

Sadržaj:

1. Uvodna razmatranja	31	3. Postupak (re)izbora	36
2. Ustavni osnov (re)izbora	31	3.1. Odlučivanje o (re)izboru VSS	36
2.1. Ustavne odredbe, donošenje novog ustava i reorganizacija mreže sudova kao osnov (re) izbora	32	3.1.1. Nepotpun sastav VSS	36
2.2. Pravna priroda Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS od 2006 — mogućnost ocene ustavnosti	35	3.1.2. Valjanost obrazloženja i mogućnost izjašnjavanja o odlučnim činjenicama	37
		3.2. Pravni lek protiv Odluke VSS (reizbor ili izbor)	38
		3.3. Reforma “reformne” sudstva	41
		4. Zaključna razmatranja	43

1. Uvodna razmatranja

Problem reizbora sudija posledica je okolnosti da uobičajeni mehanizmi razrešenja nisu davali efekte. I kritičari procesa (re)izbora, ukazivali su na brojne slabosti koje onemogućavaju delotvorno korišćenje regularnih metoda razrešenja: “U pitanju je relativna sporost tih mehanizama, njihov ipak suženi manevarski prostor utvrđivanja relevantnih činjenica i ispitivanje da li je bilo sudijskog narušavanja ljudskih prava, uz nezanimarivanje komponente esnafske solidarnosti članova tih tela”¹. Takođe i najžešće pristalice teze o neustavnosti izvršenog (re)izbora, nisu sporile potrebu za odstranjivanjem lica koji su nedostojni sudijske funkcije².

Svođenje celokupnog sudstva na nulti nivo u Republici Srbiji (RS) je, međutim, veoma radikalno rešenje koje je iznedrilo mnoštvo spornih pravnih pitanja. Ključne tačke obrađene u analizi su: postojanje ustavnog osnova za opšti (re)izbor sudija, procedura postupka (re)izbora sprovedenog od strane Vrhovnog saveta sudstva (VSS), postupanje po pravnim lekovima ne(re)izabranih sudija i valjanost legislativnih novina (Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama³). Jedno od pitanje, koje prati ceo proces, jeste da li se u konkretnom slučaju radilo u opštem izboru sudija, koji počinje od nulte tačke kao posledica novouspostav-

ljenog ustavnog poretka, ili je reč o procesu reizbora gde se vrši izbor “izabranih” sudija, čija stalnost, stečena u prethodnom ustavnom periodu, nije apsolutno anulirana.

2. Ustavni osnov (re)izbora sudija

Načelo stalnosti sudijske funkcije je aksiomski uslov nezavisnosti sudstva⁴. Kako je to svojevremeno primetio i Ž. Perić, “samo onda kada je sudija siguran da ga ne mogu postići, odnosno njegovoga položaja, nikakve neprilike za slučaj da se njegova odluka ne bude dopala upravnoj vlasti ili javnom mnjenju, možemo imati vere u njegovu nepristrasnost”⁵. Ovo načelo je restituisano Ustavom od 1990⁶. Njime se Srbija nakon pola veka socijalističke ustavnosti vratila principima liberalno-demokratskog konstitucionalizma. Ustavom Srbije od 2006. je zadržano navedeno načelo, uz izuzetak da se “lice koje se prvi put bira za sudiju bira na tri godine”⁷. Time je načelo stalnosti sudijske funkcije u odnosu na prethodni ustavni period “istanjeno”, jer se jednom već izabrane sudije ponovo biraju. Novim ustavom, Visoki savet sudstva postaje ustavna kategorija sa odlučujućom ulogom prilikom izbora sudija⁸, za razliku od prethodnog perioda, kada je sličan organ (Visoki savet pravosuđa) Skupštini predlagao kandidate za sudije⁹, što je novina u pravcu

* Autor je mladi savetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije.

¹ Z. Tomić, *Pravno, upravno, upravno*, Beograd 2011, s. 69.

² K. Čavoški, *Čistka u sudstvu*, Informator Društva sudija Srbije, 2/2009, ss. 50-51. T. Marinković, *O ustavnosti opšteg reizbora sudija*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2009, s. 290.

³ *Sl. gl. RS* 101/10 i 8/12.

⁴ Opširnije o značaju navedenog načela: T. Marinković (beleška 2), ss. 284-285.

⁵ Ž. Perić, *O sudijskoj nezavisnosti*, Beograd 1899, s. 14.

⁶ Čl. 101 st. 1 Ustava RS 1990, *Sl. gl. RS* 1/90.

⁷ Čl. 146 Ustava od 2006, *Sl. gl. RS* 98/06.

⁸ Videti čl. 147 i čl. 148 Ustava od 2006.

⁹ Videti Rešenje Ustavnog suda I Uz 43/2009 od 09. 07. 2009.

jačanja sudijske nezavisnosti. Po Ustavu od 2006, VSS bira sudije za trajno obavljanje sudijske funkcije, dok izbor lica na prvu sudijsku funkciju vrši Narodna skupština, na predlog VSS. Okolnost da parlament vrši izbor za prvi sudijski mandat, kao i izabrane članove VSS, mogu se oceniti kao propuštena šansa da se do kraja izvrši depolitacija sudstva. Na ovo je ukazala i Venecijanska komisija u svome mišljenju¹⁰. Takođe teorija je kritikovala odredbu saglasno kojoj je ministar pravde član VSS po položaju što je u suprotnosti sa ustavnom definicijom ovog organa kao “nezavisnog i samostalnog”¹¹.

Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava RS¹² (Ustavni zakon) je odredbama, koje dozvoljavaju dvosmisleno tumačenje, “tiho” nagoveštena mogućnost opšteg izbora sudija. “Izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i prvi izbor sudija Vrhovnog kasacionog suda izvršiće se najkasnije u roku od 90 dana od dana konstituisanja Visokog saveta sudstva. Izbor sudija i predsednika ostalih sudova izvršiće se najkasnije u roku od jedne godine od dana konstituisanja Visokog saveta sudstva”¹³. Opšti reizbor je eksplicitno unet u pozitivnopravni poredak RS Zakonom o sudijama¹⁴ (ZOS): Sudije izabrane na osnovu propisa iz prethodnog ustavnog perioda¹⁵ “nastavljaju funkciju u sudovima za koje su izabrane do dana stupanja na funkciju sudija izabranih u skladu sa ovim zakonom”¹⁶. “Prvim izborom sudije se smatra izbor na dužnost sudije u skladu sa ranije važećim zakonima”¹⁷. Sudijama koje nisu izabrane, dužnost prestaje stupanjem na funkciju sudija izabranih u skladu sa ovim zakonom, odnosno 1. januara 2010. godine¹⁸.

Rešenjem Ustavnog suda IUz-43/2009 od 29. jula 2009. godine (Rešenje I) nije prihvaćena inicijativa za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima osporenih odredbi ZOS. Izdvojeno mišljenje u navedenom predmetu imala je sudija O. Vučić (Izdvojeno mišljenje O. V. I). Nameće se više pitanja od ustavnopravnog značaja u vezi sa

postojanjem ustavnog osnova za (re)izbor sudija. Da li odredbe Ustava od 2006. godine dopuštaju (re)izbor sudija? Da li donošenje novog ustava, označava ustavni diskontinuitet kojim se prekida stalnost sudijske funkcije iz prethodnog ustavnog perioda? Da li je sprovedena organizacijska promena i promena nadležnosti sudova dovoljan osnov za (re)izbor sudija? Da li je pravna priroda Ustavnog zakona takva da odredbe kojima se naznačava (re)izbor, mogu biti njegova težišna tačka?

2.1. Ustavne odredbe, donošenje novog ustava i reorganizacija mreže sudova kao osnov (re)izbora

Ustavne garancije stalnosti sudijske funkcije su, dođuše okrnjene, prenete i u novi ustav. Da li se može smatrati da je sam proces (re)izbora u skladu sa Ustavom? Ustavni sud je Rešenjem I stao na stanovištu da se Ustavom od 2006. ne jemči stalnost sudijske funkcije stečene po ranije važećem Ustavu od 1990. Prema mišljenju Ustavnog suda, ustavotvorac odredbom kojom reguliše prestanak sudijske funkcije¹⁹, u slučaju neizbora na stalnu sudijsku funkciju, “nije imao u vidu samo prestanak sudijske funkcije sudiji koji se prvi put bira na sudijsku funkciju od tri godine prema Ustavu od 2006. godine, jer iz Ustava nesporno proizilazi da tom sudiji mandat prestaje istekom perioda na koji je izabran, nego i prestanak sudijske funkcije svim sudijama koje ne budu izabrane od strane Visokog saveta sudstva, a to znači i svim sudijama koje su izabrane prema propisima donetim na osnovu Ustava od 1990. godine, a koje, saglasno Ustavu ne budu izabrane od strane Visokog saveta sudstva na stalnu funkciju”²⁰. Mišljenja sam, međutim, da “volja ustavotvorca” o (re)izboru nije ni implicitno, ni eksplicitno izražena. Ne može se tumačenjem navedene odredbe zaključiti da je ustavotvorac “imao u vidu” i prestanak sudijske funkcije u slučaju ne (re) izbora od strane VSS, jer se novi izbor, po ranijem ustavnom režimu, izabranih sudija u samom Ustavu nigde ne spominje.

Prema Rešenju I, po novom ustavu VSS bira sudije na stalnu sudijsku funkciju²¹, pa, stoga, sve sudije koje nije izabralo ovo telo nemaju “auru” stalnosti. Samim tim stalnost sudijske funkcije stečena izborom od strane Narodne skupštine, po prethodnom pravnom režimu, prestaje da važi u novom ustavnom periodu. Time se, prema stanovštu izloženom u navedenom

¹⁰ Venice Commission, *Opinion on the Draft Law on the High Judicial Council of the Republic of Serbia*, st. 74 i Venice Commission, *Opinion on the draft Laws on Judges and the organisation of courts of the Republic of Serbia*, st. 122. Navedena mišljenja Venecijanske komisije su dostupna na www.venice.coe (očitanje 01. 05. 2012. godine).

¹¹ R. Marković, *Sudstvo — Ahilova peta države Srbije*, Informator Društva sudija Srbije, br. 4, Beograd 2010, s. 38.

¹² *Sl. gl. RS* 98/06. ¹³ Čl. 7 Ustavnog zakona.

¹⁴ *Sl. gl. RS* 116/08, 58/09, 104/09, 101/2010 i 8/2012.

¹⁵ Zakon o sudijama (*Sl. gl. RS* 63/01, 42/02, 17/03, 27/03, 29/04, 35/04, 44/04, 61/05, 101/05 i 46/06) i Zakonu o sudovima (*Sl. gl. RS* 46/91, 60/91, 18/92, 71/92, 63/01, 42/02, 27/03 i 29/04).

¹⁶ Čl. 99 st. 1 ZOS. ¹⁷ Čl. 100 st. 4 ZOS.

