

UDK 342.56(497.11)"2009/2010";
347.962.2:342.565.2(497.11)"2010"

Vesna Rakić-Vodinelić

Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd

ANATOMIJA RAZARANJA TREĆE DRŽAVNE VLASTI U SRBIJI

Rezime: Autorka prvo razmatra pitanje kako su ideje i formule o sudskoj vlasti i njenoj nezavisnosti recipirane u Srbiji kao državi zakasnele tranzicije? Kao ključna pravna i pravosudna obeležja Miloševićevog autoritarizma ona navodi: autoritarnost i arbitarno tumačenje prava, ideološki karakter pravnog poretka, politička uloga pravosuđa, odsustvo pravosudne reakcije na ratne zločine i organizovani kriminal i pljačkaška privatizacija. Potom su analizirani pokušaji reforme pravosuda posle demokratskih promena oktobra 2000. godine (zametanje demokratske vlasti i novi legalizam). Težište rada je na analizi pravosuda u današnjoj Srbiji posebno na aktuelnoj reformi sudstva. Podrobno je analizirana uloga Visokog savet sudstva, Državnog veća tužilaštva Ministarstva pravde, Ustavnog suda Srbije u postupku opšteg izbora sudske krajem 2009. godine. Autorka je pokazala da je taj izbor izведен nelegitimno, vanustavno, protivno evropskim standardima, po sumnjivim kriterijumima, pod uplivom politike sa puno grubih grešaka. Kad izostane most prema pravnoj državi, kada se proigra šansa da se u javnom i verodostojnom postupku, od verodostojnih ljudi izabere novi sudska kor, ono što se dobije ostaje samo grupa izvršilaca jedne sve više operetske, brendirane, pa i fingirane države.

Ključne reči: nezavisno sudstvo, autoritarnost, arbitarno tumačenje prava, ideološki karakter pravnog poretka, reforma pravosuđa, novi legalizam, opšti izbor sudske krajem 2009. godine, politizacija pravosuđa, fingirana država.

Modus operandi

Da li postoji opšteprihvaćena formula dobrog pravosuđa? Teorijski, može se dokazati da postoji. Do nje se nije došlo jednostavno i ona nije rezultat samo pravne obrade. Konstituisanje pravosuđa, kao treće državne vlasti u koju građanin može imati poverenja, rezultat je političkih borbi, pre nego uspešnih pravnih formula.

Uprkos značajnim razlikama u poimanju i normativnoj obradi sudstva, naročito u XVII i XVIII veku, između vodećih država toga doba – Engleske, Francuske i Pruske – najavljuju se prvi nadnacionalni postulati sudske nezavisnosti koji će pravno biti formulisani u XX veku.

U kontinentalnoevropskom pravnom krugu sudstvo se u XVIII veku uspostavlja kao birokratska organizacija pod dominacijom izvršne vlasti. Međutim, posle Francuske revolucije nastupa suštinska promena. Ustavom Francuske iz 1791. godine *sudska vlast se priznaje kao treća državna vlast*. Revolucionarni francuski zakonodavci čvrsto su se držali teze da sudska vlast ne sme preuzeti ulogu kontrolora političke vlasti već kontrolora ideje, duha i primene zakona. „Kasacioni sud nije osnovan zato da bi primenjivao pravo na različite posebne slučajeve, niti da bi odlučivao o osnovu spora, već da bi štitio forme i principe ustava i zakona od napada koje bi sudovi mogli izvršiti“ – bile su reči Robespierre-a, izrečene u Skupštini 25. maja 1790. godine.¹ U gotovo čitavom XIX veku održava se tensija između sudske izvršne vlasti u evropskim državama, ali se pravosuđe ipak postepeno emancipuje.

Politički i pravno preobražen položaj sudske vlasti prihvatile su samo deklaratивno “narodne demokratije” nastale u Evropi posle Drugog svetskog rata. Ali, bitna ustavna i stvarna različitost mesta pravosuđa u komunističkim državama nastala je uspostavljanjem tzv. *jedinstva državne vlasti*, uz ideoološku dominaciju jednostranačkog parlamenta, bez ikakvih formalnih elemenata parlamentarne demokratije, što je ne samo u stvarnom već i u normativnom smislu odlučujuće uticalo na gubitak nezavisnosti i samostalnost sudstva i sudija i stvorilo rđavu naviku pokornosti, u boljem slučaju poslušnosti.

Naporedо sa slabljenjem društvene uloge sudstva u socijalističkim zemljama, u državama zapadnih evropskih demokratija posle Drugog svetskog rata jača ideja o pravu građanina na nezavisno suđenje i na nezavisnog sudiju, kao o temelnjom ljudskom pravu. Ova ideja je kodifikovana u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i učvršćena judikaturom Evropskog suda za ljudska prava. Uvek valja iznova podsetiti da bi i sama Evropska konvencija (poput nekih drugih međunarodnih akata koja za predmet imaju garantije i zaštitu ljudskih prava), ostala samo popis visoko sofisticiranih deklaracija, da nisu uspostavljeni efikasni mehanizmi Saveta Evrope za njeno tumačenje i primenu.²

Na ovakav pristup presudan uticaj imalo je *Nirnberško suđenje* za ratne zločine počinjene u Drugom svetskom ratu. Pravni osnov za osnivanje Međunarodnog vojnog tribunala sa nadležnošću da odlučuje o individualnoj krivičnoj odgovornosti pojedinaca bila je *Londonska povelja* iz 1945. godine, a legitimitet suđenja je zasnovan na Haškoj konvenciji iz 1907. godine, u kojoj je izrično određeno da, uprkos pokušajima revizije, važe pra-

1 Prema Braasu, *Precis de procedure civil*, Bruxelles – Liege, 1945, str. 788.

2 Up. Alaburić V., *Sloboda izražavanja u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb 2002, str. 7 i 8, i Rakić-Vodinelić V., *Evropski forum* br. 4, april 2003, „Kad pojedinac tuži državu“, str. 5.

vila i običaji rata koje moraju poštovati svi "civilizovani narodi". Nurnberško suđenje imalo je neporeciv uticaj na donošenje i na sadržinu ključnih međunarodnih dokumenata namenjenih zaštiti ljudskih prava, kao što su Konvencija o sprečavanju zločina genocida (1948), Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Ženevske konvencije o pravilima i običajima rata iz 1948. godine, sa dodatnim protokolima iz 1977. godine.

Kombinacijom nacionalnih standarda prava demokratskih društava i međunarodnih standarda došlo se do široko prihvачene formule o nezavisnosti sudija i sudstva. Ključni elementi te formule su: (1) pravno definisanje suda kao samostalne i nezavisne državne institucije; (2) zasnovanost suda i suđenja na aktima najvišeg ranga; (3) institucionalna nezavisnost sudije, pod kojom se najpre podrazumeva nezavisnost od političkih grana državne vlasti ali i od moćnih pojedinaca i društvenih grupa; (4) personalna nezavisnost sudije (koja najviše zavisi od zakonskog uređenja načina sticanja i gubitka položaja i od stalnosti sudske funkcije, a postiže se pre-sudnjim uticajem uloge sudske vlasti u postupku sticanja i gubitka sudijskog položaja); (5) donošenje meritorne odluke u razumnom roku, na osnovu pravičnog i javnog raspravljanja; (6) nepristrasnost (koja se postiže ustanovom izuzeća i pravilima o sprečavanju sukoba interesa); (7) pojavniji izgled nezavisnosti suda i sudije; (8) način određivanja sudije u konkretnoj pravnoj stvari (pravo na slučajnog, odnosno "prirodnog" sudiju).

