

Др Танасије Маринковић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О УСТАВНОСТИ ОПШТЕГ РЕИЗБОРА СУДИЈА

Закон о судијама од 22. децембра 2008. године предвидео је општи реизбор судија у Републици Србији, конкретизујући у том погледу Уставни закон за спровођење Устава од 10. новембра 2006. године. Полазећи од начела сталности судијске функције и од начела забране ретроактивности, а инсистирајући, пре свега, на правном континуитету између устава Републике Србије од 1990. и од 2006. године, аутор указује на неуставност одговарајућих одредаба, како Закона о судијама, тако и Уставног закона за спровођење Устава.

Кључне речи: *Правна држава. – Јемства судијске независности. – Начело сталности судијске функције. – Начело забране ретроактивности.*

Разлика између полицијске и правне државе огледа се у томе што у првој државна власт може на дискрециони начин да примењује на сопствене поданике било које мере које сматра пожељним, док се у другој она, с циљем обезбеђивања правне сигурности својих грађана, сама потчињава одговарајућем правном режиму. Тај режим се састоји у томе што правна држава своје поступке ограничава како материјалним нормама које јемче права грађана, тако и процесним нормама које могу бити активирани за случај да материјално право не буде поштовано.¹

Ово деветнаестовековно правило правне државе – *ibi ius, ubi remedium*, које се од друге половине XX века, нарочито када је реч о људским правима, враћа својим римским кореним и преображава у – *ibi remedium, ubi ius*,² не би имало много смисла када судије, које су

¹ Више о разлици између полицијске и правне државе вид. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Paris 2004 (репринт дела из 1920. и 1922), 488–490; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris 1999, 14–22.

² V. Rakić-Vodinelić, „Sudska zaštita prava čoveka“, *Prava i slobode – Međunarodni i jugoslovenski standardi* (ur. V. Dimitrijević, M. Paunović) Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1995, 113.

задужене да пружају *remedium*, не би уживале јемства своје супстанцијалне и персоналне независности. У том погледу, начело сталности судијске функције јавља се као једно од најенергичнијих средстава заштите личне независности судија – оног вида њихове независности који посредно пружа услове за непристрасно изрицање правде, јемчећи личност самих судија и њихов статус. Наиме, „само онда када је судија сигуран да га не могу постићи, односно његовога положаја, никакве неприлике за случај да се његова одлука не буде допала управној власти или јавном мњењу, можемо имати вере у његову непристрасност“,³ говорио је Ж. Периф.

Високо вредновање сталности судијске функције потврђује се и тиме што је то једина гаранција личне независности судија, поред јемстава њиховог задовољавајућег материјалног положаја, о чијем значају и начину уређења постоји апсолутна сагласност, како у правној теорији, тако и у пракси правних држава. О осталим питањима личне независности судија, као што су обим судијског имунитета, начело непокретности судија и услови и поступак њиховог напредовања, а нарочито начин избора судија и основ и процедура престанка судијског звања, срећу се различита уставна и законска решења, а и препоруке теоретичара нису јединствене.

Начело сталности судијске функције, међутим, од првих модерних револуција ужива неприкосновену заштиту. Тако је енглески Закон о наслеђу престола од 1701. године, реагујући на незаштићеност и нестабилност судијске функције под Стјуартима, предвидео да се судије именују доживотно (*quam diu se bene gesserint*), да се њихове зараде морају прецизно уредити, а да је разрешење судије могуће једино на основу адресе оба дома Парламента.⁴ Члан 3 Устава САД од 1787. године, такође, наводи, као једина јемства судијске независности, да ће судије Врховног суда и нижих судова, вршити своју дужност докле год се добро држе (*during good behavior*) и да ће за своју службу примати награду, која не може бити смањена за време док су у служби. Коментатори америчког устава примећују да се управо тим механизмима – одсуством реизборности и материјалном заштитом – обезбеђује непристрасан рад федералних судија, упркос чињеници да они долазе на ту функцију по строго политичким критеријумима – именовањем које врши председник, уз претходну сагласност Сената, горњег дома Конгреса.⁵ Коначно, поменимо и Фран-

³ Ж. Периф, *О судијској независности*, Београд 1899, 14.