¹⁸ Videti čl. 101 st. 1 u vezi sa čl. 100. st. 3 ZOS.

¹⁹ “Sudiji prestaje sudijska funkcija na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova ili razrašenjem iz zakonom predviđenih razloga, kao i ako ne bude izabran na stalnu funkciju”. Čl. 148 st. 1 Ustava od 2006.

²⁰ Rešenje I Ustavnog suda.

²¹ Čl. 137 st. 3 Ustava od 2006.

rešenju, “obezbeđuje jednak (isti) položaj svih sudija na stalnoj (trajnoj) sudijskog funkciji u RS”, jer će njihov izbor biti izvršen od strane VSS, “kao samostalnog i nezavisnog državnog organa, stručnog i kompetentnog tela u kome većinu članova čine sudije i istaknuti pravnici”, dok je izbor sudija u vreme važenja Ustava od 1990 “obavljala Narodna skupština kao političko telo, na predlog Odbora za pravosuđe ili Visokog saveta pravosuđa”²². Opštim izborom sudija se, stoga, “obezbeđuje dodatno jemstvo nezavisnosti sudijske funkcije u budućnosti”. Ustavni osnov, prema stanovištu Ustavnog suda, “leži u činjenici da prvi izbor sudija po Ustavu od 2006 obavlja Narodna skupština”, koja je obavljala i izbor sudija na “stalnu” sudijsku funkciju po Ustavu od 1990²³.

Izneta argumentacije je pretežno usmerana na logičko zaokruživanje i vrednosno opravdavanje zakonskih rešenja. Njome se zbilja logički povezuju niti osporenih odredbi ZOS sa Ustavom, ali se ne ukazuje na odredbu Ustava kojom se navedeni (re)izbor direktno ustanovljava u pravnom poretku Srbije. Uporična tačka navedenog stanovišta Ustavnog suda je teza o ustavnim diskontinuitetima stalnosti sudijske funkcije, koji nastaje kao posledica okolnosti da prethodni i važeći ustav predviđaju da izbor na stalnu sudijsku funkciju vrše dva fundamentalno različita tela.

Navedeno stanovište je u Izdvojenom mišljenju O.V. I i od strane pravne teorije osporavano tvrdnjom da se kolektivnim reizborima “pribegava u trenutcima državnih udara i revolucija”, kada korenite društveno-političke promene prati čistka u svim sektorima vlasti²⁴. Pojam ustavnog diskontinuiteta se vezuje za radikalne društveno-političke promene i on se tada iskazuje kroz konstituisanje ustavotvorne skupštine, koja — kako se navodi u Izdvojenom mišljenju O.V. I — ničim sputana, kao potpuno slobodno telo, donošenjem novog ustava označava novu etapu u razvoju ustavnosti jedne države. Time “formalni ustavni diskontinuitet u suštini treba da označi i suštinski diskontinuitet u materijalnom smislu”²⁵. Takođe, klasik ustavnog prava navodi da prekid pravnog kontinuiteta podrazumeva da “stari ustav biva izbrisan putem revolucije i pošto je načinjena *tabula rasa*, pravi se novi ustav sasvim iznova. Ustavotvorna vlast ne nalazi tada nikakva ograničenja u jednom ustavnopravnom po-

retku koji već postoji — ona ima iz ničega da stvori novi ustavnopravni poredak”²⁶.

Navedeni ustavni diskontinuitet, u smislu nekog drastičnog kopernikanskog društveno-političkog zaokreta Ustavom od 2006, međutim nije učinjen. To nije učinjeno ni u formalnom, niti u suštinskom (materijalnom) smislu. Novi ustav je donet uz poštovanje izuzetno tvrdih revizionih odredbi svoga prethodnika²⁷. U materijalnom smislu Ustav od 1990. je sadržinski pripadao ustavima liberalne ustavnosti²⁸, i bez obzira što možemo govoriti o brojnim ustavnim novinama Ustava od 2006, one u sadržinskom i sistemskom smislu ne konstituišu, neki novi političko-pravni sistem. U vezi s donošenjem ustava od strane ustavotvorne skupštine, kao revizionog mehanizma koji nije predviđen odredbama postojećeg ustava, valja izložiti dva moguća motiva. Prvi je da se novim ustavom donetim od strane ustavotvorne skupštine želi naglasiti novonastala društveno-politička promena, koja izražava radikalnan raskid sa prethodnim poretkom. P. Nikolić²⁹ i S. Lilić³⁰ su upravo bili na stanovištu da se formalnim činom prekida ustavnopravnog kontinuiteta, iskaže otklon od prethodnog (Miloševićevog) režima³¹. Iz ovih predloga, međutim, jasno proizlazi da se time pre svega želeo istaći diskontinuitet u političko-simboličnom smislu prema prošlom režimu, a ne u sadržinskom smislu prema normama Ustava od 1990. Druga hipotetička situacija je pribegavanje donošenju novog ustava putem ustavotvorne skupštine, ne zarad izražavanja vrednosno negativnog odnosa prema prethodnom ustavnopravnom poretku, već zbog nemogućnosti da se u datom trenutku ispoštuju izuzetno čvrste revizione

²² S. Jovanović, *O državi*, Beograd 1922, s. 236.

²⁷ “Predlog za promenu Ustava može podneti najmanje 100.000 birača, najmanje 50 narodnih poslanika, predsednik Republike i Vlada. O predlogu za promenu Ustava odlučuje Narodna skupština dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Narodna skupština usvaja akt o promeni Ustava dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika i stavlja ga na republički referendum radi potvrđivanja. Akt o promeni Ustava smatra se konačno usvojenim ako se za njega na republičkom referendumu izjasni više od polovine ukupnog broja birača”. Čl. 132-133 Ustava od 1990. Ustav od 2006. usvojila je Narodna skupština na Prvoj posebnoj sednici održanoj 30. 09. 2006. godine, da bi konačnu verifikaciju dobio na referendumu održanom 28. i 29. 05. 2006. godine.

²⁸ Ustavom od 1990. je restituisan višestranački sistem, neposredni izbori, načelo podele vlasti itd.

²⁹ P. Nikolić, *Novi Ustav Srbije — potvrda kontinuiteta*, Srpska pravna revija br. 5, Beograd 2006, ss. 7-15.

³⁰ S. Lilić, *Tri pitanja u vezi sa revizijom postojećeg Ustava Srbije*, u: U susret novom Ustavu Srbije, Friedrich Ebert Stiftung, pripremili Z. Lutovac i M. Pajvančić, Beograd 2004, ss. 13-17.

³¹ Takođe oba autora osporavaju legitimnost Ustava od 1990, s obzirom da ga je donela jednostranačka Skupština. P. Nikolić (bel. 29), s. 7 i šire. S. Lilić (bel. 30), s. 15.

²² Uporediti: Rešenje I.

²³ Uporediti: *ibid.*

²⁴ T. Marinković (bilj. 2), ss. 286-287. Kao primer se, takođe, navodi Francuska u periodu Velike revolucije, Burbonske revolucije, Drugog carstva i Treće Republike. Šire: D. Salas, *Aperçu de l'histoire de la justice en France*, u: Justice et institutions judiciaires, La documentation Française, pripremio P. Truche, Paris 2001, ss 10-14.

²⁵ Uporedi: Izdvojeno mišljenje O. V. I.

odredbe postojećeg ustava. Na taj način se ne iskazuje nevezanost u odnosu na prethodni period ustavnosti, već se promeni putem ustavotvorne skupštine pristupa iz pragmatičnih razloga.

Ustavni diskontinuitet stalnosti sudijske funkcije je, prema stanovištu zastupanom u Rešenju I, tvorac novog ustava iskazao "utvrđujući drugačiji izbor organa državne vlasti predvideo obavezu izbora nosilaca funkcije u svim organima državne vlasti, uključujući i sudsku". Reč je o stavu koji se može smatrati najdirektnijim ustavnim osnovom za opšti (re)izbor sudija. U Izdvojenom mišljenju O.V. I, kao i stavovima više teoretičara istaknuto je suprotno stanovište³². Ono je zasnovano na okolnosti da je priroda sudske vlasti stručna, a ne politička, kao što je to slučaj sa zakonodavnom i izvršnom. Upravo ta okolnost onemogućava povlačenje paralela. R. Marković ukazujući na tu razliku ističe da su "smenljivost nosilaca predstavničke vlasti, zakonodavne i izvršne, u skladu sa promenljivom voljom građana, kao nosilaca suverenosti, uslov legitimnosti vlasti", a da su s druge strane "stalnost i nepokretnost jednom izabраниh nosilaca sudske vlasti, u skladu sa strogim profesionalnim merilima (...), uslov legalnosti i time vladavine objektivne volje zakona"³³.

Što se tiče promena vezanih za sudijsku vlast, promena organizacije mreže sudova je, takođe, manje-više najavljeno ustavnim odredbom kojom se kao najviši sud ustanovljava Vrhovni kasacioni sud (ranije Vrhovni sud). Ona je, zatim, do kraja sprovedena Zakonom o uređenju sudova³⁴, što je "imao u vidu"³⁵ i Ustavni sud odlučujući o ustavnosti (re)izbora. Od sudova ustanovljenih Zakonom o uređenju sudova: viši i osnovni sudovi su manje više preuzeli nadležnost ranijih okružnih i opštinskih; Apelacioni privredni i privredni ranijeg Višeg trgovinskog i trgovinskog; Vrhovni kasacioni bi bio pandan Vrhovnom sudu; dok su novoustanovljeni sudovi: apelacioni, prekršajni, viši prekršajni sudovi i Upravni sud. Nekadašnja 138 opštinska suda su, primera radi, svedena na 34 osnovna. Ovo drastično smanjenje je međutim izvršeno kroz proces centralizacije, pa su raniji (opštinski) sudovi postali sudske jedinice (osnovnih sudova)³⁶. Ovo prekomponovanje, iako nije bilo isključivo fasadno, nije bilo ni takvog intenziteta da bi predstavljalo okol-

nost koja onemogućava "premeštanje" sudija iz ukinutih u novonastale.

Protivnici (re)izbora su stanovišta da promene u organizacionoj strukturi sudske vlasti nisu razlog zbog koje bi se moglo odstupiti od načela stalnosti sudijske funkcije, jer je reč o predstavnicima jedne te iste vlasti — sudske³⁷, te su "bez obzira na ustavne ekvilibristike", izuzev novoosnovanih sudova, svi ostali sudovi stari i već postojeći, nezavisno od toga kakvo im Ustav ime daje i kako će se menjati nazivi sudova u budućnosti"³⁸. Sudije, koje su zvanje stekle u prethodnom ustavnim periodu, trebali su samo biti premešteni u mesno iste sudove, odnosno njihove sudijske jedinice, dok bi samo za novonajavljene sudove sproveo izbor³⁹. T. Marinković ističe da bi se opšti izbor mogao smatrati opravdanim jedino ustavnim promenama koja drastično menjaju fizionomiju i karakter same sudske vlasti, kao što je to primera radi učinjeno sa Ustavnim sudom⁴⁰.