U tranzicijskim zemljama standardi sudske nezavisnosti su danas uglavnom ustavne kategorije, koje bi trebalo da budu i čvrste praktične garantije. Može se reći da su, bar u normativnom formalnom obliku (a još uvek daleko od stvarne implementacije) u većini država u tranziciji prihvaci navedeni pravni standardi.

U gotovo svim ovakvim državama ustavom je uspostavljen sistem podele državnih vlasti u kojem je, makar formalno, sudska vlast ravноправna ostalim neprofesionalnim, političkim granama vlasti. Dobra ocena se, međutim, ne može dati za praksu primene ovog sistema. Prema *Monitoring of EU Accession Process*, neopravdani uticaj izvršne vlasti na sudstvo, sudije i suđenje u vremenu do 1989. godine predstavlja je najveću pretnju nezavisnosti sudstva. Taj uticaj se naročito ogledao u ključnoj ulozi ministarstava pravosuđa povodom postavljanja, unapređivanja i razrešenja sudija. Ocenjuje se da su do 2001. godine samo Mađarska i delimično Slovenija uspele ne samo normativno nego i stvarno da spreče institucionalni i vaninstitucionalni uticaj ministarstava pravosuđa na sudstvo.³

U svim današnjim tranzicijskim državama sudovi se osnivaju zakonom i postupak pred njima uređuje se zakonom. Preki (vanredni) sudovi su zabranjeni.

3 Up. *Monitoring*, str. 24 i 25.

Da bi se omogućio uticaj sudske vlasti na sticanje i gubitak sudske funkcije, u svim tranzicijskim državama osnovani su i deluju *pravosudni saveti* (ili srodnna tela) kao tela sudske vlasti. Pravosudni saveti, kao institucije sudske vlasti, ne postoje u svim evropskim, a ni u vanevropskim državama. Za stvarno delovanje načela nezavisnosti suda i za uspostavljanje pravne države, postojanje, delovanje i tipične nadležnosti pravosudnih saveta nisu ni pravna ni politička nužnost. Ali, pokazalo se da su oni ustanovljavani u vremenima koja su usledila posle velikih društvenih turbulencija (i u tim vremenima pozitivno uticali na podsticanje nezavisnosti pravosuđa), kao što su Drugi svetski rat (tada su nastali u Francuskoj i Italiji), propast fašističkih autoritarnih režima (Portugal i Španija), te propast komunizma (države istočne, srednje i jugoistočne Evrope). Sudska funkcija je gotovo u svim tranzicijskim državama stalna, uz neke izuzetke za koje se, sa stanovišta međunarodnih standarda, ne smatra da negiraju princip nezavisnosti.

Pravila o izuzeću sudija i o sprečavanju sukoba interesa u gotovo svim tranzicijskim državama doživelu su ozbiljnu reviziju. Ali, jedan od dobrih praktičnih testova samog normativnog utemeljenja prava na nezavisnog sudiju nije doživeo ozbiljnu ni ustavnu ni zakonsku elaboraciju u većini tranzicijskih zemalja: *način određivanja sudije u konkretnoj pravnoj stvari*. A upravo u ovoj tački realizuje se pravo građanina na nezavisnog sudiju.

U teoriji je neretko problematizovano pitanje da li sudska funkcija uopšte predstavlja vršenje državne vlasti, te da li je sud u materijalnom (a ne samo formalnom) smislu organ državne vlasti. Odgovor na ovo pitanje podrazumevao bi temeljnu analizu shvatanja opšteg pojma prava, države i državne vlasti, što bi bio zahvat koji u ovom kontekstu nema mnogo smisla činiti. Iz obaveznosti i dejstava sudske odluke i teorijske mogućnosti da sud kontroliše delatnost drugih grana državne vlasti, izvodi se zaključak da sudska vlast ipak jeste državna vlast. Ali, nema sumnje da se sudska vlast od ostale dve grane državne vlasti razlikuje najviše po tome što je ona isključivo *pravna vlast*, dok su ostale dve grane vlasti ne samo *pravne* već na prvom mestu *političke* vlasti. U državama bez duže demokratske tradicije *politička vlast* se doživljava kao vlast u pravom smislu reči, a *pravna vlast* se poima više kao tehničko rešavanje individualnih sukoba i sporova. Pored toga, iako bi sve grane državne vlasti morale biti ograničene pravom i podvrgnute vlasti prava (kroz ustav i zakone), jedino sudska vlast ostavlja (ili nastoji da ostavi) utisak da je ograničena pravom.

Modus receptiendi

Kako su ideje i formule o sudskoj vlasti i njenoj nezavisnosti recipirane u Srbiji kao državi zakasnele tranzicije? Valja razlikovati tri perioda.

a) *Zrelo doba Miloševićevog autoritarizma.* Ključna pravna i pravosudna obeležja ovog razdoblja mogu se svesti na nekoliko bitnih odlika.

Autoritarnost i arbitrarno tumačenje prava. Zakoni doneti u Srbiji posle Ustava iz 1990. godine, a naročito zakoni donošeni posle 1997. godine, odlikovali su se visokim stepenom pravne autoritarnosti i nesankcionisanim kršenjem važećeg Ustava. Zakoni Srbije donošeni u poslednjoj deceniji XX veka nisu bili prilagođavani standardima savremene pravne civilizacije, niti uporednopravnim iskustvima, a – valja posebno pomenuuti – ni pravnom poretku nastalom u okviru Saveta Evrope i u Evropskoj uniji. Propisi iz ovoga doba su, po pravilu, oskudni, brojne pravne situacije nisu bile uređene, što je davalо mnogo prostora samovoljnem i nepriimenom tumačenju prava od strane izvršne vlasti.

Ideološki karakter pravnog poretka. Rokovi određivani ustavnim zakonima za sprovođenje nekadašnjeg Ustava SRJ iz 1992. godine u nekoliko mahova su bili produžavani, pa novi ili bitno revidirani zakoni koji bi bili u skladu s tim Ustavom nikad nisu ni bili doneti. Na taj način je, protivustavnim mehanizmom, reprodukovana pravni poredak bivše SFRJ, koji je imao odlike jednog politički monističkog pravnog poretka.

Politička uloga pravosuđa. Normativno i stvarno, pravosudni poredak nije bio shvaćen kao samostalna grana državne vlasti, ravnopravna ostalima. Pored toga, zakonske odredbe o pravosuđu neretko su protivrećile Ustavu. Sudije koje su se otvoreno suprotstavile političkim naređenjima protivzakonito su razrešavane. Udruživanje sudija u tranzicijskim državama, kao očita tendencija pravosuđa kraja XX veka u srednjoj, istočnoj i jugoistočnoj Evropi, pripisuje se osvešćivanju sudske profesije posle propasti ideje jedinstva vlasti u komunističkim ideologizovanim državama. U nekim zemljama sudska udruženja su nastala u procesu lustracije sudija i javnih tužilaca, a u drugim su upravo ova udruženja inicirala osnivanje pravosudnih saveta i time, makar formalno, prebacivanje nadležnosti za regrutovanje u sudske profesije sa izvršnih organa (ministarstava pravde) na organe sudske vlasti, kao jedine nepolitičke (pravne) državne vlasti (baltičke države). Društvo sudija Srbije nastalo je kao reakcija na pokušaje zloupotrebe pravosuđa od strane autoritarne vlasti. Društvo je bilo prinuđeno da deluje kao neregistrovana institucija, protivno Ustavu, koji je i tada navodno jemčio slobodu političkog, sindikalnog i drugog organizovanja. Borba Društva sudija za upis u registar završila se pred Vrhovnim sudom Srbije koji je taj upis, u vreme autoritarne vlasti, odbio. Društvo je presudno uticalo na uspostavljanje Visokog saveta pravosuđa u postmiloševičevskoj Srbiji.

