

НАЦРТ

**ПРАВНА АНАЛИЗА УСТАВНОГ ОКВИРА О ПРАВОСУЂУ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

ПРВИ ДЕО

САДРЖАЈ

I УВОД	стр. 3
II УСТАВНО НАЧЕЛО О ПОДЕЛИ ВЛАСТИ	стр. 5
III СУДСКА ВЛАСТ У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.	стр. 6
1. Општи коментари	стр. 6
2. Коментари појединих уставних одредаба	стр. 7
IV ЈАВНО ТУЖИЛАШТВО У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.	стр. 25
1. Општи коментари	стр. 25
2. Коментари појединих уставних одредаба	стр. 26
V ОДНОС СУДОВА И УСТАВНОГ СУДА	стр. 29
VI ЗАКЉУЧЦИ	стр. 33

I УВОД

1. *Радна група за израду анализе измене уставног оквира* одржала је први састанак 30. јануара 2014. године у згради Врховног касационог суда. На том састанку договорено је да Радна група обави задатак у две фазе. Прва фаза је правна анализа важећег уставног оквира о правосуђу, а друга је израда Нацрта измена Устава, редигованог по члановима. Правна анализа уставног оквира о правосуђу, поред нормативно-правне, има извесну теоријску и упоредно-правну димензију. Стога је Нацрт овог дела правне анализе поверен на израду члановима Радне групе из редова академске заједнице: проф. др Ирени Пејић, проф. др Владану Петрову, проф. др Дарку Симовићу и проф. др Слободану Орловићу.

2. *Устав Републике Србије* изгласан је на посебној седници Народне скупштине 30. септембра, потврђен на референдуму 29. и 30. октобра и проглашен 8. новембра 2006. године. Домаћа уставноправна наука, као и Венецијанска комисија, учили су низ слабости Устава у делу који се односи на правосуђе. Те слабости довеле су у питање могућност остваривања независности судства као једног од основних начела владавине права. Неопходност да се ти недостаци отклоне постала је очигледна тек после неуспеле реформе правосуђа, изведене 2008. и 2009. године.

3. У *Националној стратегији реформе правосуђа (за период 2013 – 2018)*, коју је усвојила Народна скупштина 1. јула 2013, стоји: „Поједина одређења ове стратегије захтевају промену Устава. Реч је о решењима попут: искључења Народне скупштине из процеса избора председника судова, судија, јавних тужилаца/заменика јавних тужилаца, као и чланова ВСС-а и ДВТ-а; промене састава ВСС-а и ДВТ-а у правцу искључења представника законодавне и извршне власти из чланства у овим телима; предвиђања правосудне академије као обавезног услова за први избор на судијску и тужилачку функцију. С обзиром на то да је промена Устава дуготрајан и сложен процес на који носиоци овлашћења у процесу креирања и спровођења Стратегије реформе правосуђа имају ограничен утицај, то се овом стратегијом изражава снажна и одлучна посвећеност наведеним циљевима а процес њиховог

3

спровођења ће подразумевати припремне радње неопходне за промену Устава. С тим у вези, Комисија за спровођење Стратегије ће формирати посебну подгрупу ради формулисања предлога у вези са изменама одредаба Устава којима су регулисане поменуте области. За период који претходи уставним променама, Стратегија предвиђа читав низ измена нормативног оквира као прелазног решења које, у сагласности са постојећим уставним оквиром, треба да пружи адекватнију потпору ефикаснијем функционисању правосуђа¹.

Стратегија није правно обавезујућа. Она је политички план који треба да буде остварен правним средствима. Стратегија није изнад Устава, не може бити „извор“ уставних промена ни оправдање за њих. Она садржи одређене смернице у ком правцу и у погледу којих решења би требало мењати Устав. Радна група је анализирала те смернице, указујући и на слабе тачке у њима (нпр. први избор судија).

4. *Циљ ове анализе је да се адекватно дефинишу уставне гаранције које у систему владавине права стварају de iure оквир судске независности. Уставне гаранције нису саме по себи довољне, а њихова примарна својства могу изазвати различита дејства у друштвеном систему, зависно од политичког окружења и културолошког обрасца. Отуда би требало паралелно разматрати системске гаранције судске независности и правила о одговорности политичких власти за стварање друштвеног амбијента у коме ће судство деловати као независно. Тај задатак превазилази оквире ове нормативно-правне анализе.*

4. *Правна анализа уставног оквира о правосуђу може бити само део шире анализе целокупног уставног система заснованог на Уставу Србије од 2006. Стога је њен домет ограничен. Анализа неће имати већи значај уколико у догледно време не постане саставни део озбиљне државне платформе за реформу Устава. Анализа се састоји из два дела, оног који се односи на судску власт и оног који се односи на јавно тужилаштво. Сваки део обухвата опште коментаре и коментаре појединих уставних одредаба. Посебан део односи се на питање односа између судова и Уставног суда. То питање захтева даљу разраду, којом се ова анализа не бави, јер би то подразумевало*

¹ <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>

дубоко улажење и у питање реформе уставног судства, које није огранак правосуђа у Републици Србији.

5. У вези са предвиђањем Правосудне академије као обавезног услова за први избор судија и јавних тужилаца, *ова радна група, подржава став који је заузела Радна група за реформисање и развој Правосудне академије према којем Правосудна академије не треба да постане уставна категорија* (седница од 02. 04. 2014). *Предвиђање Правосудне академије као обавезног услова за први избор судија и јавних тужилаца може бити стратешки циљ остварив после темељне реформе концепције Правосудне академије.* У том смислу, предлаже се, у координацији са Радном групом за реформисање и развој Правосудне академије, формирање тима стручњака који би израдио научно и стручно утемељену студију о Правосудној академији, са предвиђањем реалних смерница њеног даљег развоја. У овом делу анализе, Радна група се није задржавала на овом питању, јер је њен задатак био да анализира важећу уставну регулативу.

II УСТАВНО НАЧЕЛО О ПОДЕЛИ ВЛАСТИ (ЧЛАН 4. УСТАВА)

Члан 4. Устава прокламује да је правни поредак јединствен и дефинише поделу власти. Према ставу 2 овог члана, „уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску“. Реч је о уобичајеној формулацији овог начела, којој се нема шта приговорити. Спорни су ст. 3 и 4, који су у несагласности један с другим: „Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли“ (ст. 3) и „судска власт је независна“ (ст. 4). Овим одредбама могу се истаћи три приговора. Прво, судска власт је, према својој природи, друкчија од извршне и законодавне. Премда се не може апсолутно искључити утицај политичких власти на њу и обратно, израз „међусобна контрола“ се не може помирити са захтевом из става 4 („судска власт је независна“). Друго, формулација става 3 је, премда присутна и у другим уставима,² непримерена уставима парламентарног типа. Начело „равнотеже и узајамне контроле“

² Вид. члан 4. став 2. Устава Хрватске од 1990.

(*checks and balances*) је одлика председничког система, а систем власти према Уставу Србије од 2006. је, у основи, парламентарни. Треће, члан 4. став 3. Устава не може се довести у склад са чланом 145. ставом 3 у којем стоји да „судске одлуке...не могу бити предмет вансудске контроле“ и ставом 4 истог члана, који каже да „судску одлуку може преиспитати само надлежни суд, у законом прописаном поступку“.

Формулација члана 4. става 3. Устава даје основ за решење да се одлучивање о избору судија дели између Народне скупштине и Високог савета судства, чиме се ова важна гаранција независног положаја суда изузима из пуне надлежности судске власти. Да би се ово исправило, потребно је урадити једно од двога: избрисати члан 4. став 3. Устава или га преформулисати тако да гласи „однос законодавне и извршне власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли“.

III СУДСКА ВЛАСТ У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.

1. ОПШТИ КОМЕНТАРИ

Према броју уставних одредаба и ширини правног простора који је посвећен судовима и Високом савету судства, рекло би се да је доносиоце Устава посебно занимала одбрана независности судства. Овај део уставног текста, међутим, карактеришу значајне слабости:

- 1) *Несистематичност* (нпр. „разбацана“ уставна начела о судовима)
- 2) *Недоследност* (нпр. „Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“ – члан 142. став 2; „Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен Уставу и закону“ – члан 149. став 1)
- 3) *Делимична пренормираност* (нпр. одредбе о председнику Врховног касационог суда)

- 4) *Делимична поднормираност* (нпр. деконституционализација основа за престанак судијске функције и разлога за разрешење)
- 5) У садржинском смислу, *нема чистих и принципијелних решења*, ослабљени механизми за успостављање судијске независности и тужилачке самосталности, деконституционализација јемстава независности; *свеприсуство политичког чиниоца (Народне скупштине)* и одлучујући утицај на дефинисање и остваривање свих елемената уставноправног положаја судија и јавних тужилаца итд.
- 6) *Слаба редактура нормативног текста.*

2. КОМЕНТАРИ ПОЈЕДИНИХ УСТАВНИХ ОДРЕДАБА

Члан 142. Начела судства и у вези с њим и чл. 145, 146, 149-152.

