

Zbornik Instituta za kriminološka
i sociološka istraživanja
2017 / Vol. XXXVI / 3 / 21-37
Originalni naučni rad
UDK: 347.97

STAVOVI VENECIJANSKE KOMISIJE KAO OKVIR USTAVNIH PROMENA U OBLASTI PRAVOSUĐA*

Milica Kolaković-Bojović*
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd

Proces ustavnih promena neminovno izaziva intenzivne reakcije kako stručne, tako i opšte javnosti. Potreba za najširim dijalogom u okviru ovog procesa više se ne dovodi u pitanje. Ipak, godinama unazad, pitanje ustavnog uređenja više nije isključivo unutrašnje pitanje evropskih država. Članstvo u porodici evropskih naroda, bilo kroz Savet Evrope, bilo kroz Evropsku uniju, podrazumeva i obavezu dostizanja i održavanja određenog nivoa standarda u pogledu organizacije i funkcionisanja pravnog sistema. Jedan od najznačajnijih mehanizama u ovom smislu jeste i prethodna analiza i davanje mišljenja na nacrt ustava od strane Venecijanske komisije ali i uvažavanje stavova koje je Komisija zauzela analizirajući ranije predloge ustava drugih država, i to već u fazi javne rasprave i izrade radnog teksta. Kako su aktuelne ustavne promene u Republici Srbiji sastavni deo pristupnih pregovora sa Evropskom unijom, a u okviru Poglavlja 23, već i samim Akcionim planom za ovo poglavlje, Srbija se obavezala da, u delu koji se odnosi na organizaciju a naročito nezavisnost pravosuđa, Ustav izmeni u skladu sa stavovima Venecijanske komisije. Naizgled, ovo bi trebalo da bude jednostavan zadatak koji u praksi dobija na složenosti usled nekoliko faktora koji su analizirani u ovom radu: Najpre, reč je o pitanju postojanja nedvosmislenih standarda koji regulišu nezavisnost pravosuđa a potom i o njihovoj (ne)selektivnoj primeni na sve države podjednako, a potom i o fleksibilnosti i jednoznačnosti stavova koje je Venecijanska komisija zauzela o konkretnim pitanjima koja se tiču ustavnih

* Ovaj tekst je nastao kao rezultat na projektu "Kriminal u Srbiji: fenomenologija, rizici i mogućnost socijalne intervencije" (broj 47011) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

* E-mail: kolakius@gmail.com

garancija u oblasti pravosuđa. Ova pitanja su od suštinskog značaja, kako za njihove domete u oblikovanju novog teksta Ustava, tako i u pogledu izbora konkretnih rešenja kada je reč o sastavu i ovlašćenjima Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca, kao tela koja imaju zadatak da osiguraju nezavisnost pravosuđa, ali i načinu izbora i trajanju mandata nosilaca pravosudnih funkcija.

KLJUČNE REČI: Venecijanska komisija / evropski standardi / ustav / pravosuđe / nezavisnost / EU.

1. PRISTUPNI PREGOVORI SA EU KAO OKIDAČ USTAVNIH PROMENA

Venecijanska komisija¹ je osnovana 1990. godine, sa idejom pružanja savetodavne podrške državama koje žele da svoje pravne sisteme usklade sa demokratskim standardima u skladu sa evropskim pravnim tekovinama, ali i radi promocije i diseminacije evropskog ustavnog nasleđa. Autoritet komisije vremenom je jačao a uticaj njenih stavova u procesu izmena ustava i sistemskih zakona rastao. Specifičnu ulogu, koja je i dalje aktuelna, Komisija je odigrala u procesu tranzicije postkomunističkih država, odnosno u demokratizaciji njihovih pravnih sistema i njihovom usklađivanju sa evropskim standardima. Značajan doprinos jačanju uloge Venecijanske komisije dalo je i intenziviranje procesa proširenja EU, odnosno potreba da, usklađivanje sa pravnim tekovinama u okviru pristupnih pregovora bude, ne samo nadzirano od strane Evropske komisije (u daljem tekstu: EK) i Saveta kao administrativno-političkih tela, već i usmeravano mišljenjima Venecijanske komisije, čiji su stavovi ekspertskeg karaktera. Dodatno, intenzitet proširenja a samim tim i obraćanja država Venecijanskoj komisiji, učinili su da njena praksa postane izuzetno bogata u relativno kratkom roku, kako u vidu mišljenja na nacрте ustava i zakona, tako i specijalizovanih mišljenja o ključnim pitanjima, poput onih koja se odnose na nezavisnost pravosuđa. Ovi dokumenti, predstavljaju svojevrsnu operacionalizaciju načelnih pravila postavljenih u brojnim preporukama relevantnih međunarodnih tela, o kojima će kasnije biti više reči.

Republika Srbija je mišljenje Venecijanske komisije zatražila i prilikom ustavnih promena 2005-2006. godine, a ignorisanje brojnih zamerki i sugestija, naročito u delu koji se odnosi na pravosuđe, koje je Komisija imala na dostavljeni tekst pokazalo se, u deceniji za nama, kao ozbiljna greška tadašnjih institucija. Ova greška, značajno je usporila proces reforme pravosuđa a time i EU integracija² i dovela do toga da se i danas, čak 12 godina kasnije, identična pitanja otvaraju kao sporna u okviru javne debate o promeni Ustava.

