim u vezi: da li je Narodna skupština slobodna da u formi ustavnog zakona za sprovođenje Ustava, taj Ustav zapravo menja, tj. da mu protivreči? Na prvo pitanje odgovor nije teško dati. Ako se radi o istom državnom organu, a po svemu sudeći – izuzev po nazivu – u pitanju je isti organ, onda nema potrebe da se bira predsednik Vrhovnog kasacionog suda dogod postojećem predsedniku ne istekne mandat. Što se tiče sudija Vrhovnog suda – oni su, kao i ostale sudije, izabrani bez ograničenja mandata po legislativnom režimu Ustava iz 1990. godine, pa bi eventualni novi izbor (naročito NE-izbor) dirao u njihova stečena prava. Vlada koja danas vehementno brani stečena prava akademaca izjednačavajući (ne u svim slučajevima opravdano) prava diplomiranih stručnjaka sa zvanjem master, nije imala pravo da podrži ustavni zakon koji ozbiljno dovodi u pitanje stečena prava izabranih sudija Vrhovnog suda. Ako je vlast nameravala da vrši neku vrstu lustracije, mogla je, a i dalje može da primeni važeći Zakon o odgovornosti za kršenje ljudskih prava. (Razumem i zašto ga ne primenjuje na sudije – prethodno bi Vlada morala da pročisti sopstvene redove.) Dakle, ako se ozbiljno shvati princip vladavine prava koji počiva, među ostalim i na zaštiti stečenih prava, onda odredba čl. 7 st. 1 ne samo da je nepotrebna, ona je protivna novom Ustavu. Predsednik i sudije Vrhovnog suda su izabrane. Predsednik na određeno vreme, koje još nije proteklo, a sudije – bez ograničenja mandata i tako treba i da ostane. Pored ovoga, novi Ustav u čl. 148 st. 1 predviđeno je da sudiji prestaje sudijska funkcija na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova ili razrešenjem iz zakonom predviđenih razloga, kao i ako ne bude izabran na stalnu funkciju. Sve danas postojeće sudije su izabrane bez ograničenja mandata, što znači da im funkcija ne može prestati tako što neće biti ponovo izabrani u isti sud, jer bez obzira na ustavne ekvilibristike, izuzev sudova koji danas još uvek nisu osnovani, svi ostali sudovi su stari i već postojeći, nezavisno od toga kakvo ime im Ustav daje i kako će se menjati nazivi sudija u budućnosti. Ustav, dakle, u čl. 148 st. 1 sadrži jednu garantiju od eventualnih zloupotreba od strane zakonodavca, garantiju koja je odmah posle donošenja Ustava prekršena odredbom čl. 7 Zakona za sprovođenje Ustava koji, pod izgovorom promene naziva sudova zapravo predviđa ponovni izbor celokupnog sudskog kadra u Srbiji, što istovremeno znači kolektivni prestanak svojstva svih sudija u Srbiji. **A za taj prestanak, nema nikakvog uporišta čak ni u novom Ustavu.** Zato je navedeni zakon

promenio Ustav. Zato se mora tražiti hitno ispitivanje njegove ustavnosti. (Naravno, postavlja se pitanje da li je to faktički moguće, s obzirom na aktuelno stanje Ustavnog suda Srbije.)

Naročiti problem izaziva izraz „prvi izbor sudija Vrhovnog klasacionog suda“, i sam po sebi, a i po tome što ga je ministar pravde u kratkom vremenu tumačio na dva suprotna načina. U svom prvom tumačenju, stao je na stanoviše da se sudije Vrhovnog kasacionog suda biraju prvi put za jedan novi sud, iz čega bi sledilo da taj prvi izbor ima da vrši Narodna skupština, a onda bi taj prvi izbor, u skladu sa čl. 147 st. 1 Ustava bio izvršen na ograničeno vreme (tri godine) , dok je u docnijem tumačenju iskazao da se ne radi o prvom izboru na sudijsku funkciju, što bi imalo dovesti do toga da njih bira Visoki savet sudstva, kao da su već prethodno birani na privremeni sudijski položaj, iako ih je po ranijem ustavnom režimu birala Skupština na stalni položaj. Dakle, ne radi se o tumačenju Ustava i zakona primenom pravila tumačenja, već o nepodobnom pokušaju da se odbrani jedno neustavno rešenje. Zato se zalažem za preispitivanje ustavnosti ove odredbe ustavnog zakona, iako se i u stručnim pravnim krugovima može čuti neprihvatljiva i uvek neobrazložena tvrdnja da se ustavni zakon generalno gledano ne može preispitivati sa stanovišta ustavnosti njegovih odredaba.