⁴ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge 2007 (1908), 312–313.

⁵ S. Welch et al., *American Government*, Wadsworth Publishing Company, 1998, 412; Henry J. Abraham, „The Pillars and Politics of Judicial Independence in the United States“, *Judicial Independence in the Age of Democracy* (eds. Peter H. Russell, David M. O'Brien) University Press of Virginia, Charlottesville – London 2001, 26.

цуску, државу која, иако традиционално неповерљива према судској власти, готово у свим својим уставима, од почетка XIX века па до данашњих дана, јемчи инамовибилитет судија. Устав Друге републике од 1848. године садржи уцбеничко одређење начела сталности судијске функције – судије се именују доживотно и не могу бити разрешене нити удаљене осим пресудом, нити могу бити пензионисане осим из разлога и у поступку одређеним законом (чл. 87) – док Устав актуелне Пете републике једино познаје сталност и непокретност као гаранције судијске независности (чл. 64, ст. 4): „*Les magistrats du siége sont inamovibles*“.

Начело сталности судијске функције гарантују и устави Србије од 1990. и 2006. године. Сасвим конкретно, Устав од 2006. године предвиђа да је судијска функција стална, али познаје и изузетак од овог правила – трогодишњи мандат лица које се први пут бира за судију (чл. 146, ст. 1 и 2). Наиме, „Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију“, а Високи савет судства... бира судије за трајно обављање судијске функције“ (чл. 147, ст. 1 и 3). Овај пробни избор (*probationary appointment*) судије-почетника несумњиво нарушава принцип сталности судијске функције, па самим тим и доводи у питање независност датог судије,⁶ али није непознат у упоредној пракси (Француска, Грчка, Холандија, Немачка, Аустрија). У доктрини се брани тезом да је у земљама континенталне правне традиције, у којима се избор за судију, по правилу, врши непосредно након завршеног формалног, правног образовања, неопходно спровести иницијалну филтражу, како би се систем ослободио нестручног и неспособног особља.⁷ Независност „пробних судија“ је, ипак, донекле обезбеђена у Уставу Србије од 2006. године, не само тиме што оне у свему осталојме уживају исти статус као и трајно изабране судије, већ и тиме што о њиховом избору за трајно обављање судијске функције одлучује Високи савет судства (тело сачињено највећма од судија, задужено да се стара о независности и самосталности судова и судија). Када је, пак, реч о „непробном судији“, он ужива сталност свога положаја и њему функција може престати пре времена једино „на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога“ (чл. 148, ст. 1).

Закон о судијама, који је Народна скупштина Републике Србије донела 22. децембра 2008. године, ограничава, међутим, у прелазним и завршним одребама, мандат (трајно изабраних) судија, односно

⁶ Тако и В. Ракић-Водинелић, „Најновија законодавна реформа правосуђа у Србији“, *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 13.

⁷ Sh. Shetreet, „Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges“, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (eds. Sh. Shetreet, J. Deschênes), Dordrecht 1985, 624–625.

повређује уставно начело сталности судијске функције, прописујући да судије изабране под Уставом од 1990. године „настављају функцију у судовима за које су изабране до дана ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“ (чл. 99, ст. 1). Самим тим, предвиђа се нови, општи избор судија, који има да се изврши најкасније до 1. децембра 2009, при чему се првим избором судије сматра избор на дужност судије у складу са раније важећим законима (чл. 100, ст. 2 и 4). Произлази, а то прецизира и Закон, да судијама „који нису изабрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“ (чл. 101, ст. 1). Према томе, судије изабране под Уставом од 1990. године уподобљавају се, *ex lege* и *contra constitutione*, судијама које се, сходно Уставу од 2006. године, бирају на трогодишњи период, чиме се излажу општој реизборности, упркос начелу сталности судијске функције загарантованом како Уставом од 1990, тако и Уставом од 2006. године.