¹ Evropska komisija za demokratiju putem prava

² Štaviše, dovela je do njenog kraha 2009. godine

Imajući ovo u vidu, čini se da je još u momentu donošenja važećeg Ustava, bilo jasno da će uskoro biti neophodne njegove izmene. Ipak, prvi nagoveštaji da će se to zaista i dogoditi u delu koji se odnosi na pravosuđe, dati su u Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period od 2013-2018. godine (u daljem tekstu: Strategija, NSRP 2013-2018), kroz konstataciju da "pojedina opredeljenja Strategije zahtevaju promenu Ustava- reč je o rešenjima poput isključenja Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija javnih tužilaca/zamenika javnih tužilaca kao i članova Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca; promene sastava Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca u pravcu isključenja predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti iz članstva u ovim telima; predviđanja Pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izborna sudijsku i tužilačku funkciju."³

Kako je već u procesu izrade Strategije, Srbija konsultovala i Evropsku komisiju, neophodnost promene Ustava jasnije je artikulisana u okviru procesa pristupnih pregovora sa EU- Poglavlje 23. Naime, u Izveštaju o skriningu (str. 21-22) EK je primetila da je nezavisnost sudstva u principu garantovana Ustavom (čl. 4 i 149)⁴ ali i definisala brojne preporuke koje se odnose na neophodne reformske korake koje je potrebno preduzeti. Preporukama se insistira na temeljnoj analizi i izmenama Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe, a posebno kada je reč o sistemu predlaganja, izbora, premeštaja i prestanka funkcije sudija, predsednika sudova i javnih tužilaca, odnosno zamenika javnih tužilaca, koji bi trebalo da bude nezavisan od političkog uticaja. Pored toga, zahteva se da ulazak u pravosudni sistem bude zasnovan na objektivnim kriterijumima vrednovanja, pravičnim procedurama odabira, otvoren za sve kandidate odgovarajućih kvalifikacija i transparentan iz ugla opšte javnosti.⁵ Visoki savet sudstva (u daljem tekstu: VSS) i Državno veće tužilaca (u daljem tekstu: DVT) bi trebalo da budu ojačani na način koji bi podrazumevao preuzimanje vodeće uloge u upravljanju pravosuđem. Njihov sastav trebalo bi da bude mešovit, bez učešća Narodne skupštine (izuzev isključivo deklaratorne uloge)

³ Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period od 2013-2018. godine ("Službeni glasnik RS", broj 57/2013), s.6.

⁴ EK je kritikovala poziciju Narodne skupštine u izboru i razrešenju sudija, a u pogledu rizika koje stvara za politički uticaj na sudstvo. Istovetne kritike iznete su i za odnos sa VSS-om, imajući u vidu da Skupština takođe bira osam od jedanaest članova VSS-a, dok su ostala tri člana po položaju, uključujući predsednika Vrhovnog kasacionog suda (imenovan od strane Narodne skupštine), Ministra pravde i predsednika nadležnog skupštinskog odbora. Konstatujući ovo, EK je navela da "Srbija treba da osigura da prilikom izmene Ustava, ..., stručnost i integritet postanu glavni pokretači u procesu imenovanja, dok bi postupak imenovanja trebalo da bude transparentan i zasnovan na zaslugama. Srbija treba da obezbedi da se novi sistem vrednovanja učinka zasniva na jasnim i transparentnim kriterijumima, isključuje bilo kakav eksterni i posebno politički uticaj i da se kao takav ne smatra se mehanizmom podređivanja sudija nižih sudova višim sudskim instancama već da ga nadgleda ga nadležni organ u okviru odgovarajućih saveta". Pored navedenog, EK je kritikovala i ulogu Ministarstva pravde, konstatujući da "proces pravosudne reforme treba da rezultira time da oba pravosudna saveta imaju lidersku poziciju u upravljanju pravosudnim sistemom." Komisija je kritikovala i probni trogodišnji period pri prvom izboru sudija, ocenjujući da je predug.

⁵ Neretko se u javnosti mogu čuti konstatacije da EK od Srbije u pregovaračkom procesu ne zahteva ove promene već ih preporučuje ali je činjenica da je reč o pukoj terminološkoj razlici koja u stvarnosti rezultira mehanizmom koji podrazumeva napredak pregovorima tek kada su preporučene/zahtevane mere preduzete.

sa najmanje polovinom članova iz pravosuđa koji predstavljaju različite nivoe jurisdikcije. Izabrani članovi bi trebalo da budu odabrani od strane kolega, a zakonodavna ili izvršna vlast ne bi trebalo da imaju ovlašćenje da kontrolišu ili nadgledaju rad pravosuđa. Pored toga, preporukom se zahteva preispitivanje probnog perioda u trajanju od tri godine za kandidate za sudije i zamenike tužilaca, preciziranje razloga za razrešenje sudija, kao i pravila koja se odnose na prekid mandata sudija Ustavnog suda. Pored toga, insistira se na usvajanju i efektivnoj implementaciji kriterijuma za izbor na pravosudne funkcije, ali i uspostavljanju ravnoteže između rastućih ovlašćenja VSS i DVT, njihovih kapaciteta, kao i transparentnosti i odgovornosti u radu.⁶

Motivisana pomenutim odredbama NSRP i preporukama EK, Komisija za sprovođenje NSRP 2013-2018. je 2014. godine formirala mešovitu radnu grupu sa zadatkom sprovođenja analize važećeg ustavnog okvira.⁷ U ovom dokumentu uspešno je identifikovana većina nedostataka aktuelnog ustavnog teksta ali je on zadržao format koji bi pre odgovarao proceni stanja, nego analizi, budući da ne uključuje, makar ne u dovoljnoj meri, analizu EU standarda, ali ne daje ni dovoljno konkretne predloge u pogledu mogućih rešenja, odnosno izmena Ustava. Imajući ovo u vidu, čini se da u toku aktuelnih priprema izmene Ustava Republike Srbije, do punog izražaja dolazi tvrdnja Laze Kostića da se "ustavotvorac ne sme dezinteresovati za pitanje uređenja sudstva," (Kostić, 2000: 186-187) te da treba sprovesti sveobuhvatnu, sadržajnu i stručnu javnu raspravu.