Sve navedene promene vezane za organizaciju i sastav sudijske mreže su zakonodavnog karaktera, one su okolnost koju je Ustavni sud "imao u vidu", ali one ne mogu predstavljati ustavni osnov. Takođe njihovo prihvatanje, otvara prostor da svaka politička garnitura olako, kozmetičkim promenama sudijske organizacije "preskoči" načelo stalnosti sudijske funkcije, svodeći ga na platonsku, dekorativnu normu⁴¹.

Izdvajaju se dva ustavna pristupa problematici (re) izbora. Prvi je onaj koji načelo stalnosti sudijske funkcije, ustanovljeno u oba ustava, širi i posmatra kao kontinuirano pravilo na koje nemaju uticaja ni okolnost promene ustava, ni suštinska promena tela koje vrši izbor sudija. Ono primarno polazi od kontinuiteta stalnosti, jer jasno izražene želje ustavotvorca za prekidom te stalnosti nema. Drugi se ogleda u promeni

³⁷ Izdvojeno mišljenje O. V. I.

³⁸ V. Rakić Vodinelić, *Obraćanje na okruglom stolu "Pravosudni zakoni"*, Informator društva sudija Srbije, br. 2, Beograd 2008, s. 8.

³⁹ *Ibid.*, s. 8.

⁴⁰ "Razlika između starog i novog suda, u suštinskom smislu, koja pravdava opšti izbor sudija, vidi se na primeru Ustavnog suda. U odnosu na Ustav od 1990, aktuelni ustav uspostavlja u organizacionom i funkcionalnom smislu sasvim novo ustavnosudsko telo, zadržavajući, pri tom, njegov stari naziv. Broj ustavnih sudija je čak za dve trećine uvećan, način njihovog određivanja je iz osnova izmenjen, tako da su sada predlagačko-izborne funkcije ravnomerno raspoređene između izvršne i zakonodavne vlasti, a u taj proces je, po prvi put, uključena i sudska vlast, dok su nadležnosti Ustavnog suda značajno proširene i kvalitativno dopunjene uvođenjem prethodne kontrole ustavnosti, instituta ustavne žalbe, kao i nadležnosti u postupku razrešenja predsednika Republike". T. Marinković (bel. 2), s. 290.

⁴¹ Slično: Izdvojeno mišljenje O.V. I. R. Marković (bel. 11), s. 43.

³² K. Čavoški (bel. 2), ss. 46-48; R. Marković (bel. 11), ss. 38-39; Z. Tomić (bel. 3), s. 63; T. Marinković (bel. 2), ss. 285-286 i šire.

³³ R. Marković, *Obraćanje na okruglom stolu "Pravosudni zakoni"*, Informator društva sudija Srbije br. 2, Beograd 2008, ss. 14-15.

³⁴ *Sl. gl. RS* 116/08.

³⁵ Rešenje I.

³⁶ Šire: R. Marković (bel. 11), s. 39.

samog koncepta stalnosti (uvođenje prvog izbora od strane Narodne skupštine) i koji promenu organa koji vrši izbor sa stalnom sudijskom funkcijom smatra odlučnom okolnošću za prekid stalnosti. Ustavni sud je pokazao visok stepen ustavnosudske uzdržanosti, krećući se u koordinatama isključivo novog ustava. Promena ustava i značajne ustavne i zakonodavne novine u pogledu izbora sudija, kao i organizacijske izmene sudijske mreže, prema ovom stanovištu, predstavljaju temelj za ostavljanje širokog prostora zakonodavnoj vlasti.

2.2. Pravna priroda Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS od 2006 — mogućnost ocene ustavnosti

Kategorija ustavnih zakona može imati različito značenje. Tako se ustavnim zakonom, po proceduri predviđenoj za reviziju ustava, mogu vršiti parcijalne promene ustava ili dopisivati nove ustavne norme bez promene postojećih, što ih čini jednakim sa onim koje se ustanovljavaju ustavom⁴². Njime se takođe mogu regulisati fundamentalna društvena pitanja (ustavno sudstvo, status nacionalnih manjina itd.), kada se oni po pravilu donose po proceduri koja je otežanija od one predviđene za obične zakone, ali lakša od one koja se zahteva za reviziju ustavnih odredbi⁴³. Reč je o propisima koji su, stoga, po pravnoj snazi ispod ustava, ali iznad zakona. Zakon za sprovođenje Ustava od 2006 je jedini ustavni zakon koji poznaje pravni poredak RS⁴⁴. On pripada trećoj kategoriji ustavnih zakona. Reč je o ustavnom zakonu sprovedbenog karaktera⁴⁵, koji je vremenski ograničen i čija se primena iscrpljuje nakon konačnog prelaska na novi ustavnopravni režim. Reč je o normama koje se po pravilu nalaze u prelaznim i završnim odredbama ustava, a koje se izmeštaju kako se ovaj vrhovni, svečani i simbolični pravni akt ne bi (nepotrebno!?) opterećivao odredbama temporalno ograničenog dometa. On se međutim ne može smatrati delom Ustava, jer je donet

⁴² Takav slučaj imali smo prilikom donošenja Ustavnog zakona o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti (*Sl. l. FNRJ* 3/1953), donetog nakon Ustava FNRJ od 1953. Više o tome: J. Đorđević, *O Ustavnom zakonu o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti*, Pogovor, Beograd 1955, ss. 77-78 i dalje.

⁴³ Takav je slučaj u Hrvatskoj. Više o tome: B. Smerdel i S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, s. 17.

⁴⁴ "Za sprovođenje promene Ustav donosi se ustavni zakon. Ustavni zakon se donosi dvotrećinskom većinom od ukupnog broja poslanika". Čl. 205 Ustava od 2006.

⁴⁵ Slično: M. Pajvančić, *Ustavno pravo*, Novi Sad 2008, s. 18. O. Vučić, *Ustavnost ustavnog zakona*, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga I, priredio S. Lilić, Beograd 2011, ss. 119-120.

po proceduri jednostavnijoj od one predviđene za promenu, odnosno donošenje novog ustava.

S obzirom da Ustavom od 2006. nije ustanovljen opšti (re)izbor sudija, a da je to učinjeno odredbama Ustavnog zakona⁴⁶, postavlja se pitanje da li se njime pravno utemeljuje postupak reizbora. R. Marković, R. Vasić i Z. Tomić su stanovišta da se odredba Ustavnog zakona, o "izboru ostalih sudija" najkasnije godinu dana od konstituisanja VSS, mogla tumačiti samo u skladu sa načelom stalnosti sudijske funkcije, koju ne preseca ustavni diskontinuitet, te se ona mogla odnositi samo na (dopunjavajući) izbor novih sudija, a ne kao osnov (re)izbora⁴⁷. Takođe valja imati u vidu da je unošenje novih materijalnih odredbi u samoj suprotnosti sa "prelaznom" prirodom ovog propisa, koji samo tehnički treba da premosti prelazak iz jedne ustavne realnosti u drugu. Kao što zakonopisci znaju, "prelazne i završne" odredbe su vrlo često najosetljivije i najdelikatnije pitanje prilikom promene pravnog režima. Naročito kod tako ozbiljnog pretakanja jednog celokupnog, sveobuhvatnog, samim tim i glomaznog, ustavnog sistema u drugi. Otuda njegove prelazne i završne odredbe ne mogu imati isključivo tehnički karakter, ako se njime žele sprovesti iole ozbiljnije promene. R. Marković ukazuje da se u našoj ustavnoj praksi "pitijskim formulacijama" ustavnog zakona zapravo vrlo često preinačavaju odredbe samog ustava, čime se sprovodi "podvala ustavu". Time se aktom niže pravne snage od ustava, koji se može lakše promeniti vrši dopisivanje ustava. Tako je Ustavni zakon za sprovođenje Ustava od 1990. menjan čak devet puta (*sic!*)⁴⁸. Česte promene su, takođe, u suprotnosti sa njegovom prelaznom, jednokratnom prirodom. Stanovišta smo da bi *de constitutione ferenda* valjalo odustati od ove prakse i prelazne i završne odredbe zadržati kao integralni deo ustava.

Drugo pitanje od značaja je da li se ustavnost Ustavnog zakona može ceniti u postupku pred Ustavnim sudom. Ustavni sud RS je povodom navedenog pravnog pitanja imao različitu praksu. Tako je Odlukom IU-138/91 od 22. septembra 1992. godine ocenjujući ustavnost odredbi Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava od 1990.⁴⁹ zauzeo stanovište da je reč o "sprovedbenom", "specifičnom zakonu u pravnom poretku", "koji podleže oceni ustavnosti, kao i drugi zakoni, bez obzira na svoju specifičnu pravnu prirodu". "Na to upućuje odredba člana 119 Ustava Republike Srbije

⁴⁶ Rešenje I.

⁴⁷ R. Marković (bel. 11), ss. 37-38; Z. Tomić (bel. 3), s. 73; R. Vasić, *Nova reforma sudstva — uspon ili pad?*, Informator Društva sudija Srbije, br. 2, Beograd 2009, s. 38.

⁴⁸ R. Marković (bilj. 11), s. 38.

⁴⁹ *Sl. gl. RS* 1/90, 18/91, 41/91, 59/91, 63/91, 9/92, 50/92, 70/92, 77/92 i 20/93.

prema kojoj celokupni sistem pravnih propisa mora da bude u skladu sa Ustavom, što znači da i ustavni zakon, kao deo tog sistema, podleže oceni ustavnosti u okviru nadležnosti Ustavnog suda u smislu člana 125 Ustava Republike Srbije⁵⁰. U Rešenju Ustavnog suda RS IU-56/92 od 28. aprila 1995. godine došlo je do promene navedenog stava, pa je istaknuto da nema osnova za ocenu ustavnosti čl. 2 Ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava od 1990, jer je reč o odredbama koje imaju karakter prelaznih ustavnih odredbi, koje Ustavni sud nije nadležan da ocenjuje. Ustavni sud RS odlučujući o inicijativi koja se direktno ticala reizbora⁵¹, ostao je pri stavu Suda iz 1995, navodeći da odredbom Ustava od 2006. kojim se reguliše nadležnost Ustavnog suda⁵², nije predviđena mogućnost ocene ustavnosti ustavnog zakona.