Odsustvo pravosudne reakcije na ratne zločine i organizovani kriminal. U ratovima i oružanim sukobima, vođenim na tlu nekadašnje SFRJ od 1991. do 1999, bili su vršeni masovni ratni zločini različitih vrsta. Upr-

vo zato što su involvirane države, a Srbija naročito, odbijale da procesuiraju ratne zločine, međunarodna zajednica je reagovala ustanovljavanjem Međunarodnog tribunala u Hagu. U vreme Miloševićevog režima u Srbiji je bio otpočet samo jedan postupak zbog ratnih zločina pred redovnim sudom i nekoliko fingiranih postupaka pred vojnim sudovima. Organizovani kriminal nije bio predmet sudskega postupka već eventualno samo policijske istrage.

Pljačkaška privatizacija bila je praćena sudskem zaštitom *tajkuna* u odnosu na male akcionare.

b) *Zametanje demokratske vlasti*. Jedno od obećanja demokratske koalicije pre sloma autoritarnog poretka bila je lustracija, a posebno lustracija suda koje su sudevali u političkim suđenjima, u falsifikovanju izborne volje građana, u političkom progona i protivzakonitom zatvaranju političkih protivnika. Ovaj vid suočavanja sa prošlošću, koji je trebalo da omogući pošteno regрутovanje sudskega kadra je ugušen, zajedno sa začecima progona organizovanog kriminala, ubistvom premijera Zorana Đindića.

Među najvažnije konstruktivne aktivnosti u to doba, a u oblasti pravosuđa, trebalo je da spadaju: donošenje novih pravosudnih zakona, promena uloge Vrhovnog suda Srbije i Ustavnog suda Srbije, konstituisanje Visokog saveta pravosuđa, prijem u Savet Evrope i iščekivanje ratifikacije Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama te time i prava građana na obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, donošenje Zakona o saradnji sa Međunarodnim tribunalom u Hagu, donošenje Zakona o odgovornosti za kršenje ljudskih prava (lustraciji), osnivanje institucija poput Saveta za reformu pravosuđa Vlade Republike Srbije i Pravosudnog centra. Ali, kao da je klica nedostojnih političkih pogodbi koja je pratila donošenje ovih zakona ili primenu ovih mera prerasla značaj novog i boljeg. Zakoni su često bili menjani i dopunjavani, odlagana je primena njihovih odredaba kojima se ustanovljavaju novi sudovi, umanjivan je značaj novih tela poput Visokog saveta pravosuđa i Velikog personalnog veća Vrhovnog suda, koje je bilo nadležno za ispitivanje disciplinske odgovornosti suda.

Posle proglašenja vanrednog stanja, uvedenog zbog brutalnog političkog ubistva premijera Đindića, pokazalo se da uspostavljena nezavisnost Vrhovnog suda nije bila institucionalna već personalna. Valja podvući i činjenicu da je Vrhovni sud, u vremenu od početka 2001. do početka 2003. godine, mnogo više pažnje posvećivao emancipaciji od izvršne vlasti, zanemarujući opasnost koja je pretila (i preti) od moćnih pojedinaca i neinstitucionalizovanih društvenih grupa.

c) *Novi srpski legalizam*. Licemerstvo pozivanja na novi “legalizam”, kao izgovor da se ništa ne čini, već je dobro uočeno i objašnjeno u nas:

“Legalizam u postmiloševičevskoj Srbiji predstavlja praktično-političku poziciju koja insistira na neophodnosti poštovanja pravnih normi i procedura. Legalisti su oni koji sebe identifikuju kao branioce prava u jednom političkom kontekstu u kome je pravo ugroženo praksama protivpravnog ponašanja, odnosno kršenjem važećih propisa. Posle ovog sledi važan autolegitimacijski korak: pozicija legalizma samoprepoznaće se u napetosti prema ’drugoj strani’, odnosno prema onim političkim snagama koje ne poštuju pravo... Prepoznavanje druge strane delo je samih legalista... Legalizam nije sadržajno prazna politička pozicija. Ali, ponavljam da njegov identitet nije određen insistiranjem na poštovanju prava. Ovu poziciju ne identificuje pozitivan odnos prema pravu u obliku pravnog kontinuiteta i kritike bezakonja, već pre svega odnos prema ideologiji. Okrenuti prošlosti na način devetnaestovekovnog romantičarskog nacionalizma, legalisti su – verovatno protivno sopstvenim iskrenim intencijama – završili na pozicijama odbrane institucionalnog, pravnog i ideoškog nasleđa Miloševičevog resantimanskog nacionalizma” (N. Dimitrijević, “Srbija kao nedovršena država”, *Reč* br. 69, 15. 03. 2003, prema izvodu, pod naslovom “Kako iz bezdržavlja”, objavljenom u *Republici* br. 314–315, 1–31. 08. 2003, str. 59).

Ovoj oceni valja dodati još i opasku da se ideološki i politički kontinuitet o kojem je reč opaža i u delovima personalne strukture aktuelne vlasti (strane suprotne “legalistima”), što se pripisuje pogodbama koje su neposredno prethodile 5. oktobru ili usledile u vremenu posle njega.

Paradigmatičnu pravosudnu figuru predstavlja je *Zoran Stojković*, ministar pravde u stadijumu novog legalizma. Pod prividom *reforme*, a taj privid su, nažalost, prihvatali i neki predstavnici najznačajnijih evropskih institucija u Srbiji, ceremonijalno, gotovo ritualno on je *promovisao* donošenje tzv. pravosudnih zakona koji nisu bili namenjeni primeni, a nikad ni nisu bili primenjeni. Jedan od njih je bio i Zakon o visokom savetu pravosuđa, od kojeg se mnogo očekivalo a gotovo ništa se nije dobilo. Iako je uspostavljanje Visokog saveta pravosuđa u Srbiji, samo po sebi, bilo važan korak ka emancipaciji pravosuđa od ostalih (političkih) grana državne vlasti, zakonski koncept nije zaslužio visoku ocenu. Najpre, ona ovlašćenja koja bi prema standardima evropskog prava trebalo da budu u nadležnosti pravosudnog saveta, u Srbiji su bila podeљena između Visokog saveta i Velikog personalnog veća Vrhovnog suda.

Nadalje, nadležnosti Visokog saveta bile su uže od onih koje za odgovarajuća tela vezuje Evropska povelja o statutu za sudije. Naime, Savet nije donosio konačne i obavezujuće odluke o izboru, imenovanju, napredovanju ili prestanku dužnosti sudije. U vreme ustanovljavanja Visokog saveta pravosuđa u Srbiji, Ustav iz 1990. godine uopšte nije ni u jednoj odredbi pominjao ovo telo. Tadašnjim Ustavom je bilo propisano da sudi-

je i predsednike sudova bira Narodna skupština. Uslovi i postupak izbora uređeni su Zakonom o sudijama i Zakonom o visokom savetu pravosuđa. Visoki savet pravosuđa bio je nadležan da Narodnoj skupštini predlaže izbor predsednika sudova, sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca i da imenuje sudije porotnike. Sednice Visokog saveta pravosuđa bile su zatvorene za javnost i protiv njegovih odluka nije bio dozvoljen upravni spor. *Zaverenički pristup* koji je inaugurisan tada zadržan je i danas, iako današnji zakon kazuje da je rad ovog pravosudnog tela *javan*.