2. NEZAVISNOST KAO KRILATICA REFORME PRAVOSUĐA

"Ljudima bi trebalo da vladaju zakoni, a ne ljudi!", ispravno zaključuje Flajner, u svom nastojanju da u jednoj rečenici pojasni potrebu za postojanjem nezavisnog sudstva. Reforma pravosuđa, kao proces koji, ne samo u Republici Srbiji, već i u većini država predstavlja kontinuiran proces koji, budući da je evolutivne prirode, zapravo nikada ne može biti u potpunosti okončan, neretko se na našim prostorima opisuje kao borba za nezavisnost pravosuđa. (Flajner, 2009:102) Ipak, teško je oteti se utisku da se pojam nezavisnosti pravosuđa poslednjih godina, pa i čitavu deceniju, otudio od svojih korena koji leže u principu balansirane podele vlasti na zakonodavnu izvršnu i sudsku, poznatijem kao *Checks and balances*. Izvorno shvatanje ovog principa uobičajeno se interpretira kao uspostavljanje balansa u međusobnom uticaju između različitih grana vlasti pri čemu svaka od njih, na druge dve utiče u meri koja onemogućava jednovlašće, arbitrarnost i zloupotrebe u procesu donošenja, primene i nadzora nad primenom propisa. "Međutim, svakodnevno iskustvo pokazuje nam da je svaki čovek koji ima vlast sklon da tu vlast zloupotrebi i

⁶ Izveštaj o skriningu za Pregovaračko poglavlje 23. Dostupno na: http://seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/Skrining/Screening%20Report%2023_SR.pdf, pristupljeno: 25. maja 2017.

⁷ Analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5847/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>, pristupljeno: 23. maja 2017. godine

da iskoristi svoju vlast do krajnjih granica. Zar nije čudno, a opet i istinito, reći da su samoj vrlini potrebna ograničenja? Da bi se sprečila ova zloupotreba, potrebno je, po samoj prirodi stvari, da vlast bude kontrola vlasti." Prešavši dug put od ovog zapažanja koje je Montesquie izneo u svom delu *O duhu zakona (De l'esprit des lois)*⁸, pa sve do oblika u kome je danas sastavni deo ustava gotovo svih modernih demokratskih država, princip podele vlasti je, iako jasno definisan u članu 4. Ustava Republike Srbije, i dalje tačka sporenja političke, naučne i stručne javnosti. Pomenuti član Ustava predviđa da je pravni poredak jedinstven a uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. "Odnos tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli." U praksi, gotovo je nemoguće čuti osporavanje ovog dela ustavne odredbe, ipak njen drugi deo koji kaže da je sudska vlast nezavisna, predstavlja ozbiljan izazov, kako na planu dalje ustavne, tako i zakonske konkretizacije.

Budući da je Srbija odabrala pristupanje EU kao bazični reformski kurs, odgovor na sva otvorena pitanja trebalo bi potražiti u evropskim standardima, uz prethodno odgovaranje na nekoliko pitanja od suštinskog značaja: Najpre, da li jednoznačni standardi nezavisnosti pravosuđa uopšte postoje, i ukoliko je odgovor pozitivan, da li oni u podjednako meri obavezuju sve evropske države? Od velikog značaja je i pitanje tumačenja i ispravnog razumevanja standarda, odnosno uloge Venecijanske komisije u njihovom kako u njihovom stvaranju, tako i tumačenju.

3. (NE)POSTOJANJE I (NE)OBAVEZNOST STANDARDA U POGLEDU USTAVNOG POLOŽAJA I NEZAVISNOSTI PRAVOSUĐA

Nesporno je da unifikacija pravnih sistema predstavlja jedan od ključnih mehanizama učvršćivanja EU. Stepem unifikacije može varirati od potpune - u oblastima u kojima postoje pravne tekovine, do okvirne - bazirane na EU standardima. U zavisnosti od predmetne oblasti, standardizacija se može kretati od okvirne, na osnovu vrlo široke skale "poželjnog i/ili dozvoljenog", u okviru koje je za državu kandidata dovoljno da dostigne minimalni nivo da bi ispunila uslove za članstvo u EU, ali se može odlučiti i za pozicioniranje u sredini ili pri vrhu skale. U drugim oblastima, opet, ova skala je izuzetno malog raspona, pa u tim slučajevima proces harmonizacije sa relevantnim standardima u velikoj meri podseća na transpoziciju pravnih tekovina. (Kolaković-Bojović, 2016: 100)

Kada je reč o pravosuđu, nesporno je da pravnih tekovina u užem smislu nema. Ipak, u prethodne dve decenije donet je čitav niz dokumenata koji predstavljaju izvor EU standarda u predmetnoj oblasti, usvojenih od strane relevantnih tela Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope i OEBS-a. Nivo obaveznosti i uticaja ovih dokumenata varira i uglavnom je vezan za autoritet donosioca ali i za činjenicu da li je telo koje je dokument usvojilo, specijalizovano za pitanja ustavnog položaja pravosuđa, odnosno da li mu ova pitanja predstavljaju primarni fokus ili sporedni predmet analize.