Премда овај члан носи назив „Начела судства“, у њему нису наведена сва уставна начела о судској власти. Има начела која су садржана у другим члановима: члан 145. став 3: „Судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле“ – начело обавезности судске одлуке; члан 146 („Сталност судијске функције“), као и у вези с њим члан 150 („Непреместивост судијске функције“), члан 151 („Имунитет“) и члан 152 („Нespoјивост судијске функције“). Овакав приступ у регулисању не пружа јасну слику о томе каква концепција независности судства је заступљена, с обзиром на то да је независно судство у основним одредбама Устава (члан 3) проглашено за темељну вредност владавине права.

После начела јединства судске власти („Судска власт је јединствена на територији Републике Србије“), начело самосталности и независности судске власти требало би издвојити у посебан члан, поготово што се у њему, у извесном смислу, обједињују и сва остала начела. Независност судства обухвата независност суда (реална независност судске власти) и независност судије (персонална независност судске власти). Стога би ове две компоненте истог начела требало да се налазе у истом

члану, а не, као у садашњем тексту, у два различита (члан 142. став 2. и члан 149). Озбиљнија примедба регулативи овог питања је садржински несклад између реалне и персоналне независности судске власти у Уставу. У члану 142. ставу 2. стоји: „Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“, док у члану 149. ставу 1. стоји: „Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен Уставу и закону“. Поставља се питање да ли то значи да судија није потчињен општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним уговорима, иако Устав у члану 142. ставу 2. одређује да судови суде и на основу ових извора права. Додатну конфузију ствара члан 145. став 2, који одређује да се „судске одлуке заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“. Три различите формулације у три садржински повезана члана Устава су апсолутно неприхватљиве и морају бити уједначене. Највећа дилема коју треба разрешити је да ли оставити, као у члану 142, да судови суде и на основу „општеприхваћених правила међународног права“ или, имајући у виду неодређеност ових правила, оставити формулацију из члана 145. става 2.

Конзистентно тумачење системских гаранција претпоставља да се једновремено уређују како институционалне, тако и персоналне гаранције. Стога се не могу само ове прве (институционалне) сматрати начелима, док се другима препушта ниво уставног правила којима се уређује вршење судијске функције. Начелни карактер персоналних (индивидуалних) гаранција треба да оствари исти циљ које имају и институционалне гаранције: да уобличи физиономију независног судства као примарне вредности владавине права.

Уставне гаранције персоналне независности, као што су: сталност судијске функције (члан 146), независност судије (члан 149), непреместивост судије (члан 150), непредвидивим редоследом разбацане су по читавом одељку о уређењу судства. С обзиром на то да структура правног акта проистиче из редоследа приоритета уређивања и значаја појединих института, необјашњиво је зашто је гаранција индивидуалне „независности судије“ у вршењу судске функције смештена иза (непотребно детаљне) одредбе о председнику Врховног касационог суда, одредбе о

судским одлукама и о престанку судијске функције. Управо обрнуто, независност судије у обављању судске функције чини примарни услов за самостално одлучивање, она представља темељну вредност владавине права и зато заслужује позицију у начелном уређењу ове гране власти.

Ово питање није само техничког карактера. Неконзистентна систематика слаби „дух“ уставних гаранција, тиме се доводи у питање системско обликовање судства као независне гране власти. Нормативни оквир не сме да буде представљен само као „црвени тепих“ који обезбеђује „церемонију“ формирања уставних органа, већ треба да створи свест код судија о значају њихове независности и самосталности у одлучивању. *Начела судства треба дефинисати тако да се на почетку одељка (у неколико чланова) наведу темељне уставне гаранције (институционалне и персоналне), којима се уређује положај суда и судија.*

Члан 143. Врсте судова

У овом члану споран је став 4, који одређује да је „Врховни касациони суд (је) највиши суд у Републици Србији“. Није јасно зашто је промењен назив највишег суда у земљи. То је и примедба Венецијанске комисије: „Једини суд који се посебно наводи у овом члану је Врховни касациони суд. Разлог за промену имена Врховног суда није јасан. Да ли се овим мисли да ће Суд убудуће бити ограничен на чисто касациону функцију?“³

Назив „Врховни касациони суд“ је контрадикторан.⁴ У упоредном праву, постоје два основна модела организације највишег суда у земљи – модел врховног суда и модел касационог суда. Први модел подразумева да највиши суд поводом правног лека одлучује о меритуму спора, односно својом пресудом правноснажно решава спор. Други модел, по правилу, не подразумева одлучивање о суштини спора од стране највишег суда, него само о законитости пресуде нижег суда, са правом да се незаконита пресуда поништи и са се предмет (спорно питање) „врати“ на поновно

³ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-e)

⁴ Види: М. Станковић, „Судска власт у Уставу Србије од 2006. – критички поглед“, *Судије у правном систему уред. Е. Шарчевић/В. Петров*, Сарајево, 2013, стр. 80.

суђење. Називајући највиши суд Републике Србије Врховним касационим судом, уставотворац је „помешао“ ова два, наизглед неспојива модела и ставио законодавца у непријатну позицију или да предвиди суд који има право и да суди у меритуму и да враћа предмете на поновно суђење или да се сам одлучи за један од два могућа модела.⁵ Стога би требало вратити ранији назив највишег суда, да то буде Врховни суд.

Члан 144. Председник Врховног касационог суда

„Председника Врховног касационог суда, на предлог Високог савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног касационог суда и надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина“ (став 1).

Овом решењу могу се упутити бар два озбиљна приговора. Прво, начин избора председника Врховног касационог суда не само да је непотребно детаљно уређен Уставом, већ је у основи контрадикторан и наводи на сумњу да постоји намера да се овај избор учини „важним“ да би се сакрио утицај политичке власти. Ни у једном другом изборном процесу који Устав уређује (избор судија Уставног суда, чланова Високог савета судства и чланова Државног већа тужилаштва, Републичког јавног тужиоца и др.) није предвиђено толико субјеката у поступку, а нарочито није предвиђена процедура у којој се не може са сигурношћу утврдити правни капацитет сваког од њих. Уколико Народна скупштина, као орган политичке власти, бира председника Врховног касационог суда на предлог Високог савета судства, потпуно је непотребно укључивање скупштинског одбора у фазу утврђивања предлога, осим уколико се тиме није хтела потпуно анулирати улога самог Врховног касационог суда у овој фази.

Друго, у основи, исти начин избора предвиђен је за судије које се први пут бирају на судијску функцију и за председника Врховног касационог суда. „Овде је тешко разумети логику по којој се председник највишег суда у земљи, судијски

⁵ Исто.

првосвештеник, и судија почетник, судијски ђакон, бирају по готово истом поступку“.⁶ Исто важи и за председнике осталих судова, које Народна скупштина бира на предлог ВСС-а. Дакле, Народна скупштина у све три ситуације (избор судија које се први пут бирају, избор председника ВКС-а и председника осталих судова), „располаже пуним капацитетом овлашћења везаних за избор судија, док је квалитет овлашћења ВСС-а ограничен само на подношење предлога за избор судија“.⁷

Оваква, крајње нелогична решења у будућој ревизији Устава морала би бити промењена. Председнике судова, као и председника највишег суда, треба да бира ВСС. Можда не би било сувишно, кад је реч о избору председника највишег суда, да ВСС одлуку доноси квалификованом већином гласова (нпр. 2/3 већином).⁸ Међутим, сва ова организациона питања не би морала да буду уређена Уставом. То је материја организационог правосудног закона. У том смислу, сасвим би било исправно брисати и цео члан о председнику Врховног касационог суда, а предложена решења унети у одговарајуће законодавство.

Члан 146. Сталност судијске функције

Овај члан прокламује начело сталности судијске функције и одступање од сталности за лице које се први пут бира за судију. Начело сталности судијске функције, које обухвата и непокретност (непреместивост) судија, прокламује већина модерних устава,⁹ као и међународни документи о правном положају судија. У *Основним начелима независности судства од 1985 (ОУН)* стоји (чл. 12): „Судијама, именованим или изабраним, гарантује се сталност функције до стицања услова за пензију или до истека мандата, тамо где такав постоји“.¹⁰

⁶ Р. Марковић, „Предговор: Устав Републике Србије од 2006 – критички поглед“, *Устав Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 42.