Будући да подлогу за општи реизбор судија није могао да нађе у важећем уставу, законодавац ју је потражио у Уставном закону за спровођење Устава, од 10. новембра 2006. године, чији је, иначе, он сâм творац. Тако, чл. 6, ст.1 Уставног закона сасвим начелно и уобичајено утврђује да „судови... настављају са радом до усклађивања са Уставом прописа којима су уређени њихова организација и надлежност, као и положај судија“, да би већ чл. 7, ст. 1 изненадио и унео пометњу статуирањем „првог избора“ судија Врховног касационог суда: „Избор председника Врховног касационог суда и први избор судија Врховног касационог суда извршиће се најкасније у року од 90 дана од дана конституисања Високог савета судства“.⁸ Да изненађење буде веће, овај исти члан у наредном ставу више не помиње „први избор“ судија, али зато најављује општи реизбор свих судија: „Избор судија и председника осталих судова извршиће се најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства“ (чл. 7, ст. 2 Уставног закона).

Истина, општи или делимични, колективни реизбор судија није незамислив и њему се прибегавало и прибегава у тренуцима државних удара и револуција. Односно, правним речником казано, онда када наступи уставноправни дисконтинуитет. Пример Француске показује да се политичким чисткама у судству редовно прибегавало читавим током XIX века: након Велике револуције, приликом бурбонске рестаурације, у Другом царству, али и на почетку Треће републике.⁹ Но, такве појаве није било на преласку из Четврте републике.

⁸ О различитим тумачењима израза „први избор судија Врховног касационог суда“ вид. В. Ракић-Водинелић, 15.

⁹ Више о томе вид. D. Salas, „Aperçu de l'histoire de la justice en France“, *Justice et institutions judiciaires* (sld. P. Truche) La documentation Française, Paris 2001, 10–14.

лике у Пету републике, будући да је тај прелаз остварен мирно и на начин прописан француским уставом од 1946. године. Исто тако и Устав Републике Србије од 2006. године није био израз нити државног удара нити какве револуције. Напротив, он је био донет на референдуму, у складу с ревизионим одредбама претходећег му устава, чиме је остварен уставноправни континуитет с Уставом од 1990. године и на њему заснованим правним поретком. Како с међународног, тако и с унутрашњег становишта, Србија није Уставом од 2006. године постала нова држава која би градила институције свога правног система *ex ovo*. При томе, чињеница да је у том поступку спроведена тотална, а не парцијална ревизија Устава од 1990. године, не би смела да наведе на закључак да је на место једног правног поретка дошао други. У супротном, разликовање уставноправног континуитета и дисконтинуитета, првог устава и оних из њега изведених (у Келсеновом смислу), изгубило би сваки практични и теоријски значај.¹⁰ А, постојање уставноправног континуитета подразумева „да се и својство сталности судијске функције, наставља. Оно се не прекида доношењем новог Устава, него траје до уставом предвиђених разлога за њено гашење. Према томе, сталност судијске функције рачуна се од Устава Србије од 1990. године и закона који је омогућио спровођење Устава“.¹¹

Осим тога, општи реизбор судија није могуће правдати ни паралелама са превременим изборима политичких органа јавне власти. Тако, Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије предвиђа рокове за расписивање превремених избора за посланике у Народној скупштини, председника Републике, посланике у Скупштини Аутономне покрајине и одборнике у скупштинама јединица локалне самоуправе. Оваква мера сасвим је у духу природе институција о којима је реч. Наиме, представнички карактер ових институција подразумева њихову периодичну изборност, а нарочито онда када се по

¹⁰ На једну такву практичну последицу упозорава Ј. Хасанбеговић: „Ако се сваки наш следећи уставотворац буде понашао правно револуционарно, као да је први, ми никада нећемо остварити правни континуитет, а поготову га нећемо остварити ако се наш законодавац понаша као правнореволюционарни уставотворац. Јер, први устав у правном – а не историјском – смислу јесте сваки онај устав којим се на правнореволюционаран начин, дакле, прекидајући правни континуитет, заснива (нов) правни поредак. А посебно је неприхватљиво да се правнореволюционарно понаша законодавац, и то у прелазним и завршним одредбама било ког закона... И, ако се сваки наш законодавац буде понашао као правни револуционар, узурпирајући – по природи своје функције – ту револуционарну улогу, онда у овом друштву никада неће бити ни устава ни правног поретка“. Ј. Хасанбеговић, Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 19.