⁸ C. Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 1748, s. 174.

Venecijanska komisija spada u prvu pomenutu grupu, pa njeni stavovi zauzeti kako u okviru pojedinačnih mišljenja na nacрте ustava i pravosudnih zakona zemalja članica, tako i kroz posebna, tematska mišljenja vezana za nezavisnost nosilaca pravosudnih funkcija i njihov izbor na funkcije, zajedno sa preporukama Komiteta ministara Saveta Evrope, predstavljaju primarni izvor standarda u oblasti ustavnog položaja pravosuđa. Čini se, ipak, da stručna javnost u Srbiji ne poznaje u dovoljnoj meri stavove Komisije i da se i dalje radije oslanja na desetak bazičnih izvora standarda,⁹ zanemarujući činjenicu da se upravo u mišljenjima Venecijanske komisije može pronaći njihovo ekspertsko tumačenje u odnosu na konkretne probleme s kojima se suočavaju države članice. Razloge ovome, moguće je tražiti kako u nepoznavanju nadležnosti same Komisije, tako i u dinamici njenog rada i obimu prakse.

Iako izvori standarda za gotovo sva relevantna pitanja nude dosta široku skalu prihvatljivih rešenja koje države kandidati treba da uvrste u svoj pravni sistem, birajući ono koje tom sistemu najviše odgovara, ne može se ignorisati činjenica da sloboda izbora u okviru ove skale ipak nije potpuna, odnosno nije na jednakom nivou za sve države kandidate.

Interesantno je, da je selektivnosti u pristupu, legitimitet dala i Venecijanska komisija koja standarde nezavisnosti pravosuđa neretko koristi kao kriterijum razvrstavanja država kandidata u jednu od dve moguće kvalitativne grupe, a na osnovu (ne)postojanja obaveze konkretne države da ispuni sve (ili konkretne standarde) kao preduslov za članstvo u EU.¹⁰ Razlika u obavezности standarda ne ogleda se samo u zadatoj visini lestvice koju je potrebno preskočiti, već i u obavezi da pomenuti standardi budu sadržani u okviru ustavnih odnosno zakonskih garancija.

⁹ *Universal Declaration on the Independence of Justice*, Unanimously adopted at the final plenary session of the First World Conference on the Independence of Justice held at Montreal (Quebec, Canada) on June 10th, 1983; *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*; OSCE Office for Democratic Institutions & Max Planck Minerva Research Group and Human Rights on Judicial Independence, *KYIV RECOMMENDATIONS ON JUDICIAL INDEPENDENCE IN EASTERN EUROPE, SOUTH CAUCASUS AND CENTRAL ASIA - Judicial Administration, Selection and Accountability* - Kyiv, 23-25 June 2010; *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and responsibility of judges*; *European Charter on the statute for judges*, adopted by the Council of Europe in 1998; Consultative Council Of European Judges (CCJE), *Opinion No 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Standards Concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges*, Strasbourg, 23 November 2001; Consultative Council of European Judges (CCJE), *Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society*, adopted by the CCJE at its 8th meeting (Strasbourg, 21-23 November 2007; *Consultative Council of European Judges, Magna Carta of Judges*, Strasbourg, 17 November 2010 CCJE (2010)3; Council of Europe Committee of Ministers *Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges* (Adopted by the Committee of Ministers on 13 October 1994 at the 518th meeting of the Ministers' Deputies); *Bangalore Principles of Judicial Conduct (the Bangalore Principles)*, adopted by the United Nations Human Rights Committee on 23 April 2003.

¹⁰ Više o tome vidi u: M. Kolaković-Bojović, *Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards*, *Analni Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu (Annals of the Faculty of law in Belgrade, Belgrade Law Review*, 3/2016 192-204.

U tom smislu, Venecijanska komisija je u više navrata¹¹ napravila razliku između tzv. tradicionalnih i mladih demokratija i konstatuje da "takvi sistemi mogu dobro da funkcionišu u praksi i omogućće nezavisno sudstvo, budući da su data ovlašćenja ograničena pravnom kulturom i tradicijom, koje su se razvijale duži vremenski period. Međutim, nove demokratije još uvek nisu imale priliku da razviju ove tradicije, koje mogu da spreče zloupotrebu, stoga je neophodno da makar ove zemlje propišu eksplicitne ustavne i zakonske odredbe kao vid zaštitnih mera u cilju sprečavanja političke zloupotrebe u procesu imenovanja sudija." (CDL-AD(2007)028, par. 45-46) Imajući ovo u vidu, za očekivati je i definisanje preciznijih kriterijuma koji bi ovu klasifikaciju operacionalizovali, a koji bi se odnosili na jasnije određenje trajanja i kvaliteta "demokratske tradicije" odnosno njenog (ne)postojanja koje bi određenu državu svrstalo u jednu od dve kvalitativne grupe.

Nedostatak ovih kriterijuma uzrokovao je i svrstavanje Srbije u kategoriju mladih demokratija što se nesumnjivo može zaključiti iz primedaba i predloga koje je Venecijanska komisija dala u procesu donošenja Ustava iz 2006. godine.¹² Opravdanost ovakvog nije baš bez ikakve sumnje, naročito ako se ima u vidu ustavna tradicija Srbije, odnosno činjenica da su još ustavi iz doba kneževine i kraljevine sadržali garancije nezavisnosti pravosuđa.¹³ Istina, teško je poreći da se, kada je reč o primeni ovih garancija, nismo uvek mogli pohvaliti doslednošću, počev od pada Velikog suda za vreme Mihaila Obrenovića, pa sve do neustavnog opšteg reizbora sudija i javnih tužilaca 2009. godine. Ipak, teško da bi se mogla pronaći država koja makar nekoliko puta u svojoj istoriji nije prošla kroz slična iskustva, čak i među onima koje Venecijanska komisija vidi kao stare demokratije. Štaviše, regresivni procesi u ovoj oblasti nisu retkost.