Ustavni zakon nema snagu Ustava, jer nije donet po proceduri za promenu Ustava⁵³. Samim tim on se ne može staviti u istu ravan sa Ustavom. Stanovišta smo da ga njegov prelazni, temporalno ograničen karakter i "nepostojanje" supstancijalnih odredbi, ne mogu učiniti imunim od kontrole ustavnosti, ako su njime u pravni poredak uvezene odredbe kojima je utemeljen (re)izbor sudija. Samim tim Ustavni sud RS je imao dve ispravne mogućnosti. Preme prvoj, zastupanoj u našoj teoriji, Ustavni sud je nadležnost mogao zasnovati na osnovu odredaba Ustava od 2006. kojima je ustanovljen jedinstveni pravni poredak RS, a zakon i svi drugi opšti akti moraju biti u saglasnosti sa Ustavom⁵⁴. Zakon se u čl. 167 st. 1. Ustava od 2006, kojim se ustanovljava normativna nadležnost Ustavnog suda, kako navodi K. Čavoški, koristi kao "rodni pojam koji obuhvata sve vrste zakona"⁵⁵, pa se samim tim njegova ustavnost može bez problema ceniti. Druga mogućnost je da Ustavni sud, držeći se restriktivnog jezičkog tumačenja odredbi čl. 167 st. 1 Ustava od 2006, ne ocenjuje ustavnost odredbi Ustavnog zakona, ali da ustavni osnov za sporne odredbe ZOS nikako ne može naći u Ustavnom zakonu. Pogotovu ne, ako bi njihovo tumačenje bile u suprotnosti sa odredbama samog Ustava. Nelogično je stoga stanovište prema kome Ustavni zakon ne podleže oceni ustavnosti, istovremeno je slabije pravne snage od Ustava i pri tom ekskulpira ocenu ustavnosti "običnih" zakonskih

⁵⁰ Odluka Ustavnog suda IV-138/91 od 22. 09. 1992. godine.

⁵¹ Osporene su bile odredbe čl. 7 Ustavnog zakona koje smatraju osnovom (re)izbora.

⁵² Čl. 167 Ustava.

⁵³ Čl. 205 st. 2 Ustava od 2006.

⁵⁴ Čl. 194 st. 1-3 Ustava od 2006. Slično: O. Vučić (bel. 45), s. 129.

⁵⁵ K. Čavoški, *Ustavni zakon kao sprovedbeni zakon*, u: Spomenica akademiku Gaši Mijanoviću, Banjaluka 2011, ss. 87-88. Preuzeto iz: O. Vučić (bel. 45), s. 129.

odredbi. Refleksije Ustavnog zakona, čak iako prihvatimo tumačenje da se njegova ustavnost ne može ceniti, ne mogu na ostale propise niže pravne snage, niti na pojedinačne situacije biti izraženije od odbleska odredbi samog ustava.

3. Postupak (re)izbora

Konkretno sprovođenje postupka (re)izbora može se podeliti na tri bitne faze: 1) fazu odlučivanja VSS o (re)izbora; 2) fazu odlučivanja Ustavnog suda po žalbama ne(re)izabranih sudija; 3) konvertovanje izjavljenih žalbi Ustavnom sudu u prigovore VSS i njegovo postupanje po njima. Za analizu prva dva pitanja izuzetno je značajna Odluka Ustavnog suda VIII U-102/2010 od 28. maja 2010. godine (Odluka I) sa tri izdvojena mišljenja — sudija D. Slijepčevića, M. Draškić i O. Vučić (Izdvojeno mišljenje D. S., Izdvojeno mišljenje M. D. i Izdvojeno mišljenje O. V. II)⁵⁶.

3.1. Odlučivanje o (re)izboru VSS

Analiza postupka odlučivanja VSS iziskuje jednu sveobuhvatnu studiju slučaja. U nastavku će se ukaziti samo na najspornija pitanja. To su legitimnost sastava VSS, valjanost obrazloženja Odluke VSS i nedostatak mogućnosti da se stranke izjasne o odlučnim činjenicama u postupku (re)izbora.

3.1.1. Nepotpun sastav VSS

Ustavom od 2006, VSS je postao ustavna kategorija i njega čine: tri člana po položaju (predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine) i osam izabranih članova (šest sudija, jedan advokat i jedan profesor pravnog fakulteta)⁵⁷. Ovom složenom strukturom, ustavotvorac je u organ sudske uprave uveo isprepleten uticaj različitih organa vlasti, uz, po prirodi stvari, dominaciju sudske grane, ali i uticaj različitih pravnih branši. Članovi Saveta su predstavnici delova različitih grana vlasti i profesija, koje imaju legitimni interes i uticaj na sudstvo. Ustavnim zakonom je propisano: "Konstitutivna sednica Saveta održaće se u roku od sedam dana od dana izbora izbornih članova"⁵⁸. VSS je, međutim, konstituisan u nepotpunom sastavu bez predstavnika profesure⁵⁹.

⁵⁶ *Sl. gl. RS* 89/2010.

⁵⁷ Videti čl. 153 Ustava od 2006 i čl. 5 Zakona o Visokom savetu sudstva (*Sl. gl. RS* 116/08, 101/10 i 88/11).

⁵⁸ Čl. 6 st. 5 Ustavnog zakona.

⁵⁹ Videti: Odluku o izboru prvog sastava Visokog saveta sudstva (*Sl. gl. RS* 22/2009 i 24/2009) i Godišnji izveštaj Visokog saveta sudstva za 2009. godinu, www.vss.sud.rs/doc/dokum/IZVESTAJ%20O%20RADU%20VSS.pdf

Ustavni sud je Odlukom I stao na stanovištu da se “legitimnost rada jednog državnog organa kao što je Visoki savet sudstva, pored ostalog, ostvaruje njegovim konstituisanjem u punom sastavu. Međutim, različite okolnosti mogu uticati na to da pojedini članovi koji ulaze u sastav državnog organa ne budu izabrani u rokovima predviđenim Ustavnim zakonom i zakonom, što se dogodilo i prilikom izbora izbornih članova prvog sastava Visokog saveta sudstva.” Sudija O. Vučić je u Izdvojenom mišljenju II izložila suprotnu argumentaciju. “Nedostajanje izričitog dopuštenja za odstupanje u pogledu ustavom utvrđenog sastava kolektivnog organa, posebno organa složenog, segmentiranog sastava, znači samo jedno — da takav sastav nije pravno dopušten, odnosno da nije saglasan pravu, ili da je neustavan i nezakonit”⁶⁰. Takvo odstupanje je, recimo, izričito učinjeno prilikom konstituisanja Ustavnog suda⁶¹, pa bi ustavotvorac, odnosno zakonodavac, da su “imali na umu” mogućnost konstituisanja VSS u krnjem sastavu, to i izrazili odredbama kojima sereguliše njegovo konstituisanje⁶². Ovoj argumentaciji bi smo pridodali da konstituisanje organa sa složenom strukturom, koje treba da reprezentuje različite grane vlasti i profesije ima dodatnu osetljivost, jer se ne svodi na prosto pitanje brojeva, kvorumsko sabiranje potrebno za donošenje odluka, već se njegovo puna legitimnost postiže mogućnošću ostvarivanja svih segmentiranih uticaja. Predstavljanje određenih profesija (advokature i profesure), sa razlogom je ustanovljeno. Stoga, izostanak njihovih reprezenata, guši i suštinski krnji legitimnost takvih organa. Venecijanska komisija je, ne ulazeći u pitanje (is)pravnosti ovog koncepta, već sa aspekta mogućih praktičnih konsekvenci, ocenila da je “zanemarivanjem adekvatnog predstavljanja profesije, stvoren rizik za politički uticaj”⁶³.

3.1.2. Valjanost obrazloženja i mogućnost izjašnjavanja o odlučnim činjenicama

Prilikom odlučivanja o (re)izboru sudija, koji su bili izabrani po ranijim propisima, na osnovu kriterijuma

(očitanje 01. 05. 2012. godine). Tako se u Godišnjem izveštaju (s. 3) navodi: “Visoki savet sudstva konstituisan je 6. aprila 2009. godine, i u vreme sastavljanja ovog izveštaja i dalje radi u nepotpunom sastavu, jer Narodna skupština nije izabrala člana Visokog saveta sudstva iz reda profesora pravnog fakulteta, iako je Visoki savet sudstva dva puta tražio da o tome odluči”.

⁶⁰ Izdvojeno mišljenje O.V. II.

⁶¹ Videti: čl. 9 st. 2-3. Ustavnog zakona.

⁶² Slično Marković (bilj. 11), s. 40; Tomić (bilj. 3), s. 77, 78, 127 i šire.

⁶³ European Commission, Serbian 2010 Progress Report, SEC(2010) 1330, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/sr_rapport_2010_en.pdf (očitanje 01. 05. 2012), s. 49.

koje je doneo VSS (Kriterijumi I)⁶⁴, važila je pretpostavka da sudije izabrane u prethodnom ustavnom periodu ispunjavaju kriterijume stručnosti, dostojnosti i osposobljenosti⁶⁵. Navedena pretpostavka je oboriva u slučaju sumnje da kandidat nije pokazao stručnost, osposobljenost i dostojnost iz ove odluke⁶⁶; dok su navedeni standardi u narednim odredbama razrađeni⁶⁷. Da bi se moglo govoriti o valjanom odlučivanju, VSS je prilikom odlučivanja o izboru sudija za određeni sud, morao prilikom ne(re)izbora, navedenu pretpostavku oboriti valjanom argumentacijom. S obzirom da se radi o licima u istoj pravnoj situaciji, moralo se obrazložiti zašto je data prednost jednima u odnosu na druge. Posebnu minucioznost i osetljivost je imala okolnost da se u navedenom slučaju, ne samo daje prednost izabranima u odnosu na neizabrane, već da se ne(re)izabrani diskvalifikuju i etiketiraju kao nestručni, neosposobljeni i (li) nedostojni.

Proces (re)izbora, koji je i inače balansirao na labavoj žici ustavnosti, svoj pravni sunovrat je doživeo Odlukom VSS broj 06-00-37/2009-01 od 25. decembra 2009. godine (Odluka VSS). Izrekom Odluke VSS je konstatovana da sudijama koje nisu izabrane u skladu sa ZOS prestaje dužnost; zatim je dat spisak 837 sudija. Ilustracije radi od 17 strana, 15 zauzima lista ne(re)izabranih, dok se zbirno obrazloženje nalazi na nepune dve strane. U obrazloženju je samo ukazano na osnovu čega je VSS utvrđivao stručnost, osposobljenost i dostojnost⁶⁸, kao i konstatacija da je jedan broj sudija “podneo prijavu samo za jedan sud, za koji je Visoki savet sudstva, obzirom na utvrđene kriterijume i broj sudijskih mesta i imajući u vidu konkretne rezultate sudije, ocenio da ne ispunjavaju uslove za izbor izbor u taj sud, a Visoki savet sudstva nije mogao da ih bira, bez prijave u neki drugi sud istog stepena”⁶⁹.

Postupajući u predmetu po žalbi ne(re)izabranog sudije Z. Saveljića (Z. S.) na Odluku VSS, Ustavni sud je dopisom Su-97/1 od 24. februara 2010. godine zatražio obaveštenje od VSS “da li su neizabranim sudijama dostavljene pojedinačne odluke o prestanku

⁶⁴ Odluka o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova (*Sl. gl. RS* 116/08).