(b) *Kršenje zabrane retroaktivnosti.* „Izbor sudija i predsednika ostalih sudova izvršiće se najkasnije u roku od jedne godine od dana konstituisanja Visokog saveta sudstva.“ - sadržano je u čl. 7 st. 2 ustavnog zakona za spovođenje Ustava. Ovde se ne diferencira „prvi izbor“ od kasnijih izbora. No, nezavisno od toga i za ovu odredbu stoji napred navedena (tač. a) argumentacija. Sve sudije u Srbiji izabrane su bez ograničenja mandata i sa te tačke gledišta imaju svoja stečena prava. Nema retroaktivnosti ako nije izričito određena i u postupku donošenja zakona sprovedena. Takođe, nema ni retroaktivnosti ni *clear slate* principa u slučaju ustavnog kontinuiteta, koji je očigledno bio zastupljen prilikom donošenja ustava iz 2006. godine, jer je on donesen po postupku za promene ustava, predviđenom u Ustavu iz 1990. godine. Zaključujem, dakle, da je čl. 7 Ustavnog zakona protivan Ustavu iz 2006. godine, jer uvodi princip retroaktivnosti koji je po tom istom ustavu, tek izuzetno i pod restriktivnim uslovima dopušten (up. čl. 197. st. 2 Ustava).

(c) *Novi ustavni položaj sudije.* Najzad valja ponovo eksplicirati da je ustavni položaj sudije novim Ustavom pogoršan u odnosu na ustavni položaj sudije po Ustavu Srbije iz 1990. godine. Iako u ovom trenutku ima dosta nepoznanica, jer još nisu na vidiku novi pravosudni zakoni, ovu tvrdnju nije teško dokazati već na osnovu samih ustavnih odredbi. Ponoviću jedan od već iznesenih argumenata i njemu dodati još jedan o kojem u ovom tekstu nije bilo reči. Ustavni položaj sudije pogoršan je u odnosu na dosadašnje stanje, najpre zato što se odstupilo od bezizuzetnog pravila o stalnosti sudijske funkcije koje je utvrđeno u Ustavu iz 1990. godine. Potom, za razliku od Ustava iz 1990. godine, novi Ustav ne sadrži razloge za prestanak sudijske funkcije, a naročito ne razloge za razrešenje, što daje zakonodavcu široku marginu za samovoljno određivanje razloga i za njihovo olako menjanje – od prilike do prilike, od promene vlade do promene ministra pravosuđa, od jedne politike do druge politike. Empirijski dokaz za političko uplitanje u

pravosuđe je već sam Zakon za sprovođenje Ustava, koji predviđa neustavni prestanak sudijske funkcije putem novih izbora za „nove“ sudove.

Da ne bude nikakve zabune: autorka ovog teksta je pristalica, a ne protivnica lustracije – i u političkom i u pravnom pogledu. Bila je, štaviše i članica Komisije za lustraciju. Ali, ako je u pitanju pokušaj lustracije putem Zakona za sprovođenje Ustava naopakim putem, kroz sistem protivustavnog ponovnog izbora već izabranih sudija, onda se ustavotvorci i autorka bitno razlikuju. Lustracija je dopuštena samo kao mera koja će sprečiti lice koje je u vreme autoritarnih vlasti kršilo ljudska prava da ponovo uživa javno poverenje tako što bi bilo imenovano na javnu funkciju. Sudije koje su kršile ljudska prava i u vreme socijalizma i u vreme Miloševića ne bi smele dalje vršiti sudijsku funkciju, ali ne zbog Zakona za sprovođenje ustava, već zbog Zakona o odgovornosti za kršenje ljudskih prava. Oba važe u pravnom poretku Srbije, samo što ovaj o odgovornosti za kršenje ljudskih prava nikad nije primenjen. Ako se država i dalje od naših političara bude doživljavala kao plen, a ne kao odgovornost, sudbina lustracije je jasna. Nje neće biti, ali politička odmazda prema sudstvu i sudijama, sasvim izvesno, neće izostati. A, u odnosu na sudije koje „prežive“ Zakon za sprovođenje Ustava nikakva ustavna garantija nezavisnosti neće biti dovoljno čvrsta, jer bez jasnog proceduralnog mehanizma zaštite svaka takva „garantija“ ostaje samo obična proklamacija, ako ne i puka dekoracija.