⁷ М. Пајванчић, „Уставне контроверзе о судској власти“, у: *Споменица академику Гаши Мијановићу*, Бања Лука, 2011, стр. 175.

⁸ Такво решење је предвиђено најновијим аманданима на Устав Црне Горе.

⁹ Има устава који не прокламују сталност судијске функције, нити одређују који су основи за престанак судијске функције и разрешење судије од дужности. Уређивање ових питања законом типичан је пример деконституционализације важних питања и сматра се озбиљним пропустом уставотворца.

¹⁰ Истоветну одредбу садржи и Препорука број Р (94) 12 Комитета министара Савета Европе (*Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the independence, efficiency and role of judges*). У Универзалној повељи о судијама од 1999 (*Universal*

„Лице које се први пут бира за судију бира се на три године“ (став 2).

Споран је избор судија на ограничени мандат од три године. Прво, овакво решење има изразито негативну страну. Уставом утврђени „пробни период“ за судије, у коме они треба да покажу своје способности и стручност, може представљати и очекивање да они покажу и одређени степен лојалности, кооперативности и послушности. Уосталом, сама чињеница да ће једно лице морати да брине о поновном избору ремети његову сигурност, али и истовремено смањује прилив квалитетног кадра у суд. Према томе, овакав механизам избора судија омогућава избор лојалних лица која ту своју особину, у том пробном периоду, морају и на делу да покажу и тако оправдају свој дотадашњи, али и потоњи, избор. На тај начин, уноси се несигурност у судијску професију, јер након пробног периода избор на сталну судијску функцију чини крајње неизвесним.

Друго, сталност судијске функције која је била апсолутна према Уставу од 1990. престала је то да буде, што је слабљење важне институционалне гаранције судијске независности.

Треће, у већини међународних докумената о статусу судија на пробни мандат гледа се са великом резервом. У *Универзалној декларацији о независности судства од 1983.* стоји да је „постављање привремених судија и именовање судија на пробни период у несагласности са судијском независношћу. Тамо где постоје таква именовања, требало би их постепено уклањати“.¹¹ Венецијанска комисија је, у више наврата, изразила јасан став да „предвиђање пробних периода може угрозити независност судија, јер се могу осећати под притиском да одлучују на одређени начин“. Комисија „чврсто препоручује да се судије редовних судова постављају трајно до пензионисања. Пробни период за судије је проблематичан са становишта независности, а предност треба дати системима са судијским кандидатима без пуних судијских овлашћења“.¹²

Charter of the Judges, unanimously approved by the Central Committee of the International Association of Judges at its meeting in Taipei (Taiwan) on 17 November 1999) стоји: „Судије и јавни тужиоци треба да буду именовани доживотно или на такав период и под таквим условима да судијска независност не буде угрожена. Свака промена обавезног доба за пензионисање судије не сме имати повратно дејство“.

¹¹ *The Universal Declaration on the Independence of Justice of 1983* (Montreal, World Conference on the Independence of Justice).

¹² Venice Commission, *Draft Report on the Independence of the Judicial System: Part I: The Independence of Judges*, CDL-JD(2009)001*, стр. 3

Четврто, у јуриспруденцији Европског суда за људска права заузимају су различити ставови у вези с пробним мандатом судија. У предмету *Le Compte, Van Leuven, De Meyere v. Belgium* (1981) заузето је становиште да је изузетак од сталности који подразумева први избор судија на период од шест година довољно јемство независности. Но, с друге стране, у предмету *Incal v. Turkey* (1998), Европски суд за људска права је оценио да је изборни период који траје три или четири године поприлично кратак и проблематичан, јер постоји оправдана бојазан од уплива политичког фактора.

Пето, модерни уставни признају начело сталности судијске функције као један од нужних услова независности судства било да га изричито прокламују и дефинишу било да га претпостављу, препуштајући његово дефинисање закону. Ипак, *мањи број устава предвиђа изузетак од сталности судијске функције у виду избора (именовања) судија на пробни период.*¹³ Ово решење, које се односи на лица која се први пут бирају на ту функцију, правда се потребом стицања неопходног искуства за обављање тако значајне функције и провере, путем објективних мерила, њихове способности и достојности за вршење судијске функције. То оправдање посебно долази до изражаја у државама које су тек установиле систем поделе власти или које су му се вратиле после дужег временског периода.

Шесто, први избор судије на ограничено временско трајање може се поткрепити аргументима „за“ и „против“. Наиме, континентални правни систем почива на избору судија у коме је приоритет дат критеријуму познавања позитивног права („техничко“ знање), док се у англосаксонском систему на првом месту истиче искуство судије, тј. оцена његовог приступа у примени права. Судије започињу своју професионалну каријеру након универзитета са положеним стручним испитом, а на основу ограниченог професионалног искуства. Напредовање у судијској каријери најчешће је последица „стажа и заслуга“, а за усавршавање и специјализацију не захтевају се посебни услови, осим онога што претпоставља професионално искуство у обављању ове функције. Појава специјализованих школа (правосудних академија) најпре у Француској, а потом и у другим европским земљама, представљала је додатни импулс у професионализацији и специјализацији судског кадра. Стога се може рећи да први

¹³ Упоредни преглед устава држава у региону показује да, осим Устава Србије, ниједан не предвиђа пробни мандат за судије које се први пут бирају.

избор на ограничено време има прилично утемељени разлог и да служи сврси у смислу провере способности кандидата да се баве овим позивом.

Са друге стране, ограничено трајање првог избора, који врши парламент, доводи у озбиљну опасност уставни концепт поделе власти у коме је судству обезбеђен статус независне гране власти. Избор обезбеђује и одређује институционалну независност, он представља легитимну основу на којој ниче и развија се самопоуздање и морална представа судије о сопственој улози у правном систему. О тзв. моралном аспекту независности најтеже је говорити у држави која није развила ни институционалне гаранције, па се овом питању најчешће приступа строго позитивистички: „Докле год нема повреде неког правног правила, дотле се може сматрати да је понашање судије морално“.

Седмо, уставно решење у вези с првим избором судија ни у пракси у Републици Србији до сада није дало резултата. Због тога што ВСС није утврдио критеријуме и мерила за вредновање рада судија и председника судова, није било могуће вредновати рад судија које су први пут биране на судијску функцију 2009. По истеку трогодишњег мандата, одлучено је да све те судије буду изабране за трајно обављање судијске функције.

Кад је о првом избору судија на мандат од три године реч, у будућој ревизији Устава, могуће су две опције: институционализовање првог избора на начин да се делотворније штити независност судијске функције и онемогући политизација њеног вршења или његово укидање. У случају прихватања прве алтернативе, снажније јемство независности судијске функције би подразумевало продужавање првог мандата избора судија са три на пет или шест година. Такође, судије би након истека тог првобитног изборног периода могле аутоматски да стичу сталност судијске функције, при чему би се независном органу, Високом савету судства, препустила могућност да у релативно кратком временском интервалу укаже на постојање унапред предвиђених разлога који указују да једно лице није достојно обављања судијске функције и да га разреши дужности. Требало би ограничити овлашћења „привремених“ судија тако да оне не могу самостално доносити коначне одлуке.¹⁴

„Привремене“ судије бирао би и о другим статусним питањима одлучивао би ВСС, против чијих одлука би се могла изјавити жалба Уставном суду.¹⁵

Другу алтернативу, тј. укидање првог избора судија, премда она није предвиђена у Националној стратегији за реформу правосуђа (2013-2018), требало би озбиљније узети у разматрање, поготово имајући у виду ставове Венецијанске комисије о том питању.

Члан 147. Избор судија

„Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију“ (став 1).

„Мандат судији који је први пут изабран на судијску функцију траје три године“ (став 2).¹⁶

Ако је већ предвидео пробни период за судије које се први пут бирају на судијску функцију, остаје нејасно зашто је надлежност за избор поверио Народној скупштини, а не ВСС-у. Реч је о уставној мимикрији којом се покушава сакрити политички утицај приликом одабира судија тиме што први избор мора да прође парламентарну инстанцу, да би се потом ВСС-у препустила „широка“ надлежност која се креће само у границама одабира који је Скупштина претходно учинила. У основи, избор „сваког“ судије почива на одлуци парламентарне већине, која се, упркос свим механизмима у процесу селекције кандидата, увек руководи политичким разлозима. Искуство земаља у свету (на пример, источноевропске и латиноамеричке државе), које пролазе или су прошле сличан пут у процесу демократизације, показује да је опасност од политичког утицаја парламента далеко већа од опасности утицаја органа извршне власти (шеф државе или надлежни министар).