Pravosuđe u današnjoj Srbiji – Ustavni osnov

Ustav Srbije iz 2006. godine, pored ostalih legitimacijskih deficitata (usvajanje do tada nepoznatog teksta u Skupštini, umesto konstituisanja ustavotvorne skupštine; održavanje političkog i ustavnog kontinuiteta s autoritarnim razdobljem, po cenu neuverljive legitimnosti referenduma, umesto jasnog diskontinuiteta mehanizmom ustavotvorne skupštine), postavio je osnov za odbijanje prihvatanja međunarodnopravno prihvaćenih principa nezavisnosti sudske vlasti i sudija.

Uprkos deklarativnoj zabrani osnivanja privremenih, prekih ili vanrednih sudova, novi Ustav je uzdrmao jedan od osnovnih principa nezavisnosti sudija – stalnost sudske funkcije. Umesto da ova stalnost bude ispitivana u lustracionom postupku, predviđena su zapravo dva izbora sudije. Prvi izbor vrši Skupština, a drugi (koji je zapravo, reizbor) Visoki savet sudstva.

Dalje, pored standardnog ustavnog načela o podeli državnih vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsку (čl. 4 st. 2 Ustava), novi Ustav utvrđuje ravnotežu i uzajamnu kontrolu državnih vlasti (čl. 4. st. 3 Ustava), što bi, da je ostalo samo na ovakvoj formulaciji, impliciralo i ustavnu mogućnost kontrole sudske vlasti od izvršne, mogućnost koja bi bila u oštroj suprotnosti sa svim savremenim principima nezavisnosti i samostalnosti sudske državne vlasti.

Međutim, u istom članu, Ustav deklariše posebnu garantiju nezavisnosti sudske vlasti, verovatno da bi ublažio negativan efekat prethodno ustanovljenog principa uzajamne kontrole tri grane državne vlasti. Uprkos ovakvoj formulaciji, čvrste garantije zaštite domena sudske vlasti od zadiranja ili uplitanja izvršne u ovom Ustavu nema, pa je i na osnovu njega moguće, bez sankcije, zakonom, pa čak i uredbom propisati (na primer) nadležnost upravnog organa za kažnjavanje medija, kao što je to već bilo učinjeno Zakonom o javnom informisanju iz 1998. godine, donetom na osnovu Ustava Srbije iz 1990. godine. Pravo na nezavisno, nepristrasno i pravično suđenje ustanovljeno je u čl. 32 st. 1 Ustava. Izostali su drugi atributi garantije, koji su predviđeni u čl. 6 Evropske konvencije o zašti-

ti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, izostala je odredba o pravu stranke na slučajnog (prirodnog) sudiju. Umesto jednog tela koje bi predstavljalo pravosuđe u celini, i kao profesiju i kao granu državne vlasti, a koje je do donošenja važećeg Ustava bilo oличено u Visokom savetu pravosuđa, ustanovljenom prvi put u Srbiji 2001. godine zakonom, novi Ustav predviđa Visoki savet sudstva (čl. 153) i Državno veće tužilaca (čl. 164). Posledice ovakvog ustavnog uređenja su sledeće:

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

U pogledu sastava Visokog saveta sudstva nije poštovana preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o potrebi ustanovljenja garantije da u pravosudnom savetu budu zastupljene sudske sudova svih vrsta i stepena. Što se tiče izbora, za njega je nadležna Narodna skupština (čl. 153 st. 3), što predstavlja pogoršanje u odnosu na stanje zakonodavstva 2001–2005. godine, jer je sudske/članove Saveta birao Vrhovni sud, a po novom Ustavu to čini Skupština koja je politički organ. Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o načinu izbora ovakvih tela počiva na stanovištu da sudske/članove pravosudnog saveta treba da biraju sudske, a ne poslanici. U uporednom pravu postoje veoma razvijeni mehanizmi sudijskog izbora članova pravosudnog saveta iz reda sudske.

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

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

Najzad, valja ponovo eksplisirati da je apstraktni ustavni položaj sudije novim Ustavom pogoršan u odnosu na ustavni položaj sudije po Ustavu Srbije iz 1990. godine. Ponoviću jedan od već iznetih argumenata i njemu dodati još jedan o kojem u ovom tekstu nije bilo reči. Ustavni položaj sudije pogoršan je u odnosu na dosadašnje stanje, najpre zato što se odstupilo od bezizuzetnog pravila o stalnosti sudijske funkcije.

Potom, za razliku od Ustava iz 1990. godine, novi Ustav ne sadrži razloge za razrešenje, što daje zakonodavcu široku marginu za samovoljno određivanje razloga i za njihovo olako menjanje – od prilike do prilike, od promene vlade do promene ministra pravosuđa, od jedne politike do druge politike. Empirijski dokaz za političko uplitane u pravosuđe je već sam Zakon za sprovođenje Ustava, koji predviđa neustavni prestanak sudijske funkcije putem novih izbora za “nove” sudove.

Da ne bude nikakve zabune: autorka ovog teksta je pristalica a ne protivnica lustracije – i u političkom i u pravnom pogledu. Bila je, štaviše, i članica Komisije za lustraciju. Ali, ako je u pitanju pokušaj lustracije putem Zakona za sprovođenje Ustava naopakim putem, kroz sistem protivustavnog ponovnog izbora već izabranih sudija, onda se ustavotvorci i autorka bitno razlikuju. Lustracija je legitimna mera koja će sprečiti lice koje je u vreme autoritarne vlasti kršilo ljudska prava da ponovo uživa javno poverenje tako što bi bilo imenovano na javnu funkciju. Sudije koje su kršile ljudska prava i u vreme Miloševićeve autoritarne vlasti, ne bi smeće dalje vršiti sudijsku funkciju, ali ne zbog Zakona za sprovođenje ustava već zbog Zakona o odgovornosti za kršenje ljudskih prava (lustracija). Oba važe u pravnom poretku Srbije, samo što ovaj o odgovornosti za kršenje ljudskih prava nikad nije primjenjen.

Ako se država i dalje od strane naših političara bude doživljavala kao plen, a ne kao odgovornost, sudska lustracija je jasna: nje neće biti, ali politička odmazda prema sudstvu i sudijama, sasvim izvesno, neće izostati. A u odnosu na sudije koje “prežive” Zakon za sprovođenje Ustava nikakva ustavna garantija nezavisnosti neće biti dovoljno čvrsta, jer bez

jasnog proceduralnog mehanizma zaštite svaka takva “garantija” ostaje samo obična proklamacija, ako ne i puka dekoracija.

Visoki savet sudstva i njegova uloga u reizboru sudsija 2009. godine

a) Normativni portret

Visoki savet sudstva ustanovljen je Ustavom Srbije iz 2006. godine (čl. 153). Sastoji se od ukupno 11 članova: tri po položaju (predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravde i predsednik Odbora za pravosuđe Narodne skupštine) i osam izbornih članova.