¹¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2007)028, *Judicial Appointments Report* adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007), par. 5-6.

¹² European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, adopted by the Commission at its 64th plenary session (Venice, 21-22 October 2005) and European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2007)004, *Opinion on the Constitution of Serbia*, adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 17-18 March 2007).

¹³ Tako je još Sretenjski ustav iz 1835. godine sadržao odredbu da sudija ne zavisi u izricanju svoje presude ni od koga u Srbiji, do od zakonika srpskog, i da nikakva ni veća, ni manja vlast nema prava odvratiti ga od toga ili zapovediti mu da drugačije sudi nego što mu zakoni propisuju (čl. 80). Na ustavnom i zakonskom nivou, evolucija garancija nezavisnosti nastavljena je Namesničkim ustavom, koji isključuje mogućnost ustanovljenja prekih sudova sudijama za suđenje njihovim zvaničnim delima predviđajući da se "sudija ne može [se] dati sudu, dok ne odobri kasacioni sud, a kada ovaj odobri onda sude redovni sudovi" (čl. 105, st. 2). Pored toga, Namesnički ustav je predviđao da "nikakva državna vlast, ni zakonodavna ni upravna, ne može vršiti sudske poslove" (čl. 109, st. 1).¹³ Ipak, kvalitativni iskorak na polju jemstava sudijske nezavisnosti napravljen je tek naprednjačkim Zakonom o sudijama koji je uveo garancije stalnosti i nepokretnosti sudija, i uvodi takav način njihovog određivanja koji umanjuje uticaj izvršne vlasti. Najprogresivnija rešenja ponudio je Ustav iz 1888. godine koji je proces imenovanja sudija gotovo potpuno izmestio iz ovlašćenja izvršne vlasti.

4. OSNOVNE GARANCIJE NEZAVISNOSTI PRAVOSUĐA SADRŽANE U STANDARDIMA KOJE POSTAVLJA VENECIJANSKA KOMISIJA

Široko je poznata podela garancija sudske nezavisnosti na one koje se tiču takozvane spoljašnje, odnosno nezavisnosti pravosuđa kao grane vlasti i cilj im je uspostavljanje principa *checks and balances*, s jedne strane i onih koje treba da obezbede nezavisnost sudije kao pojedinca u obavljanju funkcije. Venecijanska komisija u svojim mišljenjima tretira obe kategorije a osnovna pitanja kojima se bavi jesu uloga pravosudnih saveta u zaštiti nezavisnosti, izbor i razrešenje nosilaca pravosudnih funkcija, stalnost mandata, finansijska nezavisnost, nepremestivost, funkcionalni imunitet.¹⁴ Kako je EK proces ustavnih reformi u Srbiji fokusirala na sastav i nadležnosti VSS-a i DVT-a, koje se kasnije reflektuju kroz sve druge garancije nezavisnosti, utoliko će i analiza relevantnih stavova Venecijanske komisije biti ovom prilikom biti ograničena na ta pitanja.

4.1. Nezavisnost pravosuđa kao grane vlasti

Nema sumnje da je u moderno doba prevaziđeno shvatanje Montesjkjea koji je tvrdio da sudstvo nema efektivnu društvenu moć, pa stoga, zapravo i nije vlast. Ovo je moglo važiti u vreme kada je svaka grana vlasti predstavljala jedan društveni sloj, što sa sudstvom nije bio slučaj. Sudstvo, za Montesjkjea, umanjuje moć drugih vlasti jedino uzimajući im iz ruku ovlašćenje rešavanja pojedinačnih slučajeva. On je smatrao da od samog sudstva, pak, ne pretil opasnost jer su sudije "samo usta koja izgovaraju reči zakona, beživotna bića koja ne mogu ublažiti ni njegovu snagu ni strogost." (Uzelac, 1992: 577) Neosporno, novo vreme donelo je i okolnosti u kojima su, ne samo mogućnosti za zloupotrebu sudske vlasti, već i njene posledice, poprimile ozbiljne razmere, uglavnom usled širenja sudskih ovlašćenja i kontrolne uloge zakonitosti delanja ostale dve grane vlasti ali i zbog apsolutne vladavine načela slobodnog sudijskog uverenja i slobode u tumačenju norme koja mu je data. "Zrela demokratija zahteva da oni koji poseduju značajnu količinu javne vlasti, istovremeno budu odgovorni za njeno vršenje. Sudska vlast ne može biti isključena iz ovih zahteva za odgovornošću. Izazov je razviti mehanizme odgovornosti koji ne umanjuju sudsku nezavisnost." (A. Paterson, C. Paterson, 2012: 11) Bez ovako izbalansiranog pristupa, jedna grana vlasti je u opasnosti da se pretvori u "samodovoljnu oligarhiju". (Stevens, 2003: 1-34) Imperativ svake države mora biti identifikovanje idealno balansirano normativnog i institucionalnog okvira koji je u skladu sa zahtevom Venecijanske komisije da se izbegne oboje- rizik od politizacije i