Приговор да је „одлука о избору дискрециони акт парламента у чијем доношењу претежну улогу имају политички (страначки) разлози уместо оних објективних и

¹⁵ Venice Commission, *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, adopted by the Commission at its 64th plenary session (Venice, 21-22 October 2005), CDL-AD(2005)023, стр. 4.

¹⁶ Ово је другим речима поновљен члан 146. став 2. Устава. У сваком случају, треба га брисати, јер Устав је акт који не трпи непотребна понављања.

суштинских“,¹⁷ не губи на снази кад је реч о избору судија на ограничени мандат. Овакво решење само је потврда уставотворчеве несигурности у погледу правне природе ВСС-а и доказ да се у конституционализовању ВСС-а као органа „који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија“ није ишло до краја. У ствари, ВСС је орган другог реда у поступку избора судија. ВСС је орган који „аминује“ прелазак из реда привремених судија у ред трајних вршиоца судијске функције лицима која су већ прошла политичку тријажу од стране парламентарца. Да би ВСС заиста добио адекватну улогу, систем избора судија би требало спроводити по нарочитом конкурс, а овај орган би и иницијално морао бити надлежан да врши првобитни избор судија.

Као што је већ констатовано у вези са чланом 146. Устава, уставно решење о избору судија које се први пут бирају на судијску функцију, приликом будуће ревизије Устава, треба изменити.

Устав, уређује начин избора судија, али не садржи одредбе о заштити права судија у поступку одлучивања о њиховом избору. Дакле, статус судија у поступку избора није заштићен.¹⁸

У сваком случају, све судије, без обзира на то да ли се бирају први пут, на ограничени мандат, или се бирају на сталну функцију, треба да бира ВСС.

Члан 148. Престанак судијске функције

„Судији престаје судијска функција на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога, као и ако не буде изабран на сталну функцију“ (став 1).

Ова одредба заслужује озбиљну критику. Њоме је предвиђено да се услови за престанак судијске функције и разлози за разрешење одређују законом, уместо Уставом, као што је то био случају у Уставу Србије од 1990. „Деконституционализацијом основа за престанак и разлога за разрешење од функције

¹⁷ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2012, стр. 523.

¹⁸ М. Пајванчић, *op.cit.*, стр. 176-177.

слаби се положај судства као независне гране власти у систему власти“.¹⁹ То је и мишљење Венецијанске комисије, према којој је „озбиљна празнина што Устав, осим ове одредбе о престанку функције, не садржи било каква правила о дисциплинској одговорности судија“.²⁰ Стога би требало основе за престанак судијске функције и разлоге за разрешење поново конституционализовати. Посебно треба рестриктивније поставити разлоге за разрешење, како судије не би константно биле изложене “ветрометини”. Коришћење правних стандарда, попут “несавесног” поступања, у овако деликатним питањима сигурно не може бити гаранција независности судства.

Устав од 2006. не одређује основе за престанак судијске функције ни разлоге за разрешење, али зато каже да о престанку судијске функције одлуку доноси ВСС, а против ове одлуке судија има право жалбе Уставном суду, која искључује право на подношење уставне жалбе (чл. 148 ст. 2). Према једном ставу у домаћој науци (Р. Марковић), „овакво решење показује неразумевање ‘духа’ институције Уставног суда. Спор о престанку судијске функције није уставни спор, у њему није реч о повреди Устава као код уставне жалбе, па отуда Уставни суд не треба да буде надлежан за његово решавање. Стављањем решавања овог спора у надлежност Уставном суду, тај суд се чини инстанционим судом, што он по својој природи никако не може бити“.²¹ Венецијанска комисија је друкчијег мишљења. Она сматра да је предвиђање могућности жалбе Уставном суду против одлуке о престанку судијске функције ВСС-а добро решење.²²

Да ли Уставни суд треба да буде надлежан за одлучивање о жалби на одлуку о престанку судијске функције дилема је коју треба размотрити, али, чини се, да важеће решење, ипак, не треба мењати.

Члан 151. Имунитет

¹⁹ Р. Марковић, „Предговор: Устав Републике Србије од 2006 – критички поглед“, *Устав Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 42.

²⁰ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-e)

²¹ Р. Марковић, *op.cit.*, стр. 43.

²² [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-e)

Гарантована је имунитетска заштита судија материјалног и процесног карактера. Материјални имунитет штити судију од одговорности за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим уколико је реч о кривичном делу кршења закона од стране судије. Процесни имунитет штити судију од лишења слободе у поступку покренутом због кривичног дела учињеног у обављању судијске функције. Уставни концепт имунитетске заштите који штити судије у професионалном капацитету примењује се у већини европских система. Он је ужи од тзв. политичког имунитета који уживају носиоци политичких власти (законодавне и извршне) и који уживају судије Уставног суда. Међутим, материјални имунитет судија требало би прецизније уредити, јер постојећа правна формулација уноси забуну и отвара питање да ли су судије заштићене од одговорности за изражено мишљење само приликом одлучивања или се ова заштита простире на цео поступак пресуђивања.

У складу са циљевима имунитетске заштите судија, одредбу о материјалном имунитету би требало појаснити уношењем синтагме „за изражено мишљење у судском поступку и за гласање приликом доношења судске одлуке“.

Члан 152. Нespoјивост судијске функције

Нespoјивост судијске функције је институт који произилази из начела поделе власти и требало би га Уставом детаљно уредити. Забрана политичког деловања судија је важна гаранција институционалне и персоналне независности судства, али она тражи прецизнији садржај који је уставом требало уредити. И овом приликом (као и код престанка судијске функције) Устав је поверио законодавцу да ближе уреди функције и послове који су нespoјиви са судском функцијом. *Ако се постојање сукоба интереса у сфери „приватног интереса“ може уредити одговарајућим законом који се односи на све државне функционере, јер захтева прецизно и детаљно навођење основа за постојање таквог интереса, дотле је очекивано да се Уставом уреди област тзв. политичке нespoјивости прецизним набрајањем јавних функција које су нespoјиве са обављањем судске функције.*

Члан 153. Високи савет судства – положај, састав и избор

Претходно питање: *Да ли је уставотворац погрешно што је ранији Високи савет правосуђа поделио на два органа, онај који је надлежан за статус судија (ВСС) и онај који је мање надлежан за статус јавних тужилаца, а више заменика јавних тужиоца (ДВТ)?* Према једном схватању, уставотворац је направио грешку, јер овакво решење „прети да омете примену истих или првобитно истих стручних и личних стандарда у обе професије“,²³ судијској и јавнотужилачкој. У одговору на ово питање мора се поћи од очигледне тежње уставотворца да статус судија и јавних тужилаца постави на различите основе. Довољно је навести то да се судије, после првог избора, бирају за трајно вршење функције, а да се јавни тужиоци бирају на ограничен мандат (шест година, уз могућност неограниченог реизбора), као и да судије за трајно вршење функције бира ВСС, а јавне тужиоце бира Народна скупштина на предлог Владе. *Јавнотужилачка функција има својих особености у односу на судијску функцију. Стога би задржавање два независна државна органа, ВСС-а и ДВТ-а имало своје оправдање.*

Озбиљни приговори могу се упутити на рачун састава ВСС и начина одређивања његових чланова. ВСС има 11 чланова. *Број чланова ВСС-а се може оценили као одговарајући.*

У његов састав улазе председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, као чланови по положају и осам изборних чланова које бира Народна скупштина, у складу са законом. Изборне чланове чине шест судија са сталном судијском функцијом, од којих један са територије аутономних покрајина, и два угледна и истакнута правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета. Председници судова не могу бити изборни чланови ВСС-а. Мандат чланова ВСС-а траје пет година, осим за чланове по положају, којима мандат престаје са престанком функције по основу које су постали његови чланови.

Захтев да ВСС буде тело уравнотеженог састава је, наизглед, остварен. „Ово је, међутим, само привид плурализма“.²⁴ Намера уставотворца да овом телу пружи потпуну уставну гаранцију независности може се довести у сумњу јер избор и

²³ В. Ракић – Водинелић, „Реформа правосуђа у Србији“, *Свеске за јавно право*, бр. 9/2012, стр. 8.