Među izbornim članovima 6 su sudsije, jedan advokat i jedan profesor pravnog fakulteta (čl. 153 ustava i čl. 5 Zakona o Visokom savetu sudstva). Izborne članove bira Narodna skupština, dok su tri člana po položaju određena neposredno Ustavom i Zakonom. *Visoki savet je čvrsto telo, koje je kao kolektiv (kolegijum) nesmenljivo*. Pojedinačni članovi su smenjivi, ali teško. Članovima po položaju mandat u Visokom savetu prestaje kad izgube položaj na osnovu kojeg su članovi (na primer, kad predsednik Vrhovnog kasacionog suda bude razrešen te funkcije, ili kad ministru pravde ili Vladi u celosti bude izglasano nepoverenje, kad predsednik Odbora za pravosuđe bude razrešen ili zbog drugih razloga izgubi to svojstvo; čl. 39 st. 1 Zakona o visokom savetu sudstva). Izbornim članovima prestaje svojstvo: istekom mandata, gubitkom radne sposobnosti, ostavkom, prestankom svojstva na osnovu kojeg su birani i razrešenjem (čl. 39 st. 2–4). Iako Skupština bira izborne članove, ona ne može da ih razreši. Sve ostaje u krugu *familije*: odluku o razrešenju donosi sam Visoki savet na inicijativu člana Visokog saveta, eventualno i predsednika suda iz čijeg sastava je biran član saveta – sudsija (a, ti sudovi više ne postoje, jer su Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava i Zakonom o sudovima svi sudovi proglašeni novim), odnosno advokatske komore ili sednice dekana pravnih fakulteta u Srbiji, kad se radi o članu–advokatu i članu–profesoru (čl. 42–46 Zakona o Visokom savetu sudstva). Dakle, i onda kad Visoki savet očigledno nesavesno postupa, i onda kada odlučuje u nepotpunom sastavu, i onda kada očigledno pristrasno postupa, čak i onda kada ima indicija da radi pod političkim pritiskom (a sve je ovo pokazao prilikom reizbora sudsija od 16. decembra 2009. godine), Narodna skupština ne može da ga smeni, raspusti, niti razreši *kao telo*. Bar dva člana po položaju mogu “pasti” uglavnom ako se vlast promeni, a ostali samo onda kad Visoki savet sudstva tako odluči.

b) Personalni portret

Članovi sadašnjeg Visokog saveta sudstva su: Nata Mesarović, po položaju, predsednica Vrhovnog kasacionog suda i predsednica Saveta,

Snežana Malović, po položaju, ministarka pravde u Vladi Republike Srbije, Boško Ristić, po položaju, predsednik Odbora za pravosuđe Narodne skupštine, Jelena Borovac, izborni član, sudija Vrhovnog suda Srbije, Mladen Nikolić, izborni član, sudija Trgovinskog suda u Beogradu, Vučko Mirčić, izborni član, sudija Okružnog suda u Beogradu, Đurđina Bjelobaba, izborni član, sudija Okružnog suda u Novom Sadu, Biljana Tošović, izborni član, sudija Opštinskog suda u Kruševcu i Dejan Ćirić, izborni član, advokat iz Niša. Jedan član, profesor pravnog fakulteta nikad nije izabran, jer je Skupština opstruisala izbor.

Ovde je reč o prvom sastavu Visokog saveta, izabranom po posebnoj (vanrednoj) proceduri prelaznih i završnih odredaba Zakona o Visokom savetu sudstva sa zadatkom da izvrši reizbor sudija koje je već ranije izabrala Narodna skupština. Sam prvi saziv ovog tela je *zakonski* sporan.

Prvo zato što njegove članove–sudije predlaže raniji Visoki savet pravosuđa, a ne same sudije. Drugo, zato što je tim članovima–sudijama garantovano da, kad obave svoj posao, postaju sudije suda koji je viši od onog u kojem su bili kad su birani u Savet, što je odredba visoko koruptivnog karaktera. Povodom konkretnog personalnog sastava valja zapaziti da je jedan od članova–sudija vodio jedan izvršni postupak neopravdano dugo, zbog čega je Srbija pred Evropskim sudom za ljudska prava bila osuđena za povredu prava stranaka na pravično i nepristrasno suđenje u razumnom roku, dok je još jedan član–sudija vodio postupak tako što je povredio pretpostavku nevinosti okrivljenog, zbog čega je opet Srbija bila osuđena pred Evropskim sudom zbog kršenja ljudskih prava. Vredi se stalno pitati: da li odista u Srbiji nema šest sudija zbog čijih odluka protiv države u kojoj sude *nije* bila doneta odluka visokog evropskog sudskog tela.

c) *Način rada*

Rad Visokog saveta sudstva po ustavu i Zakonu o Visokom savetu sudstva (dalje: VSS) mora biti javan. Zadatak ovog tela bio je da, primenom kriterijuma koji se kratko mogu opisati kao stručnost, sposobljenost i dostoјnost, utvrde koje sudije su najbolji među prijavljenim kandidatima, u javnom postupku u kojem bi kandidatima bila pružena mogućnost da se izjasne o spornim pitanjima ispunjenja kriterijuma i da taj posao okončaju tako što će svakom kandidatu, bio on izabran ili ne, dostaviti obrazloženu odluku.

Umesto svega ovoga može se dokazati da je rad saveta bio *tajan*, da se nije vodila debata o ispunjenju kriterijuma za svakog kandidata ponosa, već su se iznosili spiskovi kandidata za koje se iz zapisnika ne može zaključiti odakle potiču i da je za sve sudije koji nisu izabrani dato istovetno obrazloženje koje ne sadrži nikakve razloge, a naročito ne konkretne zbog kojih kandidati nisu izabrani.

d) Tajnost

Uprkos izričnoj zakonskoj odredbi, rad prvog saziva VSS proglašen je tajnom. Tek na osnovu rešenja Poverenika za informacije od javnog značaja VSS je Društvu sudsija Srbije dostavio odluku kojom se rad VSS proglašava tajnim. Akt o proglašenju tajnosti nosi oznaku *Visoki savet sudstva broj 021–02–17/2009–01 od 28. X 2009. godine*, a potpisani je od Nata Mesarović, predsednice Visokog saveta sudstva i overen pečatom. Ne samo da su tok rasprave i odluke zahvaćeni tajnošću, već su svi članovi VSS, kao i administrativno osoblje, obavezani da svojim potpisom potvrde dužnost čuvanja tajne. Akt je dostupan na sajtu Društva sudsija Srbije.

Nadležni organ – Poverenik za informacije od javnog značaja, međutim, protumačio je Zakon onako kako glasi: rad VSS je javan i naložio je Savetu da obelodani svoju odluku o proglašenju tajnim onoga što je moralo biti javno.

Isto to Poverenik je učinio i povodom uskraćivanja zapisnika o toku rasprave i o odlučivanju VSS – naložio je da se dostave Društву sudsija. Nisu dostavljeni svi, a oni koji su dostavljeni nalaze se na sajtu Društva sudsija Srbije.

e) Primena kriterijuma za ocenu stručnosti, sposobljenosti i dostojevnosti

(1) Kad je u pitanju *stručnost* (pored uobičajenih podataka o dužini studiranja, prosečnoj oceni, uspehu na pravosudnom ispitu, kasnjem usavršavanju, objavljenim stručnim radovima) neophodno je, najpre, predočiti objektivan *podatak o broju ukinutih ili preinačenih odluka*, ali ne samo o broju nego i o pitanju na kojem naročito insistira Venecijanska komisija: “Iz toga da su (odluke) bile ukidane često ne sledi zaključak da sudija nije delao na stručan i profesionalan način. Razumno je (zaključiti) da se stručnost sudije koji ima prekomeren broj ukinutih presuda može dovesti u pitanje. Ipak, bilo koja konačna odluka trebalo bi da bude doneta na osnovu prave procene predmeta koji su u pitanju, a ne na osnovu prostog brojanja predmeta u kojima je došlo do ukidanja. Pored ovoga, mora se načiniti razlika između odluka koje su zasnovane na očiglednoj grešci, koju bi svaki pravnik razumne stručnosti morao izbeći i odluka u kojima je sadržan dobro obrazložen zaključak, a odluka je ipak bila ukinuta od strane višeg suda”.