¹⁴ Više o tome vidi u: M. Kolaković-Bojović, Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards, *Analiz Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu (Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade Law Review*, 3/2016 192-204.

rizik od samodovoljnog pravosudnog sistema.¹⁵ "Nezavisnost sudstva ima objektivnu komponentu, kao neophodan kvalitet pravosuđa kao takvog, kao i subjektivnu komponentu kao pravo pojedinca da njegova/njena prava i slobode budu određeni od strane nezavisnog sudije. Bez nezavisnih sudija ne može postojati tačno i zakonito sprovođenje prava i sloboda. Sledstveno tome, nezavisnost sudstva nije cilj sama sebi. To nije lična privilegija sudija već je opravdana potrebom da se sudijama omogući da ispune svoju ulogu čuvara prava i sloboda ljudi."¹⁶ "Spoljna nezavisnost sudija nije prerogativ ili privilegija data u sopstvenom interesu sudija, već u interesu vladavine prava i lica koja traže i očekuju nepristrasnu pravdu. Nezavisnost sudija bi trebalo posmatrati kao jemstvo slobode, poštovanja ljudskih prava i nepristrasne primene zakona. Nepristrasnost i nezavisnost sudija je od suštinske važnosti za garantovanje ravnopravnosti stranaka pred sudovima."¹⁷ Preporuka Saveta Evrope (2010)¹², par. 6, naglašava da nezavisnost sudstva obezbeđuje svakom licu pravo na pravično suđenje i stoga nije privilegija sudija, već jemstvo poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, koje svakoj osobi omogućava da ima poverenje u pravosudni sistem.¹⁸ Svrha nezavisnosti, kako je definisana u članu 6. Evropske Konvencije, jeste da svakom licu jemči osnovno pravo da se o njenom predmetu odluka donese na pravičnom suđenju, isključivo na zakonskim osnovama i bez neprimerenog uticaja.¹⁹

Bilo da pitanje sudske nezavisnosti posmatrate iz ugla teoretičara koji analiziraju razlike između Lokovog i Hobsovog pristupa društvenom ugovoru i odluci da se iz prirodnog pređe u društveno stanje, u kome se pojedinci odriču prirodnog prava u korist kolektivnog organa koji tumači pravo i donosi odluke, (Marinković, 2010: 134-162) ili pak iz perspektive prosečnog građanina, koji je pravni laik, ali želi da mu dug bude vraćen ili kradljivac osuđen, potreba da se ona obezbedi na nivou Ustava i zakona ali i njihove dosledne primene, potpuno je jednaka. Istina, mnogo je jednostavnije sudsku nezavisnost definisati negativno, odnosno kao odsustvo zavisnosti (Uzelac, 1992: 576) nego kroz određenje pojedinačnih garancija nezavisnosti. Kao što je ranije pomenuto, predviđanje garancija sudske nezavisnosti

¹⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) *Opinion on two Sets of Draft Amendments to the Constitutional Provisions Relating to the Judiciary of Montenegro*, adopted by the Commission at its 93rd plenary session (Venice, 14-15 December 2012), 20 and 52.

¹⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2010)004-e, *Report on European Standards as Regards the Independence of the Judicial System: Part I- The Independence of Judges*, Adopted by the Venice Commission at its 82th plenary session (Venice, 12-13 March 2010), par. 6.

¹⁷ *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and responsibility of judges*, par. 11.

¹⁸ *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and responsibility of judges*, preambula.

¹⁹ Upravo u ovoj odredbi leži ključna veza između nezavisnosti pravosuđa i garancija pravičnog suđenja u čijoj službi treba da budu. Naime, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN, u članu 10, predviđa da „svako ima jednako pravo na pravično i javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom...”. Slično, Pakt o građanskim i političkim pravima jemči da „svako lice ima pravo da njegov slučaj bude raspravljan pravično i javno pred nadležnim, nezavisnim i nepristrasnim sudom, ustanovljenim na osnovu zakona...” (član 14). Povelja o osnovnim pravima i slobodama EU u članu 47, stav 2 propisuje da „svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji je zakonski ustanovljen”.

propisima koji se nalaze na vrhu hijerarhijske lestvice izvora prava, standard je koji se ne dovodi u pitanje. Stav Saveta Evrope je da "nezavisnost sudija i sudstva trebalo bi da bude sadržana u ustavu ili na najvišem mogućem zakonskom nivou u državama članicama, pri čemu će se konkretniji propisi obezbediti na zakonodavnom nivou." Očigledno je da sudija ima stvarnu mogućnost da služi isključivo nepristrasnom i objektivnom raspoznavanju i pronalaženju prava tek ukoliko je zaštićen od uplitanja vlade i društva. (Taranovski, 2003: 544)