²⁴ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-e)

постављење чланова Савета, директно или индиректно, налази своје исходите у законодавној власти и политичкој вољи скупштинске већине. Осам изборних чланова Савета бира Народна скупштина на предлог овлашћених предлагача, а утицај законодавног органа снажно се протеже и преко три члана по положају: министра, који је у систему поделе власти изабран од стране парламента, председника скупштинског одбора, који је истовремено народни посланик и председника Врховног касационог суда, који је такође изабран од стране Народне скупштине. Скупштина, дакле, потпуно господари овим телом, те се овде уопште не може говорити о независном или самосталном правосудном органу. Његова правна позиција могла би се дефинисати као уставом уређен делокруг специјализованог скупштинског одбора, који се бави пословима правосуђа и помаже законодавној власти у спровођењу гаранција независног судства. Иако његова овлашћења у погледу избора и престанка судијске функције имају конститутивни карактер и имплицирају карактер државног органа, он не поседује функционални капацитет да оствари више него што су овлашћења једног специјализованог скупштинског одбора.

Од 11 чланова ВСС-а, седам су судије и два су „угледна и истакнута“ правника. Министар надлежан за правосуђе и председник надлежног скупштинског одбора представници су политичких власти, извршне и законодавне.²⁵ *Премда, упоредно посматрано, има правосудних савета у чији састав не улазе министри правде, решење с министром правде у саставу ВСС-а може да остане.* Министру правде се не може оспорити уставна компетенција да се стара о гаранцијама независности судства (првенствено у домену судске администрације и буџетирања), али се не може ни афирмисати његово активно суделовање у овом телу, јер је његов политички утицај сасвим јасан. *Његово учешће у раду ВСС-а би требало модификовати тако да он буде члан „ограниченог капацитета“.* Он не би имао овлашћења да одлучује у стварима које се односе на премештај судија и изрицање дисциплинских мера.²⁶ Могао би да буде укључен када се расправља о буџетским питањима, тј. приходима и расходима судства. На овај начин могла би се обезбедити равнотежа у погледу финансијских потреба судства и укупних финансија, које Влада предлаже парламенту.

²⁵ Речи „истакнут“ и „угледан“ су синоними. У Уставу је, стога, било довољно употребити једну од њих.

²⁶ Venice Commission, *Judicial Appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

Што се тиче председника надлежног скупштинског одбора, његово чланство у ВСС-у је сувишно. Бивши парламентарци, због својих правних квалификација, могу бити изабрани у правосудни савет, али то не би требало да буде случај са активним парламентарцима. Прво, народни посланик, у својству председника надлежног скупштинског одбора, је у најмању руку некоректно политичко чланство у структури Савета. Његова позиција је таква да он по природи своје функције учествује у остваривању гаранција независности судства као члан парламента, а у складу са функционалним капацитетом законодавне власти. Тако, сходно члану 51. ставу 2. Пословника Народне скупштине, скупштински Одбор надлежан за послове правосуђа „даје мишљење о предлогу одлуке за избор председника Врховног касационог суда и Републичког јавног тужиоца“. Из овога следи да се у функцији председника надлежног одбора стапа више овлашћења, која би требало да буду функционално раздвојена и која доводе у питање друга уставна правила о подели власти (на пример, неспојивост и сукоб интереса). Једно исто лице, као члан Високог савета судства, најпре учествује приликом утврђивања предлога за председника Врховног касационог суда; затим, као председник одбора, организује рад одбора и обезбеђује већину за исти предлог и на крају, у својству народног посланика, на седници Народне скупштине гласа за исти предлог. Председник скупштинског одбора као члан Савета налази се у идентичној позицији када Одбор надлежан за послове правосуђа „разматра предлог одлуке за избор чланова Високог савета судства, Државног већа тужилаца, председника судова, јавних тужилаца, као и судија и заменика јавних тужилаца који се бирају први пут“ (члан 51. став 3. Пословника). Јасно је да преко ове, на први поглед танке персоналне везе Народна скупштина успева да координира и обезбеди политичку контролу над радом Савета.

Друго, додатни аргумент за уклањање представника законодавне власти из састава ВСС-а може бити одредба члана 102. Устава којом је отворен правни пут за увођење партијски везаног мандата („бланко оставке“), а што је проистекло из развијене праксе у којој партије „располажу“ мандатима. Нормативни оквир и досадашње парламентарно искуство не представљају никакву гаранцију да ће представник законодавне власти наступати са позиција општег или већинског става у парламенту. Управо обрнуто, увек ће постојати прикривена опасност да приликом селекције и избора судија дође до „прерасподеле“ места између самих партија.

Стога би, при уставном редефинисању састава ВСС-а, требало уклонити из чланства председника надлежног скупштинског одбора.

Кад је реч о трећем члану по положају, председнику Врховног касационог суда, он би могао да остане. Није, међутим, добро садашње законско решење, према којем је председник Врховног касационог суда и председник ВСС-а по положају. ВСС није судски орган, па да председник највишег суда мора да буде на челу овог органа. *Председника ВСС-а треба да бирају чланови ВСС-а.* Венецијанска комисија препоручује да „председник савета треба да буде изабран од стране савета између не-судијских чланова савета“, чиме би се „постигла равнотежа између неопходне независности председника и потребе да се избегну могуће корпоратистичке тежње унутар савета“.²⁷

Кад је реч о изборним члановима ВСС-а, две су ствари које би требало кориговати. Најпре, Устав треба да предвиди да у састав ВСС-а улазе судије различите врсте и степена (од најнижег до највишег суда, судије судова опште и посебне надлежности). Такође, требало би размислити о незнатном повећању броја истакнутих правника које бира Скупштина. С правом се може приметити да је међу истакнутим правницима фаворизована адвокатска професија.²⁸ Нова уставна формулација не би требало да ограничи избор истакнутих правника само на две правничке професије, професорску и адвокатску.

Такође, *спорна је и одредба према којој од шест изабраних чланова – судија са сталном судијском функцијом један мора бити са територије аутономних покрајина.* ВСС треба да буде високо стручни орган, који почива на јасним принципима: 1) професионални кредибилитет чланова; 2) њихов висок морални углед у

²⁷ Venice Commission, *Judicial Appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

²⁸ „На овај начин Устав је изричито прописао да носиоци лукративне делатности, адвокати, који се баве пружањем правне помоћи за награду, поред политичких функција у министарству правде, скупштинском одбору за правосуђе и другим политичким телима, што је политички избор и као такав данас није споран, буду носиоци функције у органу који 'гарантује независност и самосталност судова и судија', Високом савету судства. Уколико је, пак, намера била да Савет још више правно ојача, онда не видимо разлог за дискриминацију других 'истакнутих и угледних правника' са положеним правосудним испитом који, ако нису адвокати, не могу бити чланови овог органа. Како не припадамо правној традицији земаља где се судије именују из реда адвоката (Енглеска, из реда баристера), остаје неодговорено питање због чега је Устав истакао звање адвоката“. С. Орловић, „Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, стр. 183.

професионалној заједници и друштву; 3) способност стратешког размишљања и доношења одлука.²⁹ Ниједан од ових принципа нема никакве везе са припадношћу чланова одређеној територијалној јединици. Чак и кад би Србија била федерација, а не унитарна држава, природа ВСС не би налагала заступљеност федералних (територијалних) јединица у овом органу. Уосталом, судски систем у Републици Србији је јединствен и нема оправданог разлога да се јединицама територијалне аутономије, које немају своје судове, признаје посебно место у органу задуженом да гарантује независност и самосталност републичких судова. Пре би се рекло да је реч о још једној „лицемерној“ одредби Устава која треба да стоври привид о партиципацији АП Војводине у вршењу судске власти (слична постоји и код састава Уставног суда). Стога треба брисати овакво решење.

Дакле, структура судија - чланова Савета треба да буде заснована на функционалном критеријуму, који у потпуности одражава постојећу организацију судова у Републици. Корекција овог принципа допустива је у мери у којој би био афирмисан легитимни циљ равномерне заступљености свих судова. Тако, територијалну заступљеност, која се у позитивном праву појављује као политички коректив заснован на уважавању децентрализације и постојања аутономних покрајина, треба заменити и обезбедити, на пример, заступљеност представника све четири републичке апелације у саставу Савета.

Најзад, чак и кад би састав ВСС-а остао исти, начин избора чланова овог органа морао би се променити како би се отклонио доминантан утицај Народне скупштине (а преко скупштинске већине, и Владе) у овој области. „Чланове Високог савета судства бира, непосредно или посредно, Народна скупштина, што је повод за критику, јер на тај начин тело које треба да буде сасвим аутономно и високо професионално у целини зависи од Народне скупштине у којој народни посланици доносе одлуке вођени налозима политичке странке или страначке коалиције са чије су листе изабрани за народне посланике“.³⁰ Овакво решење показује да се уставотворац није сасвим дистанцирао од модела избора судија из Устава од 1990. Оно је, без сумње, потврда да је уставна дефиниција ВСС-а као „независног и самосталног органа“

²⁹ Б. Перић, „Тензије између правосуђа и политике: да ли најављене измјене Закона о ВСТВ рјешавају проблеме?“, доступно на: http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Branko_Peric4.pdf

³⁰ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 2012, стр. 526.