Ovaj posao, koji je bio dužnost Visokog saveta sudstva, taj savet nije obavio, a morao je. Ili, ako ga je obavio to dobro krije, jer je izbegao da javnost upozna s rezultatima ocene stručnosti izabranih i neizabranih kandidata.

(2) Kad je u pitanju *osposobljenost* (koja se u percepciji Visokog saveta manje-više svodi na efikasnost), pored svakog imena i prezimena

treba da stoji ne samo podatak o broju okončanih predmeta i o odnosu tog broja prema orijentacionoj normi, već i rezultat kriterijuma na kojem, opet, insistira Venecijanska komisija: "Poštujući pravila o opterećenju sudsije, kada je on/ona okončao manji broj slučajeva od onog koji zahteva orijentaciona norma ili kada su krivični predmeti zastareli zbog isteka rokova za koje je odgovoran sudsija, postoje pitanja koja treba ispitati. Važno je, još jednom, da se ocene aktuelni predmeti. Ne može se isključiti mogućnost da je jednom sudsiji dodeljeno u rad više teških predmeta nego drugom, zbog čega se njegov rezultat rada pojavljuje kao slabiji od njegovih kolega".

Ni ovaj posao, koji je bio dužnost Visokog saveta sudsstva, taj savet nije obavio, a morao je.

(3) Kad je u pitanju *dostojnost*, pojam koji su oni koji su istupali u ime Visokog saveta u javnosti (a to su članovi po položaju, tj. koliko sam mogla da utvrdim – nijedan od izbornih članova ovog tela) morali da objasne, naročito za sudsije koje nisu izabrane – na koji način i kojim dokazom o protivnom je oborio zakonsku presumpciju dostojnosti utvrđenu Kriterijumima i merilima za izbor sudsija. Dakle, nismo saznali šta Savet podrazumeva pod dostojnošću za vršenje sudske dužnosti, još manje smo saznali koji dokazi su pribavljeni i izvedeni da bi se pretpostavka dostojnosti obaraala. U javnosti je pominjan samo lični list sudsije, kao izvor podataka, ne samo o navedenim uslovima za sudsiku dužnost, nego i o dostojnosti. Da li je dostojnost ispitivana i pribavljanjem nekih drugih podataka o ličnosti izabranih i neizabranih sudsija (od koga i kojih), vreme je da saznamo, kad već Visoki savet nije spreman da nam ih saopšti. Da li je kao dokaz upotrebljena prazna priča (rekla-kazala), eventualno podatak o krivičnoj istrazi, policijski izveštaj ili mišljenje neke bezbednosne službe, mišljenje političara ili eventualno političkih stranaka ili još ponešto?

Kratko rečeno, budući da građani Srbije ništa od ovih nužnih uslova koji bi predstavljali obrazloženje odluke o izboru sudsija ne znaju, morali bi sami da otpočnu da tragaju. Tim povodom treba podvući da su mediji obavili posao koji je trebalo da obavi Društvo sudsija.

f) Kako je vođen postupak

Najpre o primeni kriterijuma. Kriterijume je doneo VSS. O njihovoj usaglašenosti s evropskim standardima bilo je dosta govora. Venecijanska komisija je povodom samih kriterijuma, imala krajnje obazriv pristup: "Zabrinutost Venecijanske komisije da postojeće sudsije koje nisu odgovorne za bilo kakvu grešku mogu ostati neizabrane, delimično se tiče Nacrta kriterijuma o sudsijama. Odredbe paragrafa 9 određuju pretpostavku (presumpciju) da već izabrane sudsije koje se prijavljuju (na konkurs) za sudove iste vrste ili istog stepena, budući da su već sudsije, ispunjavaju

kriterijume i standarde navedene u Nacrtu kriterijuma o sudijama. Međutim, Nacrt takođe predviđa izuzetke od ove prepostavke (presumpcije), ako postoje razlozi da se sumnja u nju, zbog toga što je sudija pokazao nedostatak stručnosti, osposobljenosti ili dostoјnosti za vršenje sudske funkcije (paragraf 9/2)". Da su navodno u svakom pojedinačnom slučaju primjenjeni kriterijumi stručnosti, dostoјnosti i osposobljenosti, čuli smo često od članova Visokog saveta sudstva koji su istupali u javnosti. Ali rezultati rada Saveta govore suprotno:

- izabran je jedan umrli sudija;
- dvoje sudija se našlo na po dva sudska mesta – jedan u Osnovnom судu u Zrenjaninu i u Osnovnom судu u Kikindi, a drugi u osnovnim sudovima u Prijepolju i Novom Sadu;
- jedna osoba istovremeno je izabrana i za sudiju i za zamenika tužioca (da li je bilo nužne koordinacije između Visokog saveta i Državnog veća – ovaj primer pokazuje da nije);
- u odnosu na dva člana Visokog saveta (to je trenutni podatak) postoje sukobi interesa, jer je jedan član sudelovao u izboru i unapređenju svog sina, a drugi u izboru svoje supruge. Pojavila su se za pravnike neprihvatljiva objašnjenja ovih činova: izjavljeno je da ima dosta primera da se deca sudija biraju za sudije; teško je poverovati da pravnik, a naročito sudija ne uviđa razliku između situacije kada srodnika nekog sudije bira Narodna skupština i situacije kada tog srodnika bira telo (Visoki savet) kojim srodnik predsedava ili je njegov član.

O postupku. Neophodno je utvrditi da li je Savet bio svestan da u postupku izbora sudija ima položaj *tribunala*, u smislu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Izraz "tribunal ustanovljen zakonom" označava telo koje ima sudsку funkciju, podobno da donese obavezujuću odluku (*Bentham v. Netherlands*, 1985). Ovlašćenje da se daju preporuke ili saveti nije dovoljno da se određeno telo smatra "tribunalom ustanovljenim zakonom" (*Van de Hurk v. Netherlands*, 1994). Tribunal koji se označava kao "administrativni" može da se smatra tribunalom u smislu čl. 6 Konvencije, ako je nezavisan i nepristrasan (*Campbell and Fell v. UK*, 1984). "Nezavisnost" znači nezavisnost od izvršne vlasti, političkih stranaka i parlamenta, a relevantni faktori jesu: (a) način imenovanja; (b) sloboda od eksternog pristupa i (c) pojavi oblik nezavisnosti.

Imenovanje profesionalnih sudija nije jedini način obezbeđenja nezavisnosti, naime činjenica da se jedno profesionalno disciplinarno telo sastoji od pripadnika profesije ne znači sama po sebi ispunjenje zahteva nezavisnosti (*H. v. Belgium*, 1987), ali je obično moćan dokaz nezavisnosti: prisustvo sudija koje čine polovinu članstva, uključujući i predsedavajućeg

s pravom glasa, obezbeđuje nezavisnost (*Le Compte, Van leuven and De Meyere v. Belgium*, 1981).

Primeri tela za koje je ES prihvatio da imaju svojstvo “nezavisnog i nepristrasnog tribunalala osnovanog zakonom”:

Demicoli v. Malta: Demicoli je bio osuđen od strane predstavnicičkog doma parlamenta zato što je objavio članak u satiričnoj reviji, u kojem su kritikovani neki članovi parlamenta. Postavilo se pitanje da li se predstavnicički dom parlamenta može smatrati kao telo koje potпадa pod pojam “nepristrasnog i nezavisnog tribunalala ustanovljenog zakonom”, pa je ES stao na stanovište da je čl. 6 EK povređen, prihvativši tezu da predstavnicički dom ima svojstvo tribunalala u konkretnom slučaju.