Pored ustavnih i zakonskih načela i garancija nezavisnosti sudske vlasti, koji su na današnjem stepenu razvoja civilizacije gotovo univerzalni, za stvarnu nezavisnost sudstva potrebno je nešto više. To "više" podrazumeva poštovanje ustava i zakona od strane svih ili bar od većine (bez obzira na društvenu, političku, ekonomsku i drugu moć i položaj), kontinuitet u takvom ponašanju posebno od strane novoizabrane vlasti; stalno unapređenje garancija i institucija koje služe zaštiti nezavisnog sudstva, itd. (Orlović, 2010: 165) Budući da se, za razliku od druge dve grane vlasti, legitimitet sudske vlasti ne proverava periodično na izborima²⁰, da bi se moglo reći da je pravosuđe jedne države nezavisno od političkih uticaja, potrebno je da sistem maksimalno ograničava uticaj zakonodavne i izvršne vlasti u postupku odabira, predlaganja, izbora, premeštaja i prestanka funkcije, sudija, predsednika sudova i javnih tužilaca, odnosno zamenika javnih tužilaca. Ovi postupci moraju biti zasnovani na preciznim, objektivnim i unapred propisanim kriterijumima. Ista situacija mora postojati kada je u pitanju ulazak u pravosudni sistem, odnosno uslovi prvog stupanja na pravosudnu funkciju, kao i napredovanja u karijeri. Ovi procesi moraju biti pravični, transparentni i dostupni za sve kandidate odgovarajućih kvalifikacija. Kao protivteža odsustvu provere legitimiteta na neposrednim izborima i gore pomenutim mehanizmima zaštite od spoljašnjih uticaja, neosporno moraju postojati efektivni mehanizmi odgovornosti čiji je cilj da obezbede zakonitost i kvalitet rada pravosuđa. Samo u sistemu u kome su sve pomenute procedure lišene uticaja zakonodavne i izvršne vlasti, koji su takvi da nadilaze okvire međusobne kontrole i ravnoteže (princip *checks and balances*) a time i političkih uticaja, postoje preduslovi za funkcionisanje pravosuđa bez dejstva onih faktora koji ne zavise neposredno od kvaliteta relevantnog normativnog okvira, dostupnih resursa, kao i stručnosti i odgovornosti nosilaca pravosudnih funkcija. Nezavisnost pravosuđa dakle, nije, kako se to često pogrešno tumači, sama sebi cilj, niti je njena funkcija stvaranje izolovane i zaštićene "kaste" nosilaca pravosudnih funkcija. Uloga nezavisnosti pravosuđa, jeste i mora biti, samo garancija da tok sudskih postupaka neće, pod bilo čijim uticajem, skretati sa stručnog i profesionalnog na politički ili drugi neprimeren, kolosek.²¹

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Više o tome vidi u: M. Kolaković-Bojović, Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards, *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu (Annals of the Faculty of law in Belgrade, Belgrade Law Review, 3/2016 192-204.*

4.2. Uloga pravosudnih saveta u zaštiti nezavisnosti

Osnivanje posebnih tela koja preuzimanjem brojnih nadležnosti treba da osiguraju brigu o nezavisnosti pravosuđa kao grane vlasti, i to najčešće u formi pravosudnih saveta, postalo je učestala praksa u Evropi poslednjih decenija. I pored razlika u njihovim nadležnostima i sastavu, čini se da su se dve grupe pitanja izdvojile kao zajedničke za sve njih: Najpre, koja sve ovlašćenja treba da pripadaju savetima, kao i gde je granica razgraničenja njihovih nadležnosti sa organima zakonodavne i izvršne vlasti- posebno u pogledu odlučivanja o statusnim pitanjima; a potom, kakav treba da bude sastav saveta da bi omogućio adekvatnu realizaciju ovih nadležnosti.

Po Venecijanskoj komisiji, "ne postoji standardni model koji jedna demokratska zemlja mora da sledi u formiranju svog vrhovnog sudskog saveta, sve dok je funkcija takvog saveta usklađena sa ciljem obezbeđenja pravilnog funkcionisanja nezavisnog sudstva u jednoj demokratskoj državi." U ovo se nesumnjivo ubraja preuzimanje nadležnosti u vezi sa statusnim pitanjima nosilaca pravosudnih funkcija, odnosno njihovom izboru, disciplinskoj odgovornosti i razrešenju. Očigledno je da sudstvo mora da bude odgovorno za svoje postupanje u skladu sa zakonom, pod uslovom da su omogućene adekvatne i pravične procedure i da do razrešenja dolazi isključivo iz razloga koji su adekvatno potkrepljeni dokazima. Ipak, obično se pretpostavlja da je osnovni cilj samog postojanja vrhovnog sudskog saveta zaštita nezavisnosti sudija putem izolovanja od neopravdanog pritiska koji mogu da vrše druge grane vlasti u pitanjima kao što su izbor i imenovanje sudija i obavljanje disciplinskih funkcija (...). " (CDL-AD(2007)028, par. 28). Imajući u vidu princip podele vlasti i već pomenute razlike između nacionalnih pravnih sistema u Evropi, Venecijanska komisija je zauzela stav da imenovanje sudija ne bi trebalo da bude predmet skupštinskog glasanja imajući u vidu opasnost da politički kriterijumi prevagnu nad suštinskim. Iz perspektive Komisije, izbor od strane parlamenta je diskrecioni akt, čak i ako je učinjen na predlog sudskog ili tužilačkog saveta, jer se ne može isključiti mogućnost da će izbor predloženog kandidata biti odbijen. Imajući ovo u vidu, Komisija predlaže uspostavljanje sudskog saveta, čiji sastav, nezavisnost i ovlašćenja treba da budu regulisani Ustavom (CDL-AD(2007)028, par. 47-48). Ističući da je sve garancije vezane za najvažnija pitanja sudske nezavisnosti potrebno podići na nivo ustavnih garancija, Venecijanska komisija zapravo naglašava i potrebu njihove zaštite od političkog uticaja koji se ogleda u učestalim izmenama zakona.