прокламација без реалне садржине. У сваком случају, критика оваквог решења избора чланова ВСС-а не би требало да доведе до прихватања другог крајњег решења према којем би Скупштина била сасвим искључена из поступка избора. *Уравнотежен састав ВСС-а подразумева и уравнотежен начин избора његових чланова, тако што би судије чланове бирале судије, а чланове који нису судије бирала би Скупштина из редова истакнутих правника на предлог професионалних и струковних организација. Скупштина чланове ВСС-а не би требало да бира обичном, кворумском, већ квалификованом већином, која би подразумевала компромисно изналажење кандидата између већине и опозиције.*

Члан 154. Надлежност Високог савета судства

Имајући у виду дефиницију ВСС-а из члана 153. става 1. Устава, може се констатовати да надлежност овог органа није адекватно одређена. Њу би, с обзиром на коментаре решења из претходних чланова, требало редефинисати тако да ВСС бира и разрешава судије увек (на сталну функцију и при првом избору, ако први избор остане као решење), бира председнике судова и председника највишег суда и доноси одлуку о престанку њихове функције.

Требало би потражити и одговор на питање о одговорности ВСС-а у уставној организацији власти. У овом тренутку, механизам за контролу од стране политичке власти Уставом је уређен и он лежи у иницијалном чину, тј. начину избора и постављењу чланова Савета. Међутим, уколико ВСС-а буде обезбеђена кроз правила о избору и о његовој структури, којима би Савет био изузет од политичког утицаја, отвара се питање његове одговорности за остваривање поверених овлашћења. С обзиром на то да је реч о органу који повезује трећу грану власти са политичким властима, он у најширем смислу „полаже рачун“ само грађанима и струци. Отуда је потребно увести прецизна правила о јавности рада Савета, која би представљала снажан инструмент за проверу квалитета рада. Са друге стране, механизам права на жалбу на одлуке Високог савета судства пред Уставним судом пружа додатне гаранције не само правне, већ и професионалне одговорности Савета. У најширем смислу, овде се може применити правило о праву на законитог судију, као гаранцију за

све оне на које се односи јуриспруденција овог специјалног државног органа: гаранција да се захтева судска одлука и гаранција од неовлашћеног уплитања у рад судства. Коначно, одговорност ВСС-а може бити обезбеђена и ограниченим мандатом његових чланова, који треба да траје дуже од мандата представника политичких власти, значи најмање шест година. Ограничено трајање мандата јача његову одговорност у најширем смислу: полагањем рачуна грађанима и правној струци након протеча уставом предвиђеног времена за обављање јавне функције.

IV ЈАВНО ТУЖИЛАШТВО У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.

1. ОПШТИ КОМЕНТАРИ

За разлику од судова, јавна тужилаштва нису увек уставна материја. Има устава који детаљно уређују јавна тужилаштва, оних који само предвиђају да ће организација јавног тужилаштва бити одређена законом, као и оних који не садрже ниједну одредбу о јавном тужилаштву. Устав Србије од 2006. припада првој групи, јер садржи прилично детаљне одредбе о јавном тужилаштву.

Углавном, у садржинском и у номотехничком смислу, примедбе које се упућују регулативи судске власти односе се и на јавно тужилаштво. Три општа коментара би требало посебно истаћи.

Прво, јавнотужилачка функција више није стална, како је то било према Уставу Србије од 1990. С друге, стране заменици јавних тужилаца, који нису самостални носиоци овлашћења и обавеза јавног тужилаштва, бирају се најпре на три године, а потом за стално. Треба преиспитати ова решења.

Друго, предвиђено је *Државно веће тужилаца (ДВТ)*, државни орган који би у свом односу према јавном тужилаштву требало да одговара ВСС-у његовом односу према судству. *Основна примедба која се тиче овог органа је потпуни несклад између његове уставне дефиниције и његових надлежности.* Према уставној дефиницији, то је самосталан државни орган који обезбеђује и

гарантује самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, у складу с Уставом. Надлежност ДВТ-а је сасвим везана за заменика јавних тужилаца, па се поставља питање како овај орган може обезбедити и гарантовати самосталност јавних тужилаца.

Треће, начин избора јавних тужилаца, који је подељен између Народне скупштине и Владе (бира их Народна скупштина на предлог Владе) не даје никакве гаранције самосталности јавног тужилаштва од политичког чиниоца.

2. КОМЕНТАРИ ПОЈЕДИНИХ УСТАВНИХ ОДРЕДАБА

Члан 156. Јавно тужилаштво: положај и одговорност

„Јавно тужилаштво врши своју функцију на основу Устава, закона, потврђеног међународног уговора и прописа донетог на основу закона“.

У овој одредби се, за разлику од сличне одредбе о судовима, не спомињу општеприхваћена правила међународног права. Ако општеприхваћена правила међународног права остану код судова, требало би их додати и код јавних тужилаштава.

Члан 158. Републички јавни тужилац

„Републичког јавног тужиоца, на предлог Владе, по прибављеном мишљењу надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина“ (став 2).

Спорно је, најпре, да ли треба да остане решење према којем јавне тужиоце, а самим тим и републичког јавног тужиоца, бира Народна скупштина. Треба размислити о томе да то, аналогно са ВСС-ом, буде надлежност Државног већа тужилаца (ДВТ-а). Нарочито је проблематично да се избор врши на предлог Владе, тј. носиоца извршне власти. То решење би, без сумње, требало уклонити.

„Републички јавни тужилац бира се на период од шест година и може бити поново биран“ (став 3).

Венецијанска комисија је овом решењу приговорила само у делу који се односи на могућност поновног реизбора, позивајући се на непостојање такве могућности код председника Врховног касационог суда. *Чини се да је и избор републичког јавног тужиоца на ограничено време (мандат од шест година) споран. Није јасно зашто јавнотужилачка функција није стална као што је то и судска функција.*

„Републичком јавном тужиоцу престаје функција ако не буде поново изабран, кад сам то затражи, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога“ (став 4).

Овом решењу се може упутити иста примедба као и код судија и председника судова, јер се неоправдано основи за престанак функције и разлози за разрешење деконституционализују. Дакле, *основе за престанак функције и за разрешење јавног тужиоца треба одредити у Уставу.*

„Одлуку о престанку функције Републичком јавном тужиоцу доноси Народна скупштина, у складу са законом, при чему одлуку о разрешењу доноси на предлог Владе“ (став 5).

И овде би требало размислити да ли одлуку о престанку функције Републичком јавном тужиоцу треба да доноси Народна скупштина, а у сваком случају искључити улогу Владе у поступку разрешења.

Члан 159. Јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца

У овом члану налази се неколико лоших и нелогичних решења. *Избор свих јавних тужилаца од стране Народне скупштине, на предлог Владе, је решење које треба заменити избором од стране ДВТ-а.* Као што је горе речено, треба размислити о враћању сталности јавнотужилачкој функцији.

Као што је већ напоменуто у општим коментарима, нелогично је и решење које се односи на замене јавних тужилаца. Они се први пут бирају од стране Народне скупштине на мандат од три године, а потом их бира ДВТ за трајно обављање функције. Нити је јасно зашто ДВТ бира само замене јавних тужилаца за трајно

обављање функције, нити зашто се заменицима, после првог избора, гарантује сталност функције, а јавним тужиоцима не.

Члан 161. Престанак функције јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца

Као и код судија, извршена је деконституционализација услова за престанак јавнотужилачке функције (осим кад јавном тужиоцу престаје функција подношењем оставке – на његов захтев) и разлога за разрешење. *Основи (услови) за престанак јавнотужилачке функције и разлози за разрешење морају бити наведени у Уставу.*

Овај члан је још један у низу примера лоше номотехнике својствене Уставу. У ставу 5. овог члана, непотребно се понавља оно што је већ једним делом речено у ставу 1 („... основи и разлози за престанак функције јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца, уређују се законом“).

Члан 164. Положај, састав и избор Државног већа тужилаца

Овде се могу истаћи примедбе и коментари аналогни одговарајућем члану Устава који се односи на ВСС. Стога их не треба понављати.