¹¹ Р. Марковић, Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије* 2/2008, 5; у том смислу и В. Ракић-Водинелић, 14–15.

државу и друштво одигра тако крупан политички догађај као што је доношење новог устава. Сасвим је друго, међутим, место судства у систему државне власти, и оно налаже друга правила поступања. Суд није представнички, већ стручни орган који штити слободу и права грађана, законом утврђена права и интересе правних лица и обезбеђује уставност и законитост, ослобођен свих недозвољених притисака било странака у спору, било органа извршне и законодавне власти, било самог јавног мњења, захваљујући, између осталог, и уставном начелу сталности судијске функције. Како примећује Р. Марковић: „Колико је у представничкој демократији смењивост носилаца представничке власти, законодавне и извршне, у складу са промењивом политичком вољом грађана, као носилаца суверености, услов легитимности власти..., толико су сталност и непокретност једном изабраних носилаца судске власти, у складу са строгим професионалним мерилима..., услов легалности и тиме владавине права као владавине објективне воље закона“.¹² Отуда чл. 7 Уставног закона, који предвиђа „избор“ председника Врховног касационог суда и судија Врховног касационог суда, као и судија и председника осталих судова није у складу ни са духом, ни са словом Устава од 2006. године.

Превиђајући разлику између оригинерне и ревизионе уставотворне власти, законодавац је нарушио не само начело сталности судијске функције, већ и принцип забране ретроактивности, који је још једна од гаранција правне сигурности грађана. Заштиту овог императива правне државе пружа, по природи ствари, и Устав Србије од 2006. године, предвиђајући да закони и други општи акти не могу имати повратно дејство (чл. 197, ст. 1). Истина, Устав допушта и одступање од овог принципа, али само ако су у питању „поједине одредбе закона“ и „ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона“ (чл. 197, ст. 2). Све судије у Србији, да подсетимо, бирани су под Уставом од 1990. године без ограничења мандата и одатле изводе одређена стечена права, која им законодавац доводи у питање уређујући ретроактивно њихов положај, а да у одговарајућем поступку није утврдио који је то општи интерес који налаже конкретну меру генералног реизбора.¹³

Произлази да је законодавац, најпре, Уставним законом за спровођење Устава, а потом и Законом о судијама, погазио вољу грађана изражену на уставотворном референдуму одступајући од уставних начела сталности судијске функције и забране ретроактивности у условима непрекинуте процедуралне везе између устава од 1990. и 2006. године. Технички, то је изведено уношењем у Уставни

¹² Р. Марковић, 5.

¹³ Тако и В. Ракић-Водинелић, 15.

закон за спровођење Устава супстанцијалних одредаба, које су стране једном таквом акту. Наиме, уставни закон није устав, већ пратећи пропис којим се уређује прелазно стање у држави, до потпуног конституисања политичких власти, у складу с новоусвојеним уставним решењима. Отуда уставни закон не садржи опште одредбе, већ га чине појединачне норме о начину и роковима за спровођење појединих одредаба устава.¹⁴ О оваквој нужно једнократној функцији и природи уставних закона у нас говори и чињеница да се у другим правним системима наведена питања уређују у одељку о прелазним одредбама устава.¹⁵ У том одељку нема супстанцијалних норми, пошто су оне изложене у претходним одељцима устава, него се у њему налазе одредбе којима се прописује начин преласка на нове уставне институте и институције. „Код нас, то је већ постала традиција, те прелазне одредбе нису формулисане у самом Уставу, него су пребачене у посебан правни акт, који нема правну снагу Устава, јер се не доноси као Устав, по уставотворном поступку. То је због тога да би се оне касније, ако постоји потреба, лакше могле променити. И будући слабије правне снаге од Устава, тај акт... мора бити као сваки закон усаглашен с Уставом. У супротном он долази под удар контроле уставности од стране Уставног суда“.¹⁶