⁶⁵ Čl. 13 st. 1 Kriterijuma I. ⁶⁶ Čl. 13 st. 2 Kriterijuma I.

⁶⁷ Čl. 14 Kriterijuma I.

⁶⁸ “Visoki savet sudstva je u postupku izbora utvrdio stručnost i osposobljenost sudija, na osnovu izveštaja o njihovom radu u prethodne tri godine, koji sadrži podatke o broju ukinutih, preinačenih i potvrđenih odluka po pravnom leku, procentu ispunjenosti orijentacione norme, vremenu izrade sudskih odluka, zastarelosti krivičnih postupaka, kao i neposrednim uvidom u predmete, ako su postojali osnovani razlozi za sumnju u efikasno i stručno postupanje sudije”. Odluka VSS.

⁶⁹ Odluka VSS.

sudijske dužnosti, sa individualizovanim razlozima i da, ukoliko takve odluke nisu dostavljene, navede razloge zbog kojih to nije učinjeno". VSS je odgovarajući na dopis Ustavnog suda (11. marta 2010. godine), naveo: da sudijama koje nisu izabrane u postupku opšteg izbora sudija, Visoki savet sudstva nije dostavljao pojedinačne odluke o prestanku funkcije sa individualizovanim razlozima neizbora; da je svim neizabranim sudijama dostavljena identična odluka kojom se konstatuje prestanak sudijske dužnosti sa 31. decembrom 2009. godine, da se u konkretnom slučaju nije radilo o postupku reizbora sudija, odnosno razrešenja sudija, iz kog razloga je VSS smatrao da nije potrebno da svakom od neizabranih sudija dostavi pojedinačnu odluku sa individualizovanim razlozima⁷⁰. Ustavni sud je nakon toga, na sednici od 25. marta 2010. godine utvrdio pravne stavove, saglasno kojima, ne(re)izabrane sudije imaju pravo žalbe Ustavnom sudu protiv Odluke VSS; kao i da odluka kojom se utvrđuje prestanak sudijske dužnosti mora imati navedene razloge zbog kojih određeno lice nije izabrano⁷¹.

Manjkavost obrazloženja je upravo bio razlog zbog koga je Ustavni sud Odlukom I usvojio žalbu ne(re)izabranog sudije Z. S. i poništio Odluku VSS u delu koji su odnosio na podnosioca žalbe. Zato je ispravno istaknuto da zakonska obaveza obrazložene odluke, nije usmerena samo na formalno postojanje obrazloženja, "već na navođenje konkretnih činjenica i okolnosti koje su bile odlučne za nereizbor određenog lica na stalnu sudijsku funkciju", kojima "donosilac akta iznosi argumente na osnovu kojih se može zaključiti da njegovo odluka nije posledica samovolje i arbitrarnosti"⁷². Postojanje obrazloženja je jedan od elementarnih pravnih postulata i deo garancija koje proističu iz prava na pravično suđenje, zajemčenog čl. 32 st. 1 Ustava RS od 2006 i čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, što je stanovište i Evropskog suda za ljudska prava⁷³. Navedeni postulat se ne iscrpljuje u činjenici da postoji obrazloženje u formalnom, već se zahteva obrazloženje u suštinskom smislu — obarazlaganjem odlučnih činjenica zbog kojih je doneta određena odluka. Zbunjujuća je i konstatacija da sudijska dužnost prestaje 31. decembra 2009. godine "u skladu sa ZOS", iako je odredbom čl. 101 st. 1 ZOS jasno propisano da im "dužnost prestaje danom stupanja na funkciju sudija izabranih u skladu sa ovim zakonom", što je — prema čl. 100 st. 3 ZOS — 1. januar 2010. godine!? Jedina pravne posledica ove "sitne" omaške od jednog dana je moglo biti elimi-

⁷⁰ Videti: Odluka I Ustavnog suda.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ Videti Presudu Evropskog suda za ljudska prava *Salov vs. Ukraine*, App. no. 65518/01 od 06. 09. 2005. godine.

nisanje bilo kakve ideje o postojanju prava na žalbu (bliže — usp. pod 3.2.), s obzirom da je ZOS koji razrađuje ovo pravo počeo da se primenjuje upravo 1. januara 2010. godine⁷⁴!

U obrascu-žalbi/ustavnoj žalbi, koju je Društvo sudija Srbije sastavilo i preporučilo ne(re)izabranim sudijama, istaknut je čitav niz zamerki: propuštanje da se lica obaveste o postojanju razloga za sumnja u stručnost, osposobljenost i dostojnost; neomogućavanje uvida u dokaz koji ukazuju na sumnju, kao i dokaze na osnovu kojih je dokazano da drugi kandidati ispunjavaju te uslove; neomogućavanje da se sudije izjasne o odlučnim činjenicama na osnovu kojih je zaključivano o njihovoj stručnosti, dostojnosti i osposobljenosti⁷⁵. Navedene manjkavosti su, sa pravnog aspekta i inače kardinalne, a dodatno otežavajuća okolnost je da je reč o postupku koji je suprotan preporukama Venecijanske komisije u Mišljenju o Nacrtu Kriterijuma I⁷⁶. Upravo njihovom primenom se mogla otkloniti bojaznost "da se zatečene sudije, koje nisu krive ni za kakvo rđavo postupanje, ne izaberu ponovo na funkciju"⁷⁷. Zato je kasnije u Mišljenju Evropske komisije ukazano da "objektivni kriterijumi za reizbor koji su bili razrađeni u saradnji sa Venecijanskom komisijom Saveta Evrope nisu bili primenjeni", da je izbor vršen "bez obavljenog razgovora i primene profesionalnih kriterijuma", kao i da reizabrane sudije "nisu imale mogućnost da se izjasne, niti im je dostavljena obrazložena odluka"⁷⁸.

3.2 Pravni lek protiv Odluke VSS (reizbor ili izbor)

Kroz pitanje o mogućem pravnom sredstvu protiv Odluke VSS kulminira i dilema koja provejava kroz celu analizu: Da li je u konkretnom slučaju reč o opštem izboru ili reizboru sudija?

Iako su protivnici koncepta "opšteg izbora", po pravilu, koristili pojam reizbora u negativnoj konotaciji, dok je VSS decidirano naglasilo da se "u konkretnom slučaju *nije* radilo o postupku reizbora"⁷⁹, navedeno pitanje sve vreme "visi u vazduhu" nedoslednim postupanjem ključnih aktera. Teza o opštem izboru (ne i reizboru) svoj temelj ima u odredbi ZOS kojom je propisano da sudijama koje nisu izabrane mandat prestaje

⁷⁴ Čl. 107 st. 1. ZOS.

⁷⁵ Videti u: *Ustavna žalba Ustavnom sudu*, Inormator Društva sudija Srbije, br. 1, Beograd 2010, s. 21 i šire.

⁷⁶ Venice Commission, *Opinion on the Draft Criteria and Standards for the election of judges and court presidents of Serbia*, CDL-AD(2009)023, st. 33-40.

⁷⁷ European Commission (bilj. 63), s. 49.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Dopis VSS od 11. 03. 2010. Ustavnom sudu. Preuzeto iz Odluke I Ustavnog suda.

po sili zakona⁸⁰ i konstrukciji o ustavnom diskontinuitetu. Da rez između prethodno stečene, pa u novom ustavnom režimu od 2006. izgubljene (stalnosti) sudijske funkcije nije tako jasno učinjen proizlazi, međutim, iz odredbe ZOS kojom se prethodni izbor na stalnu sudijsku funkciju prevodi u prvi (trogodišnji izbor)⁸¹. Takođe prvih šest izabranih sudija koji će činiti sastav prvog VSS, po logici stvari nisu prošle trijažu (re)izbora od strane VSS, ali će po okončanju mandata u VSS, nastaviti da obavljaju funkciju sudije u sudu istog ili višeg stepena⁸². Dilema (re)izbora svoju pravnu kulminaciju doživljava kroz pitanje o pravnom leku protiv Odluke VSS. Naime Ustavom od 2006. je ustanovljeno da odluku o prestanku sudijske funkcije donosi VSS, i da protiv nje sudije imaju pravo na žalbu, koja isključuje pravo na podnošenje ustavne žalbe⁸³. Ustavna žalba se, saglasano Ustavu od 2006, može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu⁸⁴.

Mogu se razdvojiti dva pravno čista i zaokruženo pristupa. Prvi, gde bi se polazilo od teze da novi izbor počinje, maltene, od nule, jer je reč o procesu opšteg izbora, kao posledici preseka i anuliranje prethodne stalnosti sudijske funkcije. Samim tim, poslednje sredstvo koje stoji na raspolaganju neizabranim sudijama jeste *ustavna žalba*. Drugi, gde ako se pođe od teze da su sudije izgubile status konstitutivnom odlukom VSS, onda one mogu uložiti *žalbu* Ustavnom sudu i onda je reč o reizboru, što, međutim, predstavlja odstupanje od stava zastupanog u Rešenju I Ustavnog suda.

Ustavni sud je svojoj Odluci I, stao na stanovištu da je “odredbom čl. 148 st. 2 Ustava garantovana pravo na žalbu protiv odluke Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske funkcije i u slučaju da sudija ne bude izabran na stalnu sudijsku funkciju, a ne samo u slučaju nastupanja drugih zakonom propisanih uslova i razloga”⁸⁵. Time je Ustavni sud odstupio od teze o ustavnom diskontinuitetu (Rešenje I), kojim je stao na liniji koncepcije opšteg izbora, negirajući stalnost sudijske funkcije iz prethodnog ustavnog perioda. Ta stalnost je odredbama ZOS⁸⁶ pretočena u prvi izbor na sudijsku funkciju, koji nije stalan, već oročen (tri godine).

Upravo je na liniji izložene kritike bilo i Izdvojeno mišljenje D. S. u kojem je istaknuta “pravna neuteme-

ljenost” navedenog stanovišta iz Odluke I, jer se “propisano pravo na žalbu konstituiše samo u korist lica koja će se tek izabrati na sudijsku funkciju”⁸⁷. Sudija D. Slijepević se u Izdvojenom mišljenju upravo poziva na tezu o “prekidu kontinuiteta stalnosti sudijske funkcije” iz Rešenja I Ustavnog suda. V. Rakić-Vodinić ovaj stav smatra “teško branljivim”, “zato što se reizboru ili opštem izboru pristupilo pošto je Zakon o sudijama stupio na snagu, te su njegove procesne odredbe trenutne primenljive”⁸⁸. Takođe R. Marković smatra da je pravo na žalbu garantovano Ustavom, pa se zakonom nije moglo nikako derogirati⁸⁹. Oba navedena stanovišta su međutim posledica protivljenja, pre svega, tezi o diskontinuitetu stalnosti sudijske funkcije. S obzirom da je teza o diskontinuitetu ključna tačka Rešenja I Ustavnog suda, stav izložen u Izdvojenom mišljenju D. S. je logičan nastavak prethodne odluke Suda.