Члан 165. Надлежност ДВТ-а

Као што је већ истакнуто у општим коментарима, надлежност ДВТ-а везује се искључиво за изборна овлашћења у односу на заменике јавних тужилаца и одлучивање у поступку за престанак функције заменика јавних тужилаца. Овај орган врши и друге послове одређене законом, али је очигледно да се они не могу односити на јавне тужиоце, јер то Устав уопште не спомиње. Дакле, за разлику од ВСС-а, за којег се може констатовати да има делимично адекватан обим уставних надлежности, имајући у виду његову уставом дефинисану позицију и улогу, *ДВТ је државни орган чије уставне надлежности, највећим делом, нису у складу са његовом уставном*

дефиницијом. Стога би их требало сасвим редефинисати у складу са коментарима датим за поједине чланове горе.

V ОДНОС СУДОВА И УСТАВНОГ СУДА У УСТАВУ

Са аспекта уставне организације судске власти, а нарочито кроз призму гаранција независности судства, отвара се питање односа судова и Уставног суда. Кључна је уставна одредба о институционалној заштити људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом (члан 170). Уставна жалба уређена је као посебан правни институт у оквиру шестог дела Устава, који је посвећен Уставном суду. Уставна жалба садржи основне елементе уџбеничке дефиниције (објекат заштите, предмет испитивања, природа повреде и супсидијарност), али је пропуштено да се уреди низ важних питања за њену примену, што је било предмет оправдане критике стручне јавности.

Основни недостатак оваквог приступа у нормирању садржан је у томе што су писци Устава препустили законодавцу да уреди осетљиво поље уставне заштите људских и мањинских права, која су проглашена за темељни принцип владавине права (члан 3). То се одразило на надлежност Уставног суда (она није експлицитно наведена у листи надлежности УС, члан 167), као и на однос Уставног суда према судовима у систему поделе власти.

Најпре ће бити истакнути начелни ставови о уставној жалби који су присутни у теорији уставног права. С обзиром на циљ ове анализе, неће бити навођени аутори и дела на које се ослања теоријски осврт, али ради заштите ауторства упућује се на радове проф. др Ирене Пејић, једног од потписника анализе, која се овим питањем озбиљније бавила, наводећи ставове и других аутора.³¹

³¹ И. Пејић, „Уставносудска заштита основних права: уставна жалба у Србији“, *Правни живот*, Часопис за правну теорију и праксу (Тематски број: Право и слобода), Београд, Бр. 14, Vol. VI, 2007; И. Пејић, „Гаранције људских права у националном поретку: уставносудска заштита“, *Зборник радова са Међународне научне конференције - Уставне и међународноправне гаранције људских права*, (ур. Зоран Радивојевић), Ниш; Центар за публикације Правног факултета, 2008.

У најширем смислу, уставни судови остварују заштиту људских права преко своје надлежности да оцењују сагласност нормативних аката са уставом и на тај начин интерпретирају уставне одредбе у оквиру апстрактне контроле уставности. Систем уставносудске контроле треба да пружи начелне гаранције у држави заснованој на владавини права. Уставном суду је допуштено да интерпретира уставне норме сагласно теорији о „отвореној уставној норми“ и да, сагласно принципу пропорционалности, оцењује која акција власти је неопходна, одговарајућа и непрекомерна. Да би уставни суд остварио добру равнотежу у оцени уставности, од њега се очекује да процени која вредност ће превагнути, или једноставније, да се стара о томе да највећа „корист“ буде достигнута најмањом „ценом“.

У циљу успостављања ефективне правне заштите људских права, уставна жалба је гарантована у великом броју тзв. нових уставних демократија (у Чешкој, Словачкој, Мађарској, Русији, Пољској, а од бивших југословенских република у Словенији, Хрватској, Македонији и Црној Гори). Успостављање уставносудске заштите права путем уставне жалбе уклапа се у европски систем правне заштите, сагласно Европској конвенцији о људским правима. Европски суд за људска права бави се захтевима за заштиту тек по исцрпљивању свих расположивих средстава правне заштите у националном систему. Сагласно Европској конвенцији, Европски суд „може узети предмет у поступак тек када се исцрпу сви унутршњи правни лекови, у складу са општепризнатим начелима међународног права, и у року од шест месеци када је поводом њега донета правоснажна пресуда“ (члан 35. став 1). У националном правном систему, уставна жалба представља посебан инструмент правне заштите са карактеристикама ванредног правног лека који обезбеђује заокружену заштиту људских права у уставном поретку.

Разматрајући уставне жалбе уставни суд долази у непосредан контакт са судовима. Из тог разлога, отвара се простор за настанак специфичног конфликта или неке врсте ривалитета између њих. Уставни суд, међутим, не наступа као „висока“ или „највиша“ судска инстанца према судовима. Иако на својеврстан начин преиспитује одлуке судова када одлучује о уставним жалбама, уставни суд своје истраживање треба да задржи искључиво на тзв. уставном питању, односно, на питању заштите уставом гарантованог права. Да ту не постоји однос субординације показује и то да уставни суд

не одлучује о предмету о коме је суд одлучивао и својом одлуком не може да замени одлуку суда. Уставносудска контрола као „контрола схватања или разумевања“ уставног права значи да поступајући по уставним жалбама уставни суд не испитује процедуру и начин одлучивања судова, већ је његов задатак да испита схватање уставног права од стране суда. Дакле, полази се од претпоставке да је важеће тзв. уставно право и не улази се у домен других грана права (на пример, кривичног или грађанског права). Уставни суд врши контролу „уставне оправданости“, па зато и кад уставна жалба проистекне из неког грађанског или кривичног спора уставни суд се ограничава само на она питања у поступању суда која су везана за потенцијалну повреду уставног права. Трећа битна карактеристика у односима између уставног суда и судова је та што својом одлуком уставни суд не замењује одлуку суда која је била предмет напада по уставној жалби. Својом одлуком уставни суд може само да изазове поновно одлучивање суда о истом питању уколико сматра да се ради о повреди уставног права.

На основу ових начелно изложених теоријских ставова, могло би се рећи да је задатак законодавца био тежак, јер је требало помирити оба својства уставне жалбе: ефективну правну заштиту људских права у националном правном поретку и очувати поделу власти у којој је судство независно, а Уставном суду је додељен посебан, организациони и функционални простор.

Прво, ефективна правна заштита људских и мањинских права претпоставља да Уставни суд може да преиспитује појединачне правне акте и радње државних органа, међу које спадају и судске пресуде, када је повређено неко уставом гарантовано право. Наиме, заштита би била готово празног садржаја уколико би се из овог механизма искључиле судске одлуке и он примењивао искључиво према актима управне власти (узимајући у обзир могућност покретања управног спора, обим уставносудске заштите био би значајно ограничен). Ако би се судске одлуке искључиле, отворило би се питање: да ли би у том случају Европски суд за људска права могао да одговори на све притужбе наших грађана и какав би био однос према „делотворном“ систему националне заштите у Србији? *Нема места дилеми у погледу уставне формулације да се уставна жалба може изјавити „против појединачних аката или радњи државних органа“ и да она обухвата све оне који учествују у*

примени и извршавању општих правних аката, а то су органи управе и судства.³² То не искључује могућност да се, приликом будуће ревизије Устава, нађе формулација која би још прецизније одредила предмет уставне жалбе. То важи и за одредбе из члана 145. ст. 3 и 4 („Судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле“. – „Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд, у законом прописаном поступку“). Према је јасно да израз „вансудска контрола“ има за циљ да спречи политичо преиспитивање судских одлука, а не уставносудско преиспитивање у делу који се односи на могућу повреду уставом зајемченог људског права, то би требало изричито рећи у уставној норми. Дакле, као и у случају изузетка „амнестије и помиловања“, треба изричито навести могућност преиспитивања судске одлуке од стране Уставног суда, на основу изјављене уставне жалбе због повреде уставом гарантованог права.

Друго, уставне гаранције владавине права, међу којима подела власти и независност судства заузимају примарно место, захтевају рационално решење у погледу дејства одлуке Уставног суда по уставној жалби. Задатак је Уставног суда да реши специфично „уставно питање“ о томе да ли је повређено уставом гарантовано право, а потом се препушта надлежном суду да у складу са уставносудском одлуком реши конкретни спор, тј. правно питање које је било предмет разматрања у судској пресуди.³³ На суду је обавеза и овлашћење да размотри спорно питање још једанпут и своју пресуду усагласи са ставом Уставног суда о заштити уставних права. То значи да би Уставни суд могао, када утврди да је појединачним актом повређено људско или мањинско право, да усвоји уставну жалбу и да у целини или делимично укине исти и врати га на одлучивање надлежном органу. Надлежни орган би требало одмах (а најкасније у року од 60 дана) да узме предмет у поступак, водећи рачуна о правним

³² То је и становиште Уставног суда, који је почетком 2013, прогласио неуставном одредбу Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду (члан 89. став 2), којом је судска одлука била изузета од оспоравања путем уставне жалбе („Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт *осим судске одлуке* итд.). После Одлуке Уставног суда („Службени гласник РС“, бр. 18/2013), члан 89. став 2. Закона о Уставном суду гласи: „Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца“.