Као основ за општи реизбор судија не може се узимати ни то што је Уставом и Законом о уређењу судова предвиђен нови систем општих и посебних судова непознат нашој досадашњој регулативи. Иако се у формалном смислу заиста гасе стари судови, са својом организацијом и надлежностима, и уместо њих установавају нови, суштински је на делу укидање једних судова и оснивање других, које ничим не ремети нити природу судске власти нити статус судија какви они одвајкада постоје у правној држави. Отуда није оправдана нити усклађена с Уставом формулација Уставног закона која предвиђа „избор“ судија, будући да је ту реч о премештању судија из укинутих у новоосноване судове.¹⁷ Разлика између старог и новог суда, у суштинском смислу, која оправдава општи избор судија, види се на

¹⁴ Тако К. Чавошки, *Устав као јемство слободe – Огледи о уставу и уставности*, Институт за филозофију и друштвену теорију „Филип Вишњић“, Београд 1995, 143.

¹⁵ Р. Марковић, 5.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Овакав став, у основи, заузима и В. Ракић-Водинелић, 15: „Све данас постојеће судије су изабране без ограничења мандата, што значи да им функција не може престати тако што неће бити поново изабрани у исти суд, јер без обзира на уставне еквилибристике, изузев судова који данас још увек нису основани, сви остали судови су стари и већ постојећи, независно од тога какво им име Устав даје и како ће се мењати називи судова у будућности“; за супротно мишљење вид. З. Ивошевић, *Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“*, одржаном 8. новембра 2008. у Београду, објављено у: *Информатор Друштва судија Србије 2/2008*, 8.

примеру Уставног суда. У односу на Устав од 1990. године, актуелни устав успоставља у организационом и функционалном смислу савим ново уставносудско тело, задржавајући, при том, његов стари назив. Број уставних судија је чак за две трећине увећан, начин њиховог одређивања је из основа измењен, тако да су сада предлагачко-изборне функције равномерно распоређене између извршне и законодавне власти, а у тај процес је, први пут, укључена и судска власт, док су надлежности Уставног суда значајно проширене и квалитативно допуњене увођењем претходне контроле уставности, института уставне жалбе, као и надлежности у поступку разрешења председника Републике.

Приликом вредновања сталности судијске функције неопходно је, на крају, напоменути и то да се ово начело врло лако може обесмислити и претворити у своју супротност уколико се схвати као параван за нестручно и несавесно обављање судијског позива. Гаранције личне независности судије, од којих се начело сталности судијске функције налази на првом месту, нису саме себи циљ, већ су у функцији његове супстанцијалне независности, односно везаности судије искључиво за устав и закон земље, у поступку изрицања правде. Отуда, пресуђивање које излази из оквира легалитета и савести судије нарушава правну сигурност грађана – *raison d'être* сваке правне државе. У складу с тиме и судије у Републици Србији, иначе, заснованој „на владавини права и социјалној правди“ (чл. 1 Устава од 2006. године), морају у свему бити одговорни своме узвишеном позиву, те се неизоставно мора приступити примени одредба Закона о судијама које уређују дисциплинску одговорност судија и разрешењу оних међу њима који су злоупотребили своју уставну дужност заштитника слобода и права грађана и уставности и законитости (чл. 95 Устава од 1990. године), а таквих је, ако се само присетимо „крађе“ резултата локалних избора одржаних у јесен 1996. године, у чему су судије непосредно учествовале, много.¹⁸

¹⁸ Више о томе вид. V. Rakić-Vodinić *et al.*, *Izborna krađa – Pravni aspekt*, Medija centar, Beograd 1997.

Tanasije Marinkovic, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON THE CONSTITUTIONALITY OF THE GENERAL REAPPOINTMENT OF JUDGES

Summary

The Law on Judges, adopted on 22 December 2008, envisaged a general reappointment of judges in the Republic of Serbia, pursuant to the Constitutional Law on the Transitional Provisions of the Constitution, adopted on 10 November 2006. Insisting on the security of tenure of judges and on the prohibition of the retroactive effect of laws, but foremostly on the principle of legal continuity between the 1990 and 2006 Constitutions of the Republic of Serbia, the author points out the unconstitutionality of the respective provisions both of the Law on Judges and of the Constitutional Law on the Transitional Provisions of the Constitution.

Key words: *Rule of law. – Garanties of judicial independence. – Permanent tenure of office. – Principle of non-retroactivity.*