Mimo načelne dileme — izbor ili reizbor — osnovno uporište teze o nepostajanju prava na žalbu protiv Odluke VSS nalazimo u samim odredbama ZOS kojima je propisano da sudijama koje nisu izabrane, sudijska funkcija dužnost prestaje 1. januara 2010. godine⁹⁰. Na liniji Izdvojenog mišljenja D.S. je i argumentacija Z. Tomić koji primećuje da odredbe Zakona jasno ukazuju da VSS “ne rešava o prestanku sudijske funkcije, već svojim odlukama o (ne)izboru, u ulozi akta uslova stvara ili ne stvara pravne pretpostavke za otpočinjanje novih sudijskih mandata u novoj mreži sudova, počev od 1. januara 2010. godine”⁹¹.

Za pitanje primenljivosti pravnog leka protiv Odluke VSS od značaja je pored Ustavom zajemčenog prava na pravno sredstvo⁹² i odredba Zakona o upravnim sporovima, kojom je propisano da u upravnom sporu, Upravni sud odlučuje i o zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, u pogledu kojih u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita, kao i o zakonitosti drugih konačnih pojedinačnih akata kada je to zakonom predviđeno⁹³. Iz navedenih odredbi proizlazi da je pre podnošenja ustavne žalbe, ne(re)izabranim sudijama

⁸⁷ Izdvojeno mišljenje D. S.

⁸⁸ V. Rakić Vodinić, *Neustavna reforma “reforme” pravosuđa*, Pravni zapisi, br. 2, Beograd 2010, ss. 429-430.

⁸⁹ Marković (bel. 11), s. 41.

⁹⁰ Videti: Izdvojeno mišljenje D. S.

⁹¹ Tomić (bel. 3), s. 126.

⁹² “Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonom zasnovanom interesu”. Čl. 36 st 2 Ustava od 2006.

⁹³ Čl. 3 st. 2 i 3 Zakona o upravnim sporovima (*Sl. gl. RS* 111/2009).

⁸⁰ Čl. 101 st. 1 ZOS.

⁸¹ Čl. 100 st. 4 ZOS.

⁸² Čl. 56. stav 1. Zakona o Visokom savetu sudstva. Kritiku ovog rešenja videti u: Z. Tomić, s. 60 i 79.

⁸³ Čl. 155 Ustava od 2006.

⁸⁴ Čl. 170 Ustava od 2006.

⁸⁵ Odluka I.

⁸⁶ Čl. 100 st. 4 ZOS.

bila na raspolaganju tužba Upravnom sudu, što je stanovište koje zastupa i Z. Tomić⁹⁴. Time se ne bi došlo u situaciju da nepostojanje pravnog sredstva između Odluke VSS i ustavne žalbe bude automatski uslov za usvajanje ustavne žalbe zbog nepostojanja Ustavom zajemčenog prava na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o nečijem pravu, obavezi ili na zakonom zasnovanom interesu⁹⁵. Na taj način ni Ustavni sud ne bi imao razloga za navedena skretanja od pravca zastupanog u Rešenju I. Odluka I je, stoga, prva tačka u kojoj se eksplicitno odstupa od linije ranijeg koncepta opšteg izbora (nikad doduše čisto uspostavljenog) i zaokreće ka konceptu reizbora.

Bez obzira što se slažem sa navedenim stanovištem Z. Tomića, njegovu ocenu o “uzurpaciji nadležnosti Upravnog suda”, kojom je postupanje suda “nepovratno otišlo, kliznulo stranputicom”⁹⁶, smatram preoštrom. Činjenica da Upravni sud, koji čine novoizabrane i (re)izabrane sudije treba da odlučuje o pravima i obavezima neizabranih, ozbiljno je dovodila u pitanje njegove kapacitete o odlučivanju u navedenom pravnom pitanju. Takođe, mišljenja sam da je žalba, koja konzumira ustavnu žalbu, svakako jače pravne sredstvo u zaštiti prava ne(re)izabranih sudija. S druge strane valja napomenuti da je Ustavni sud u postupku zaštite prava sudija koje su prvi put birane na sudijsku funkciju, upravo stao na stanovištu da im pre podnošenja ustavne žalbe na raspolaganju stoji tužba Upravnom sudu⁹⁷. Višedimenzionalna nedoslednost Ustavnog suda je, prema tome, bila motivisana njegovom težnjom da lično učestvuje u korigovanju postupaka koji je obilovao pravnim anomalijama i da jačanjem pravnih sredstava proba da spasi šta se spasti može. Ustavni sud je u svojoj argumentaciji, kojom potkrepljuje priznavanje prava na žalbu ne(re)izabranim sudijama, istakao da bi se njegovim uskraćivanjem “isključio postupak instancione kontrole osporene Odluke koji sa prvostepenim postupkom čini jedinstvenu celinu”⁹⁸. Ustavni sud je kao konačni unutrašnji pravni kontrolor jednim širokim tumačenjem pokazao, u ovom delu, veoma izražen stepen ustavnosudskog aktivizma, dijametralno suprotan od ustavnosudske suzdržanosti iz Rešenja I.

Poslednje pitanje koje je od značaja za žalbu protiv Odluke VSS jeste “dubina” meritornog ispitivanja i karakter odluke kojom Ustavni sud odlučuje o žalbi protiv odluke o prestanku sudijske dužnosti. ZOS je

propisano da “Ustavni sud može (...) usvojiti žalbu i poništiti odluku o prestanku funkcije”⁹⁹. U redovnoj situaciji, ako se odluka (upravni akt) poništava, onda se ništa i sve njene pravne posledice. Samim tim lice čija je žalba usvojena ostaje na sudijskoj funkciji. Kod odluke kojom sudije nisu (re)izabrane, situacija nije ovako jasna. U navedenoj odluci (st. 1 izreke), Ustavni sud je poništio Odluku VSS, da bi st. 2 izreke bilo naloženo VSS da ponovo odluči o prijavi podnosioca žalbe. Ako je Odluka VSS akt kojim je konstitutivno, kako veli Ustavni sud, prestala sudijska funkcija, onda samim njegovim poništavanjem, u konkretnom slučaju Z.S. zadržava sudijsku funkciju. Iz odredbi ZOS sudijama proizlazi da ne(re)izabranim sudijama “dužnost prestaje danom stupanja na funkciju sudija izabranim u skladu sa ovim zakonom”¹⁰⁰. Dakle sudijska funkcija mu prestaje *ex lege* (*de jure*), ali istovremeno (*de facto*) kao posledica odluke kojom nije izabran. Posledica poništavanja Odluke VSS, stoga, nije bila ista, kao u tipičnim slučajevima prestankom sudijske funkcije razrešenjem VSS, jer bi Ustavni sud time lično sproveo (re)izbor. Odluka kojom određeno lice nije (re)izabrano za posledicu ima gubitak sudijske funkcije, ali se poništavanjem te odluke, ona nije automatski restituisala. Navedena odredba ZOS je, stoga, čvorišna tačka u kojoj se zapetljavaju niti koncepcija izbora i reizbora iz koje proističe opisana pat pozicija.

VSS je dopisom od 19. 5. 2010. godine Ustavnom sudu dostavio individualizovane razloge zbog kojih je doneta odluka o ne(re)izboru Z.S. Odlukom I ocenio da navedeni podnesak VSS “ne predstavlja odgovor donosioca osporenog akta na brojne navode žalbe, već dopunu obrazloženja osporene Odluke u pogledu razloga za prestanak sudijske dužnosti podnosioca žalbe”. Takođe je istaknuto da “osporena Odluka koja se odnosi na prestanak sudijske dužnosti svih neizabranih sudija, sa sumarnim i uopštenim obrazloženjem, ima takve procesne nedostatke koji onemogućavaju Ustavnom sudu da oceni njenu zakonitost u odnosu na podnosioca žalbe u materijalnom pravnom smislu, a podnosiocu žalbe da efikasno koristi pravo na žalbu. Stoga je Ustavni sud mogao da pristupi samo takozvanom meritornom rešavanju podnete žalbe, ali ne i meritornoj oceni zakonitosti osporene Odluke.” U Izdvojenom mišljenju D.S. i Izdvojenom mišljenju M.D. je ukazano na alternativni pravni put¹⁰¹. Tako je sudija D. Slijepčević istakao da je na osnovu imperativne odredbe ZOS¹⁰², donošenju odluke moralo prethoditi održavanje javne

⁹⁴ Tomić (bilj. 3), ss. 125-126 i šire.

⁹⁵ Čl. 36 Ustava od 2006. ⁹⁶ Tomić (bilj. 3), s. 126.

⁹⁷ Videti npr. Rešenje Ustavnog suda UŽ 1155/20 od 29. 09. 2011. godine.

⁹⁸ Odluka I.

⁹⁹ Čl. 67 st 2 ZOS.

¹⁰⁰ Čl. 101. st. 1 ZOS.

¹⁰¹ Slično R. Marković (bilj. 11), s. 42.

¹⁰² Čl. 100. st 1. ZOS.

rasprave, čime bi mogli biti otklonjeni svi propusti učinjeni u postupku donošenja Odluke VSS¹⁰³. U Izdvojenom mišljenju M.D. je istaknuto da zadatak Ustavnog suda nije da bira sudije, ali svakako jeste da meritorno odluči o tome jesu li navedeni razlog za neizbor zadovoljavajuće protumačene, kao i “da donese pravu meritornu odluku i ponudi pravnu argumentaciju o tome zbog čega smatra da Visoki savet sudstva mora ponovo odlučiti o prijavi ovog kandidata”. Takvom odlukom Ustavni sud bi, prema stanovištu sudije M. Draškić, iscrtao pravni put VSS prilikom donošenja nove odluke. Oba izdvojena mišljenja su stanovišta da se ukidanjem kojim se samo “konstatuje formalnopravna pravna manjkavost”¹⁰⁴, nepotrebno prolongira okončanje postupka. Sudija Draškić je takođe ukazala na propuštenu šansu da se tzv. pilot odlukom reše sve ostale žalbe neizabranih sudija, s obzirom da se radi o idetičnom činjeničnom i pravnom pitanju. Opravdanost oba izdvojena mišljenja indirektno je potvrdila i Evropska komisija dovodeći u pitanje delotvornost pravnog sredstva pred Ustavnim sudom s obzirom na “nemogućnost meritornog odlučivanja,” kao i konstatacijom da je samo jedan slučaj bio razmotren¹⁰⁵.