Van der Hurk v. Netherlands: Postavilo se pitanje da li se Tribunal za industrijske žalbe može smatrati telom iz čl. 6 st. 1, što je ES potvrdio.

Na osnovu ove prakse, Visoki savet sudstva bi se morao smatrati telom koje bi potpadalo pod pojam “nezavisnog i nepristrasnog tribunalala osnovanog zakonom”, zato što je osnovan Ustavom, a bliže regulisan zakonom; zato što su njegove odluke obavezujuće, zato što je zamišljen i zakonom i Ustavom ustanovljen kao nezavisno telo i zato što u njegovom sastavu većinu čine profesionalne sudije. A kad je takvo telo, Visoki savet mora da odlučuje na osnovu javne i usmene rasprave, dajući mogućnost licu o čijem pravu odlučuje da u postupku sude luje. Na to telo imaju se primeniti sva pravila o izuzeću koja inače važe u sudskom postupku. Ali, naš VSS nije bio ni nezavisan ni nepristrasan, a naročito ne javan.

Visoki savet mora da odgovori na pitanje zbog čega nije neposredno primenio ustavnu normu iz čl. 32, koja utvrđuje pravo svakog (dakle, i sudije) – da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega. Reč je, naime, o ustavnoj normi koja uređuje jedno ljudsko pravo i kao takva ona je neposredno primenljiva norma.

Da li je Visoki savet bio svestan da svoje odluke mora pismeno izraditi i pojedinačno dostaviti – ne samo sudijama koje nisu izabrane (ali naročito njima, radi poštovanja ustavnog prava na pravni lek), nego i ostatim, izabranim sudijama. Šta o tome kažu članovi Saveta? Nažalost, šalju protivrečne poruke: “Svako od sudija će dobiti pojedinačno rešenje protiv kojeg se može podneti ustavna žalba” (Snežana Malović, ministarka pravde i članica VSS). Predsednica Visokog saveta sudstva, međutim, kaže da je to telo spremno da “prihvati javni razgovor” sa kandidatima koji smatraju da izbor nije izvršen objektivno i da ga mogu osporiti. Komentarišući zašto za sudiju nije izabrana jedna kandidatkinja, predsednica Saveza je rekla da kandidatkinja “dobro zna, kao i svaki drugi sudija, pošto

su kriterijumi za izbor objavljeni, gde se može naći po svojim rezultatima rada". Iz čega sledi da, naprotiv, mi građani Srbije, radi čijeg boljitka se reforme vrše, o tome ne treba ništa da znamo.

Da li su, osim javno objavljenih kriterijuma, primenjivani i neki drugi? Da li je među neobjavljenim uslovima za postavljenje sudskega bio i taj da supružnik kandidata ne sme biti advokat? Čak i da se smatra prihvativim, u primeni ovakvog kriterijuma postoje bar dva problema: uslov nije unapred saopšten, nego je saznat tek pošto je konkurs okončan; ako je prihvativivo i opravdano uskratiti sudijski položaj u Srbiji onome kome je suprug/advokat, isto tako, ako ne i više, to je opravdano, ako između samih sudskega postoji odnos roditeljstva ili ako su sudske u braku.

Da li je ovaj neobjavljen uslov diskriminatorski – jeste, to nije teško dokazati ni na osnovu čl. 53 Ustava Srbije, ni na osnovu čl. 14 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EK). Pri tom, valja skrenuti pažnju na raspodelu tereta dokazivanja iz jednog novijeg slučaja prakse Evropskog suda za ljudska prava (ES): U slučaju *Nachova v. Bulgaria* ES je našao da u slučajevima diskriminacije *može biti odgovarajuće* da teret dokazivanja opravdanosti tretmana padne na protivnika podnosioca pritužbe. Konkretno, Sud je našao da se prilikom ispitivanja čl. 14, kada nisu bila poštovana pravila utvrđivanja činjenica, teret dokazivanja prebacuje na državu koja mora da podnese dodatne dokaze ili uverljivo objašnjenje da je tretman lica u pitanju bio razuman i opravdan okolnostima. Povreda koncepta "privatni život" i "porodični život" (čl. 8 Konvencije) neretko je u praksi ES bila razmatrana zajedno sa povredom čl. 14 Konvencije. ES do danas nije dao iscrpnu definiciju pojma "privatni život", ali je jasno da to uključuje moralni i fizički integritet, identitet ličnosti, lične informacije, seksualnost i seksualno opredeljenje i *privatnu sfjeru*. Ispitivanjem bračnog statusa kandidata Visoki savet je doveo u pitanje ljudsko pravo na privatnost iz čl. 42 st. 3 Ustava, koji zabranjuje i obavezuje na kažnjavanje "upotrebu podataka o ličnosti izvan svrhe za koju je podatak prikupljen, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije i to na način određen zakonom".

Ako se dokaže da je Visoki savet koristio lične podatke o sudskega, koji nisu pribavljeni radi vođenja krivičnog postupka protiv njih i koji nisu pribavljeni radi zaštite bezbednosti Srbije, i ako je te podatke koristio izvan svrhe za koju su podaci prikupljeni, može se dogoditi da članovi Saveta jednom budu izloženi krivičnom gonjenju.

g) Rezultati

Na listi izabranih kandidata nalaze se imena sudskega koje su dokazano sudelovale u postupcima:

- koji su se završili onim što se u žargonu naziva *izborna krađa*;
- *neosnovanog pritvaranja političkih protivnika*, u najvećoj meri režima S. Miloševića, ali i kasnijih vlada;
- u kojima su ponovno izabrane sudske i sudije *izbegavale donošenje odluka ili pod neobičnim okolnostima oslobađali okrivljene u krivičnim stvarima protiv pripadnika bezbednosnih službi* (“Ibarska magistrala”, sklanjanje dosjeda BIA);
- koji su *primenjivali vanpravne kriterijume, a najčešće političke*, pogodujući tako određenim i jasno prepoznatljivim političkim strankama (kao što je slučaj sa sporom povodom Magistrata u kojem se nalazi sedište Srpske radikalne stranke ili sa sporom povodom iseljenja porodice Barbalić, ili sa sporovima profesora Univerziteta u Beogradu, od kojih je samo jedan rešen pre sene autoritarne vlasti, a svi ostali tek posle toga);
- ili, pak, bili u dokazanom *sukobu interesa*.

Ovo su fragmenti. Mora se saznati istina, cela istina i ništa drugo osim istine o onim sudijama koje danas imamo, a koje je izabrao Visoki savet sudstva.

Šta ubuduće?

Ono što se desilo u Srbiji krajem 2009. godine nije bilo reforma pravosuđa već potraga za politički poslušnim sudijama.

Izjavila su se očekivanja da će VSS poboljšati principe i procedure regrutovanja sudija. U teoriji navođene prednosti ovog načina izbora, na primer, da će ovaj način (a) doprineti profesionalizmu, jer je prepostavka da sudije ili specijalizovana sudska tela najbolje stišu uvid u stručne kvalitete kandidata, (b) podstaci stvarno *generisanje sudskega kadra iz same sudske vlasti* te time poboljšati ravnopravnost sudske vlasti u odnosu na druge grane državne vlasti i (c) eliminisati ili svesti na razumno meru uticaj izvršne vlasti na sudove – nisu se ispunila. Ono što se i inače isticalo kao nedostatak ovog sistema: (a) zadržavanje kandidata u zatvorenom sudijskom krugu i pogodovanje familijarnosti; (b) nepostojanje parlamentarne kontrole i uskraćivanje kontrole javnosti, što dovodi do cehovskog pristupa i (c) ograničena kontrolabilnost kriterijuma za izbor – u ovom reizboru ispoljilo se u punoj meri.