³³ Уставном суду се замера да се у досадашњој пракси понашао као највиши суд, као инстанциони суд четвртог степена, јер се није бавио само анализом уставних одредби, већ је тумачио и прописе из области материјалног права по којима суде судови. Вид. П. Трифуновић, „Судска одлука и уставна жалба“, из Билтена судске пракс Врховног суда Србије, број 3/2009, Intermex, Београд.

разлозима које је Уставни суд истакао у својој одлуци. Због могућности повреде права на суђење у разумном року, законом би требало прецизирати и друге рокове за поступање надлежног органа по одлуци Уставног суда.

Постојећа законска формулација о „поништавању“ појединачних аката није у складу са основном функцијом Уставног суда као „чувара Устава“. Осим што се стара о заштити уставности и законитости, Уставни суд мора водити рачуна о правној сигурности грађана. У том смислу, одлука Уставног суда треба да има касаторно дејство које се састоји у укидању појединачних правних аката државних органа.

VI ЗАКЉУЧЦИ

- 1) Формулација члана 4. става 3. Устава („Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли“) даје основ за решење да се одлучивање о избору судија дели између Народне скупштине и Високог савета судства, чиме се ова важна гаранција независног положаја суда изузима из пуне надлежности судске власти. Да би се ово исправило, потребно је урадити једно од двога: избрисати члан 4. став 3. Устава или га преформулисати тако да гласи „однос законодавне и извршне власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли“;
- 2) Начела судства треба прецизније и систематичније дефинисати. Треба их дефинисати и тако да се на почетку одељка (у неколико чланова) наведу темељне уставне гаранције (институционалне и персоналне), којима се уређује положај суда и судија, а не да она буду разуђена по целом одељку;
- 3) Назив „Врховни касациони суд“ је контрадикторан. Треба вратити ранији назив највишег суда – Врховни суд;
- 4) Председнике судова, као и председника највишег суда, треба да бира ВСС. Можда не би било сувишно, кад је реч о избору председника највишег суда, да ВСС одлуку доноси квалификованом већином гласова (нпр. 2/3 већином).

Ова организациона питања не би морала да буду уређена Уставом. То је материја организационог правосудног закона. У том смислу, сасвим би било исправно брисати и цео члан о председнику Врховног касационог суда, а предложена решења унети у одговарајуће законодавство;

- 5) Кад је о првом избору судија на мандат од три године реч, у будућој ревизији Устава, могуће су две опције: институционализовање првог избора на начин да се делотворније штити независност судијске функције и онемогући политизација њеног вршења или његово укидање. У случају прихватања прве алтернативе, снажније јемство независности судијске функције би подразумевало продужавање првог мандата избора судија са три на пет или шест година. Такође, судије би након истека тог првобитног изборног периода могле аутоматски да стичу сталност судијске функције, при чему би се независном органу, Високом савету судства, препустила могућност да у релативно кратком временском интервалу укаже на постојање унапред предвиђених разлога који указују да једно лице није достојно обављања судијске функције и да га разреши дужности. Требало би ограничити овлашћења „привремених“ судија тако да оне не могу самостално доносити коначне одлуке. „Привремене“ судије бирао би и о другим статусним питањима одлучивао би ВСС, против чијих одлука би се могла изјавити жалба Уставном суду. Другу алтернативу, тј. укидање првог избора судија, премда она није предвиђена у Националној стратегији за реформу правосуђа (2013-2018), требало би озбиљније узети у разматрање, поготово имајући у виду ставове Венецијанске комисије о том питању;
- 6) Све судије, без обзира на то да ли се бирају први пут, на ограничени мандат, или се бирају на сталну функцију, треба да бира ВСС;
- 7) Треба основе за престанак судијске функције и разлоге за разрешење поново конституционализовати. Посебно треба рестриктивније поставити разлоге за разрешење, како судије не би константно биле изложене “ветрометини”. Коришћење правних стандарда, попут “несавесног” поступања, у овако деликатним питањима сигурно не може бити гаранција независности судства;

- 8) У складу са циљевима имунитетске заштите судија, одредбу о материјалном имунитету би требало појаснити уношењем синтагме „за изражено мишљење у судском поступку и за гласање приликом доношења судске одлуке“;
- 9) Ако се постојање сукоба интереса у сфери „приватног интереса“ може уредити одговарајућим законом који се односи на све државне функционере, јер захтева прецизно и детаљно навођење основа за постојање таквог интереса, дотле је очекивано да се Уставом уреди област тзв. политичке неспојивости прецизним набрајањем јавних функција које су неспојиве са обављањем судске функције;
- 10) Премда, упоредно посматрано, има правосудних савета у чији састав не улазе министри правде, решење с министром правде у саставу ВСС-а може да остане. *Његово учешће у раду ВСС-а би требало модификовати тако да он буде члан „ограниченог капацитета“. Он не би имао овлашћења да одлучује у стварима које се односе на премештај судија и изрицање дисциплинских мера.* Могао би да буде укључен када се расправља о буџетским питањима, тј. приходима и расходима судства.
- 11) Кад је реч о председнику надлежног скупштинског одбора, његово чланство у ВСС-у је сувишно. При уставном редефинисању састава ВСС-а, треба уклонити из чланства председника надлежног скупштинског одбора;
- 12) Председник Врховног касационог суда треба да буде у саставу ВСС-а, али не и да по аутоматизму буде председник овог органа. Председника ВСС-а треба да бирају чланови ВСС-а;
- 13) Структура судија - чланова Савета треба да буде заснована на функционалном критеријуму, који у потпуности одражава постојећу организацију судова у Републици. Корекција овог принципа допустива је у мери у којој би био афирмисан легитимни циљ равномерне заступљености свих судова. Тако, територијалну заступљеност, која се у позитивном праву појављује као политички коректив заснован на уважавању децентрализације и постојања аутономних покрајина, треба заменити и обезбедити, на пример,

заступљеност представника све четири републичке апелације у саставу Савета.

- 14) Уравнотежен састав ВСС-а подразумева и уравнотежен начин избора његових чланова, тако што би судије чланове бирале судије, а чланове који нису судије бирала би Скупштина из редова истакнутих правника на предлог професионалних и струковних организација. Скупштина чланове ВСС-а не би требало да бира обичном, кворумском, већ квалификованом већином, која би подразумевала компромисно изналагање кандидата између већине и опозиције.
- 15) Имајући у виду дефиницију ВСС-а из члана 153. става 1. Устава, може се констатовати да надлежност овог органа није адекватно одређена. Њу би требало редефинисати тако да ВСС бира и разрешава судије увек (на сталну функцију и при првом избору, ако први избор остане као решење), бира председнике судова и председника највишег суда и доноси одлуку о престанку њихове функције.
- 16) Спорно је да ли треба да остане решење према којем јавне тужиоце, као и републичког јавног тужиоца, бира Народна скупштина. Треба размислити о томе да то, аналогно са ВСС-ом, буде надлежност Државног већа тужилаца (ДВТ-а). Нарочито је проблематично да се избор врши на предлог Владе, тј. носиоца извршне власти. То решење би, без сумње, требало уклонити.
- 17) Треба размислити о враћању сталности јавнотужилачке функције;
- 18) Основе за престанак јавнотужилачке функције и за разрешење јавних тужилаца треба одредити Уставом;
- 19) Заменике јавних тужилаца треба да бира ДВТ, без обзира на то да ли се бирају први пут, на ограничени мандат, или за стално;
- 20) ДВТ је државни орган чије уставне надлежности, највећим делом, нису у складу са његовом уставном дефиницијом. Стога их треба редефинисати у складу са коментарима датим за поједине чланове горе.

- 21) Треба извршити рекомпозицију ДВТ-а, имајући у виду сугестије дате у овој анализи за ВСС;
- 22) Нема места дилеми у погледу уставне формулације да се уставна жалба може изјавити „против појединачних аката или радњи државних органа“ и да она обухвата све оне који учествују у примени и извршавању општих правних аката, а то су органи управе и судства. То не искључује могућност да се, приликом будуће ревизије Устава, нађе формулација која би још прецизније одредила предмет уставне жалбе.

У Београду, 2014. године

проф. др Ирена Пејић

проф. др Владан Петров

проф. др Дарко Симовић

проф. др Слободан Орловић