3.3. Reforma “reforme” sudstva

Okolnost da je od Ustavni sud trebalo da odlučuje o 872 žalbe neizabranih sudija, javnih tužioca i zamenika javnih tužilaca¹⁰⁶, da je istovremeno došlo do oštre kritike evropskih zvaničnika i institucija, Društva sudija¹⁰⁷ i pravne javnosti, navelo je vladajuću većinu da pristupi reformi “reforme” sudstva. Zakonom o izmenama i dopunama ZOS¹⁰⁸ izjavljene žalbe na Odluku VSS su konvertovane u prigovor VSS¹⁰⁹. Novoustanovljeni VSS, dakle organ u istoj pravnoj ravni sa donosiocem prvostene odluke, preciznije isti organ (*sic!*), treba da odlučuje kao drugostepeni organ. Dobar deo pravne javnosti je veoma negativno ocenio navedene zakonodavne izmene. Najistaknutija imena pravne javnosti potpisala su Apel stručne političkoj i opštoj javnosti¹¹⁰. Bazična primedba je bila da se

Ustavom zajemčena žalba Ustavnom sudu konvertuje u prigovor — pravni lek slabije pravne snage, čime se uzurpira nadležnost Ustavnog suda i povređuje načelo o zabrani retroaktivne primene procesnih pravila (*tempus regit actum*)¹¹¹. Isticane su i brojne druge manjkavosti ovih zakonskih rešenja¹¹². Ustavni sud, Rešenjem IUz 1634/2010 od 10. marta 2011. godine nije prihvatio inicijative za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom navedenih zakonodavnih izmena, zauzevši stanovište da je stvaranje mogućnosti da neizabrane sudije ukažu na eventualne propuste VSS ne umanjuje njihovo pravo da se obrate žalbom Ustavnom sudu. Naprotiv, kako se ističe u navedenom rešenju, uvođenje novog pravnog leka “ne samo da ne narušava pravo na delotvorni pravni lek, već je u funkciji ostvarivanja ovog prava, tako da se ne može govoriti o o bilo kakvoj zloupotrebi prava koja bi imala za cilj ograničavanje prava”.

Ovim izmenama i dopunama, da demistifikujemo stvari, zakonodavac je priznao normativne pogreške, ali pre svega i manjkavo postupanje VSS. On je zakonskim odredbama normirao Odluku I Ustavnog suda i prihvatio primedbe i kritike koju se odnosile na Odluku VSS. To se vidi iz odredaba kojima se propisuju da podnosilac prigovora “ima pravo da se upozna sa predmetom, pratećom dokumentacijom i tokom postupka, kao i da usmeno pred stalnim sastavom Visokog saveta sudstva izloži svoje navode”, kao i da “odluka stalnog sastava Visokog saveta sudstva doneta po prigovoru mora biti obrazložena”¹¹³. Takođe novodo-

kriterijumima i merilima za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti, koje će doneti stalni sastav Visokog saveta sudstva. Postupci po žalbama, odnosno po ustavnim žalbama koje su sudije iz stava 1. ovog člana podnele Ustavnom sudu, okončavaju se stupanjem na snagu ovog zakona i predmeti se ustupaju Visokom savetu sudstva. *Žalbe, odnosno ustavne žalbe iz stava 2. ovog člana smatraće se prigovorom na odluku Visokog saveta sudstva*”. Čl. 5 st. 1-3 Zakon o izmenama i dopunama ZOS.

U postupku po prigovoru iz st. 3. i 4. ovog člana, sudija iz stava 1. ovog člana ima pravo da se upozna sa predmetom, pratećom dokumentacijom i tokom postupka, kao i da usmeno pred stalnim sastavom Visokog saveta sudstva izloži svoje navode. Odluka stalnog sastava Visokog saveta sudstva doneta po prigovoru mora biti obrazložena, u skladu sa članom 17. stav 2. Zakona o Visokom savetu sudstva.

Protiv odluke stalnog sastava Visokog saveta sudstva donete po prigovoru iz st. 3 i 4 ovog člana, kojom se potvrđuje odluka prvog sastava Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske dužnosti, sudija iz stava 1. ovog člana može izjaviti žalbu Ustavnom sudu, u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke.

¹¹⁰ Dostupno na: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=971232> (očitanje 01. 05. 2012).

¹¹¹ Rakić Vodinelić (bel. 38), ss. 428-430.

¹¹² *Ibid.*, ss. 418-426.

¹¹³ Čl. 5 st. 5 Zakona o izmenama i dopunama ZOSA.

¹⁰³ Izdvojeno mišljenje D. S.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ European Commission (bilj. 63), s. 49.

¹⁰⁶ *Pregled rada Ustavnog suda u 2010. godini*, Beograd 2011, ss. 3-4.

¹⁰⁷ Videti: Informatore Društva sudija Srbije, Beograd, br. 1/2009, 2/2009, 3/2010 i 4/2010.

¹⁰⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama (*Sl. gl. RS 101/2010*).

¹⁰⁹ “Stalni sastav Visokog saveta sudstva preispitaće odluke prvog sastava Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske dužnosti sudija iz člana 101 stav 1 Zakona o sudijama (*Sl. gl. RS br. 116/08, 58/09* — odluka US i 104/09), u skladu sa

netim Pravilom VSS¹¹⁴, jasno se odstupaju od koncepta opšteg izbora koji apsolutno ništi stalnost iz prethodnog perioda. Odlukom Pravila je propisano da “Odluka VSS o broju sudija u sudovima ne može predstavljati ograničenje podnosiocu Saveta da izabere podnosioca prigovora za sudiju, uz saglasnost ministra pravosuđa”¹¹⁵. Reč je o normi koja je u direktnoj suprotnosti sa stavom izraženom u Odluci VSS kojom se obrazlaže da jedan broj sudija nije mogao biti (re)izabran, jer je podneo prijavu samo za jedan sud, a VSS nije mogao da ga izabere u drugi sud istog stepena¹¹⁶. Reč je bilo o svakako pogrešnoj primeni prava. S obzirom da je postojala pretpostavka stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti (videti bel. 65 i 66), VSS ranije sudije je mogao nereizabrati samo u slučaju da tu pretpostavku obori, a kalkulišući sa brojem predviđenih sudijskih mesta.

S obzirom da bi Odluka VSS u delu prema svim sudijama koje su bile njome obuhvaćene bila poništena i vraćena VSS na ponovno odlučivanje, zakonodavac je odlučio da skрати postupak. Valja napomenuti da bi se isti efekat postigao donošenjem pilot odluke Ustavnog suda koja bi se odnosila na sve neizabrane sudije, što je bio stav zastupan u Izdvojenom mišljenju M.D. Time bi nestao i *ratio* za donošenje navedenih zakonodavnih izmena i dopuna, čime bi se predupredila i sva saplitanja u njihovoj praktičnoj primeni.

S obzirom na oštre kritike nauke, Društva sudija, šire javnosti, ali pre svega zbog packi formalno oličenih u izveštajima evropskih institucija, otvorilo se pitanje valjanosti celog postupka. Zakonom o izmenama i dopunama ZOS¹¹⁷ želela se otvoriti i mogućnost preispitivanja odluka prvog sastava VSS u slučaju postojanja razloga koji ukazuju na povredu postupka u donošenju odluke o izboru sudija na stalnu sudijsku funkciju, kao i odluku o predlogu za izbor sudija koji se prvi put biraju. Time je verovatno trebala da se otvori mogućnost oslobađanja mesta za nereizabrane sudije, koje bi u postupku odlučivanja po prigovoru trebalo izabrati. Ova odredba je legalizovano priznanje o celokupnoj sistemskoj manjkavosti postupka reizbora. Korišćenjem ove odredbe bi međutim bio otvoren problem povrede “stečenih prava” izabranih sudija. Ustavni sud je Odlukom IUz 1634/2010 od 22. 12. 2011. godine ukazao da nije sporna mogućnost preispitivanja odluke o izboru i predlogu sudije, kroz korišćenja “instituta razrešenja”, tako što će utvrditi

¹¹⁴ Pravila za primenu Odluke o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za postupak preispitivanja odluka prvog sastava Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske dužnosti, *Sl. gl. RS* 35/11 i 90/11 (Pravila VSS).

¹¹⁵ Čl. 3 st. 1 Pravila VSS.

¹¹⁶ Odluka VSS.

¹¹⁷ Čl. 6 st. 1 Zakona o izmenama i dopunama ZOS.

razloge koji ukazuju na sumnju u stručnost, osposobljenost i dostojnost pojedinog sudije; ali smatra neustavnim i u suprotnosti sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda da razlog razrešenja bude manjkovast procesa izbora, koju je skrivio organ koji je izbor i sprovodio, a ne izabrani sudija, zbog čega je te odredbe i kasirao. Sama formulacija celog osporenog čl. 6 je pravno nakaradna, jer cilj instituta razrešenja — deo koji je ostao “utvrđivanje postojanja razloga koji ukazuju na stručnost, osposobljenost i dostojnost” ne može biti preispitivanje odluke o izboru u sudijsko zvanje (*sic!*), već konstatovanje razloga zbog kojih legitimno i legalno izabrani sudija, nije više dostojan sudijskog zvanja.

Najozbiljnije manjkavosti u “reformi reforme” su ponovo nastale u njenom sprovođenju. Tako su četiri člana VSS (predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravde, predsednik Odbora za pravosuđe Narodne skupštine i predstavnik advokature) bila lica koja su već odlučivala u prvostepenom postupku. Ovaj problem je trebalo da bude prevaziđen njihovim izuzimanjem prilikom odlučivanja po prigovorima na Odluku VSS. Nakon što je VSS izgubio natpolovičnu većinu potrebnu za donošenje odluke (jedan izabrani sudija je onemogućen da odlučuje, drugi je podneo ostavku, a za predstavnika profesure je Agencija za borbu protiv korupcije donela odluku o sukobu interesa), odustalo se od suzdržavanja članova prvobitnog sastava, pa je u odlučivanju po prigovorima na Odluku VSS učestvovao i predstavnik advokature koji je bio član i prvog saziva VSS koje je i donelo osporenu odluku¹¹⁸, dok su i ostali inkompatibilni članovi popunjavali kvorum.