Ishodi izbora sudija u Srbiji 2009. godine svedoče o omnipotentnosti izvršne vlasti koja je potpomognuta karikiranim parlamentarizmom, što je rezultat dokazane političke moći i uticaja neinstitucionalizovanih društvenih grupa koje spadaju u sivu zonu države i čine četvrtu državnu vlast. Zato se VSS ponašao kao preki sud, jer je odlučivao u potpuno tajnoj proceduri. Svi podaci koji su bili korišćeni prilikom donošenja odluka

proglašeni su službenom tajnom, čuli smo i informaciju da je svaki član Visokog saveta sudstva potpisao izjavu da neće odati nijedan podatak do kojeg je došao i da pristaje da prema njemu budu primenjene određene bezbednosne mere. Time se ozbiljno zakoračilo van ustavnih okvira, što otvara pitanje da li je u Srbiji s ovakvim ustavnim okvirom uopšte moguće izvesti sudske reforme koja bi uživala poverenje građana.

“Ustavna tehnologija” zamene sudijskog kadra u Srbiji i bivšoj Jugoslaviji, ako se posmatra od šezdesetih godina do danas, uvek je bila ista. Sastojala se, najkraće rečeno, u sledećem: doneće se novi ustav, tim novim ustavom se otvoreno ili malo manje otvoreno proglaše novim svi sudovi koji će posle donošenja tog novog ustava raditi, pa se onda, pošto su sudovi proglašeni novim, za te sudove biraju nove sudije. Od tih novih sudija se od šezdesetih godina naovamo, bez nekih velikih razlika, očekuje da budu lojalni političkoj vlasti koja ih bira. Tako je bilo i s Ustavom iz 1990. godine i tako je isto sada s Ustavom Srbije iz 2006. godine. (Posle Drugog svetskog rata, u eri tzv. administrativnog socijalizma, zamena sudija bila je otvoreno ideološka i nije imala ni privid pravne forme.)

I u današnje vreme, već u samom Ustavu iz 2006. godine, a još više u Ustavnom zakonu za sprovođenje Ustava, manje ili više je jasna namera ustavotvorca da proglaši sudove novim i da onda za te nove sudove bira nov sudijski kadar. Takva namera je bila rezultat poimanja novog legalizma na način koji je objašnjen, a formalni okvir je uspostavljen za vreme Vlade Vojislava Koštunice. Moglo se odmah po donošenju novog Ustava zaključiti da postoji namera da se svi sudovi proglaše novim. Tada je bila održana jedna vanredna sednica Skupštine Društva sudija Srbije. Većina prisutnih nije verovala da će se “ustavna tehnologija” ponovo primeniti. A šta čini sadašnja vlast? Ona predlaže, između ostalih, i Zakon o sudijama u kojem se jasno pokazuje da se tim i drugim zakonima zapravo svi sudovi proglašavaju novim i upravo zato nove sudije. Sadašnja vlast, dakle, kao i svaka ranija, iskoristila je sve što je imala u rukama da bi obezbedila sebi lojalni sudijski kadar.

U javnosti nikad nije ni otpočela ozbiljna debata o tome kakvo pravosuđe Srbija ima i da li ono može zadovoljiti elementarnu zaštitu građana. Drugo pitanje jeste da li se pravosuđe u Srbiji može promeniti na zadovoljavajući način unutar postojećih ustavnih okvira ili se, pak, iz tih ustavnih okvira mora izaći. Promena pravosuđa van ustavnih okvira u teoriji i u praksi kritikuje se kao odstupanje od principa pravne države. Iako držim do pravne države, moram na ovo pitanje, koje ču ponoviti, da odgovorim negativno. Dakle, da li se pravosuđe u Srbiji može promeniti u okviru postojećih ustavnih okvira? Moj odgovor na ovo pitanje glasi: ne, ne može.

Prvi razlog zbog kojeg verujem da je pravosuđe nemoguće promeniti u okviru postojećeg ustavnog okruženja jeste taj što je sam ustavni

okvir nelegitiman, ima i elemenata koji ga možda čine i nelegalnim a ne samo nelegitimnim, zbog mnogo indicija da se na referendumu nije postigla većina koja je potrebna za donošenje novog Ustava.

Drugi razlog je u tome što Ustav iz 2006. godine nastavlja kontinuitet s ustavnim, političkim i pravnim poretkom jednog autoritarnog razdoblja, a sada se pledira za stvaranje nezavisnog pravosuđa, koje ne može da potekne iz takvog jednog miljea. Sledeći razlog zbog kojeg tvrdim da to nije moguće leži u činjenici da jedan ne tako mali broj sudija nije čak uspeo ni da ostavi utisak nezavisnosti i nepristrasnosti, a da se i ne govori o stvarnoj nezavisnosti i nepristrasnosti. Tu već prestaje priča o pravnoj državi, jer se pravna država ne može graditi tehnikama ili mehanizmima koji se razvijaju u okviru nelegitimnog ustavnog okvira. Ali, kada se tako nešto kaže, onda uvek slede prebacivanja da se zagovara revolucionarna zakonitost koja je suprotna pravnoj državi. Međutim, ne sme se zaboraviti da između pravne države i revolucionarne zakonitosti postoji *tranzicija pravda*. A tranziciona pravda upravo i služi tome da se premosti stanje između pravno neuređene i konfuzne države kakva je naša, do vladavine prava u toj državi.

Ne može vladavina prava da nastane sama iz sebe, a pogotovo ne može da nastane iz nelegitimnih ustavnih okvira, i ne mogu da je štite ljudi koji u svojoj profesiji nijednog trenutka nisu bili ozbiljno podvrgnuti ispitivanju svoje profesionalne odgovornosti i odgovornosti za kršenje ljudskih prava.

Kad izostane most prema pravnoj državi, kada se proigra šansa da se u javnom i verodostojnom postupku, od verodostojnih ljudi izabere novi sudski kor, ono što se dobije ostaje samo grupa *izvršilaca* jedne sve više operetske, *brendirane*, pa i fingirane države.

Vesna Rakic-Vodinic

ANATOMY OF DESTRUCTING THE THIRD STATE POWER IN SERBIA

Summary

Firstly, the author examines how the ideas and formulas of judicial powers and their independence were adopted in Serbia, a country of delayed transition. As the key legal and judicial features of Milosevic's authoritarianism the author enumerates the following: authoritarianism and the arbitrary interpretation of law, the ideological feature of the legal order, the political role of the judiciary, the absence of a judicial reaction to war crimes and organised crime and fraudulent privatisation. The attempts at judicial reform after October 2000 (conception

of democratic power and new legalism) were also analysed. The central focus of the article is the judiciary in contemporary Serbia, especially after the recent judicial reform. The role of the High Judicial Council, the State Prosecutor's Council, the Ministry of Justice, the Constitutional Court of Serbia in the general election of judges at the end of 2009 is also examined in detail. The author demonstrates how the election was organised illegitimately, unconstitutionally and against the European standards, according to suspicious criteria and the influence of politics. When the bridge to a *Rechtsstaat* is not built, when the opportunity to choose a new judicial core in a public and legitimate procedure is squandered, one is left with a group of executors of a fictitious state.

Key words: independent judiciary, authoritarianism, arbitrary interpretation of law, ideological feature of the legal order, judicial reform, new legalism, general election of judges in Serbia, politicisation of the judiciary, fictitious state



Mladen Srbinović – *Majstor mozaika*, 1977.