Nakon okončanja odlučivanja o prigovorima neizabranih sudija, Ustavni sud je Odlukom VIII U 534/2011 od 11. 7. 2012. godine (Odluka II) usvojio žalbe 126 ne(re)izabranih sudija i utvrdio da u postupku odlučivanja o prigovorima nije oborena pretpostavka da podnosioci ispunjavaju uslove za izbor na stalnu sudijsku funkciju; odluke VSS su poništene; a VSS je naloženo da u roku od 60 dana *izvrši izbor* (kurzivom S. M.) podnosilaca žalbi u skladu sa Pravilom VSS. Ustavni sud je iz spisa predmeta utvrdio su četiri lica personalno bila u istom svojstvu i članovi prvog saziva VSS; da ne postoji rešenje o njihovom izuzimanju; da su se prilikom glasanja uzdržavali od glasanja. Ustavni sud je zauzeo stanovište da je nepristrasnost dovedena u pitanje u slučaju kada odlučivanju po pravnom leku odlučuje isti član koji je odlučivao u prvostepenom postupku (videti i Presudu Evropskog suda za ljudska

¹¹⁸ Videti : Visoki savet sudstva — sa ili bez kvoruma?, <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Visoki-savet-sudstva-sa-ili-bez-kvoruma.sr.html> (očitanje 01. 05. 2012. godine).

prava u predmetu *De Haan vs. The Netherlands* od 26. 08. 1997. godine); da to isključuje mogućnost “uzdržavanja”; jer se odluka može donositi samo glasanjem “za” ili “protiv”; lica koja se izuzimaju ne mogu se računati radi namicanja kvoruma; uostalom i samo prisustvo inkompatibilnih članova (presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Kress vs. France* od 07. 06. 2001. godine) stvara privid nedostatka nezavisnosti i nepristrasnosti. VSS je odluke mogao doneti samo u slučaju da za određenu odluku — usvajajuću ili odbijajuću glasa 6 članova VSS. U slučaju podnosioca žalbe Z. Jovanovića, primera radi, pet članova VSS iz reda izabranih sudija sa stalnom sudijskom funkcijom je glasalo za usvojanje prigovora, dok je pet članova (od toga četiri koji su bili članovi prvog saziva) bilo uzdržano, te je VSS doneo odluku da se prigovor odbija (*sic!*)!? Ne samo što nije postojala većina za konstituisanje bilo koje odluke i ne samo što su glasovi uzdržanih tretirani protiv, nego je VSS *ponovo* “zaboravio” da on mora doneti konstitutivnu odluku kojom obara pretpostavku o postojanju, stručnosti i osposobljenosti nereizabranog sudije!

Mimo ovih *prima facie* povreda elementarnih pravnih postulata, Ustavni sud je u Odluci II naznačio i druge propuste prilikom utvrđivanja nestručnosti; selektivnost u primeni nepreciznih pravnih standarda; propuštanje (što je bio propust i prvog saziva VSS) da se radi jednakosti izvrši upoređivanje rezultata rada neizabranih i izabranih sudija; sumnja u mogućnost (što je takođe bio propust prvog saziva VSS!) da u javnoj raspravi nereizabrane sudija ospore navode.

Odluka I Ustavnog suda je bila vraćanje na popravni ispit reforme sudstva, dok je Odlukom II postupak reforme oboren, a njeni glavni efekti anulirani. Jasno je da će odluke i za ostale sudije biti identične, čime je krug reforme zatvoren, a stvari vraćene na početak. Lutanje izbor-(re)izbor završeno je tumačenjem da je reč o reizboru. Odluka II Ustavnog suda faktički gledano ima tipične efekte akta kojima se ništi onaj prvobitno proklamovani prekid stalnosti i njome se uspostavlja kontinuitet sa stalnošću sudijske funkcije. Ustavni sud nije učinio to konstatujući u svojoj odluci da samo poništavanje odluke o ne(re)izboru vraća sudije, već je *naložio* VSS da on u roku od 60 dana — kratkoća roka takođe pojačava pritisak na VSS — *izvrši izbor*. U samom obrazloženju je doduše napravio ogradu da “Ustavni sud nije vlastan da donosi odluku o izboru neizabranih sudija na stalnu sudijsku funkciju”, da je VSS dužan utvrdi postoje li razlozi za prestanak sudijske funkcije po sili zakona, čime mu ostavlja mogućnost da u obori pretpostavku dostojnosti stručnosti i osposobljenosti u odnosu na pojedine sudije, kao i da je dužan da “utvrdi postoji li dovoljan

broj sudijskih mesta” ili će morati da donose odluku o izmeni Odluke o broju sudija za sudove u odnosu na koje se mora izvršiti izbor žalioaca”. S obzirom na pritisak roka, kao i na činjenicu da VSS u dva saziva u odnosu na većinu ne(re)izabranih sudija nije uspeo da obori pretpostavku dostojnosti, stručnosti i osposobljenosti jasno je da manevarski prostor VSS maksimalno sužen i da je ovom odlukom Ustavni sud definitivno odstupio od teze o nultom izboru sudija.

4. Zaključna razmatranja

(Re)izbor sudija je obilovao brojnim pravnim manjkavostima i propustima. Sa aspekta ustavnosti, Ustavni sud je povezujući pravno-logički norme stvorio pravnu konstrukciju, koja se zasnivala na restriktivnom tumačenju načela stalnosti sudijske funkcije i tezi o ustavnom diskontinuitetu. Ustavni diskontinuitet koji se u teoriji i praksi vezuje za fundamentalne društveno-političke promene, Ustavni sud je sveo na različito sticanje stalne funkcije u prošlom i važećem ustavnom periodu. Ustavna promena načela sudijske funkcije i organa koje vrši izbor na sudijsku promene funkcije, ustavni nalog kojim se sprovođenje Ustava prepušta Ustavnom zakonom, dvosmislena odredba Ustavnog zakona o mogućnosti reizbora, kao i okolnost promene sudijske mreže, bile su prema stanovištu Ustavnog suda impuls za njegovu suzdržanost u ovom pitanju kojim je ostavljeno široko diskreciono polje zakonodavcu.

Navedena upitnost bi verovatno ostala u domenima pravnog teoretisanja da je VSS valjano sproveo postupak reizbora. Iako ne bi ispunile svrhu reforme, čak bi se i neke pogreške u vidu loše primenjene diskrecionisti u procesu (re)izbora, elementarnom pravnom formom mogle prikriti. Umesto svega toga VSS je zbirnom odlukom, bez individualnih obrazloženja, konkretizovanja razloga i bez davanja mogućnosti izjašnjavanja o odlučnim činjenicama povredio najelementarnije postulate prava na pravično suđenje.

Ustavno sudstvo je ustanovljavanjem žalbe kao sredstva ne(re)izabranim sudijama suštinski odustalo od koncepta koji je legitimisao i legalizovao Rešenjem I. Nastupajući, ovaj put, sa pozicija nešto izraženijeg sudijskog aktivizma Ustavni sud je u određenim tačkama (obezbeđivanje forme pravne zaštite) pokušao da postupak (re)izbora vrati u pravno podnošljive okvire. Istovremeno je propustio priliku, da korišćenjem ovlašćenja koja su mu stajala na raspolaganju, a koja su bila pored ostalog iskazana u izdvojenim mišljenjima sudija D. Slijepčevića i M. Draškić, sa aspekta meritorne dubine i ulaženja u

suštinu stvari, energičnije učestvuje u “pravnoj reanimaciji” celog postupka.

U daljem spašavanju navedenog koncepta došlo je do novih kardinalnih pravnih omaški VSS. Uzak otvor koji su zakonodavne izmene trebale da otvore ne bi li se postupak reforme nekako provukao, u koliziji sa subjektivnim okolnostima, bio je preuzak. U želji da se ceo postupak kako-tako uobliči, učinjene su nove pravno kardinalne omaške. Takođe ponovo se nije pošlo od jasnih kriterijuma koji ukazuju da (konačni) gubitak sudijske funkcije može pogoditi samo lica za koje se jasno obrazloženo, sa individualizovanim razlozima i mogućnošću da se izjasni o odlučnim činjenicama dokaže da ne ispunjavaju uslove stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti. Ponovo je zanemarena potreba za ustanovljavanjem nultog nivo kriterijuma koji bi važio za sve učesnike postupka reizbora, jer se radilo o licima u istoj pravnoj situaciji. Kako ceo postupak nije mogao nikako više biti ispravljan, Ustavni sud je porušio celokupnu koncepciju reizbora ništeći njene pravne afekte.

Stanovište koje je (široko!?) tumačilo načelo stalnosti sudijske funkcije i ispravno ukazivalo da Ustavni zakon ne može biti izuzet iz jedinstvenosti pravnog poretka, najdoslednije zastupano u izdvojenim mišljenjima (I i II) sudije O. Vučić, kao i od strane većeg broja teoretičara, je (na žalost) potvrdilo tezu da će Ustavni sud po pravilu manje pogrešiti ako prilikom tumačenja ustavnih normi polazi sa pozicija nešto izraženijeg ustavnosudskog aktivizma umesto ustavnosudske suzdržanosti, jer ustavna načela i prava upravo jesu brana koja ograničava pravne tvorce i organe koje sprovode opšte pravne propise. Od početka sumnjive tačke koncepta (re)izbora u svakoj daljoj fazi samo su otkrivale i proizvodile nove, veće pravne anomalije.

Postupak (re)izbora je jasno pokazao da pravno pretakanje fundamentalnih sistema i njihovo radikalno reformisanje zahteva obazrivost. Načelo stalnosti sudijske funkcije je upravo ustanovljeno kako bi se njime izgradila nezavisnost sudijskih poslanika. Ako se poče

od teze da je sudijski sistem tražio radikalne rezove, što je pragmatični i suštinski osnov koncepta (re) izbora, njime se nije mogla brutalno anulirati postojeće stanje. Odredbe pravnih propisa su ostavljale mogućnost da se navedenom izboru, ne mora pristupiti potpunim nivelisanjem prethodnog stanja stvari. Odlukom VSS je, međutim, jedno izuzetno osetljivo pravno-društveno pitanje, koje je zahtevalo mikroskopsku minucioznost, pokušano da se “kasapski” reši. Time je, umesto adekvatnog okončavanja, ceo postupak reforme sudstva usmeren na pokušaje naknadnog doctavanja jurističkih linija, ne bi li ceo postupak dobio elementarne, kakve-takve pravno podnošljive obrise. Postupkom u kojem su *prima facie* zanemareni elementarni pravni principi, sasvim je poljuljan svaki osećaj nezavisnosti nosioca sudijske toge. Usled jurnjave za pokušajima zaštite osnovnih prava ne(re)izabranim sudijama iz korpusa prava na pravično suđenje, sasvim zanemaren osnovni cilj reforme sudstva — izgradnja nezavisnog i stručnog sudstva. Svi efekti reforme koji su uglavnom bili štetni anulirani su nakon dvoipogodišnje pravne agonije.

Nakon ocena evropskih institucija da je celokupna reforma “imala negativan uticaj na ukupnu efikasnost pravosudnog sistema”¹¹⁹ nameće se pitanje: Ne čeka li Srbiju u doglednoj budućnosti neka nova reforma sudstva? Ova reforma sudstva nije rešela ni jedan fundamentalni problem. Ona je naprotiv otvorila nove probleme. Sudstvo koje je trebalo poboljšati je pogoršano. Ko će se nakon ovoga usuditi da sprovede istinsku reformu? I kako? Ako se nakon izvesnog vremena i bude pristupili novoj reformi, koja bi podrazumevala filtriranje sudijskih redova na umu bi valjalo imati pouke ove reforme. Za početak bi bilo dovoljno da se ne anulirala stalnost njihove funkcije, a odstranjivanje nedostojnih izvrši putem redovnog razrešenja u slučaju dokaza da su zanemarili — jasno ustanovljene kriterijume — dostojnosti, osposobljenosti i stručnosti, koji će se odnositi na sve jednako.

¹¹⁹ European Commission (bel. 63), s. 49.