Kada je u pitanju uloga koju druge grane vlasti (npr. predsednik države) mogu imati u ovom procesu, važno je da sudski saveti zadrže snažnu poziciju "za intervenciju" koja može biti zakonom predviđena u formi mišljenja, predloga ili same odluke.²² U skladu sa tim, kada je neko drugo telo, a ne sam sudski savet, nadležno za imenovanje sudija, predlog saveta može biti odbijen samo izuzetno i to telo ne može biti ovlašćeno da imenuje drugog kandidata koji nije bio na listi koju je sačinio

²² The European Charter on the statute for judges DAJ/DOC(98)23 adopted in Strasbourg in July 1998, par. 1.3.

sudski savet. Venecijanska komisija ističe da, sve dok je takvo telo vezano predlogom sudskog saveta, ova vrsta imenovanja ne predstavlja problem, ali ponovo ističe da takav metod može uspešno funkcionisati samo u državama sa dugom demokratskom tradicijom, dok u mladim demokratijama predstavlja razlog za zabrinutost (CDL-AD(2007)028, par. 14-15).²³ Paterson smatra da, bez sumnje, podela vlasti mora igrati važnu ulogu u imenovanju sudija i vršenju njihovih funkcija ali ističe neprihvatljivost apsolutnog važenja tog principa kada je reč o imenovanju sudija, jer se onda zapravo radi o nekoj vrsti samopostavljenja kroz telo sačinjeno isključivo od sudija. Isti autor imenovanje kroz ovakvo telo vidi kao priliku za neku vrstu *self-replication*, odnosno biranje, iz ugla tih sudija, podobnih kandidata, što sličnijih njima samima.²⁴ Flajner ne smatra da imenovanje sudija od strane izvršne vlasti nužno predstavlja atak na njihovu nezavisnost ukoliko su obezbeđene druge garancije nezavisnosti poput stalnosti mandata i finansijske sigurnosti. (Flajner, 2009: 107)

Imajući sve navedeno u vidu, kada je reč o nadležnostima VSS-a i DVT-a u procesu ustavnih promena, čini se nespornim da članovi 154 i 165 Ustava treba da budu izmenjeni na način koji podrazumeva isključivu nadležnost VSS-a i DVT-a za izbor i razrešenje nosilaca pravosudnih funkcija.

Za razliku od ovlašćenja čija je primarna uloga zaštita nezavisnosti pravosuđa, stav Venecijanske komisije je da "autonomija sudskog saveta koja garantuje nezavisnost pravosuđa, ne podrazumeva postojanje sudijskog samoupravljanja. Upravljanje administrativnom organizacijom pravosuđa ne mora nužno u potpunosti biti u rukama sudija." (CDL-AD(2007)028, par. 25-26)²⁵ "Saveti sudstva, kada postoje, ili druga nezavisna tela nadležna za upravljanje sudovima,

²³ U tom smislu, interesantno je da je slično rešenje poznao još Ustav iz 1888. u kome je uloga monarha u postupku određivanja drugostepenih i trećestepenih sudija bila simbolička, pa iako "sve sudije postavlja kralj... Predsednici i članovi Kasacionog i Apelacionog suda postavljani su na osnovu lista, od kojih jednu predlaže Državni savet, a jednu Kasacioni sud" (čl. 155, st. 1 i 3) "Vlada je po svom izboru postavljala samo sudije prvostepenih sudova. Predsednike prvostepenih sudova, članove i predsednika Apelacionog suda, vlada je postavljala po kandidatskim listama Apelacionog i Kasacionog suda; članove i predsednika Kasacionog suda po kandidatskoj listi samog tog suda"²³ Ustav iz 1903. Jedina razlika između ova dva ustava, kada je reč o načinu određivanja sudija, je u tome što Ustav od 1903. godine propisuje i postupak predlaganja kandidata za sudije prvostepenih sudova. Naime, one se "postavljaju (se) po listi, koju predlaže ministar pravde sa predsednicima Kasacionog i Apelacionog Suda", pri čemu "u listi mora biti dva puta onoliko kandidata, koliko ima upražnjenih sudijskih mesta" (čl. 154, st. 5 Ustava od 1903. godine). Ovim je, u skladu sa zahtevima sudijske nezavisnosti, i pitanje načina određivanja prvostepenih sudija bilo ustavom rešeno, i time izuzeto iz nadležnosti zakonodavne vlasti. Iako se ovom novinom isključuje mogućnost zakonskog prepuštanja monarhu da samostalno odlučuje o sastavu prvostepenih sudova, poveravanje predlaganja kandidata trojici javnih funkcionera – ministru pravde i predsednicima Kasacionog i Apelacionog suda – pruža nešto slabije garancije sudijske nezavisnosti od rešenja koje je predviđeno za određivanje sudija drugostepenog i trećestepenog suda. ²³ T. Marinković, Jemstva sudijske nezavisnosti u ustavima Kneževine i Kraljevine Srbije, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2/2010, ss. 143- 157

²⁴ *Ibid.*, 30.

²⁵ Vidi i: Opinion on Recent Amendments to the Law on Major Constitutional provisions of the Republic of Albania, CDL-INF (1998)009, para. 12.

sami sudovi i/ili strukovne organizacije sudija mogu biti konsultovani prilikom izrade budžeta pravosuđa (CDL-AD(2007)028, par. 40).²⁶

U pogledu sastava saveta, Venecijanska komisija smatra da bi "najmanje polovinu njegovih članova trebalo bi da čine sudije koje su izabrale njihove kolege." (CDL-AD(2007)028, par. 46) Ipak, u skladu sa ranije pomenutim nastojanjem da se uspostave elementarni demokratski principi, Venecijanska komisija prepoznaje potrebu da ostali članovi saveta ne budu deo pravosuđa i da predstavljaju druge grane vlasti ili akademsku zajednicu ili pravnike praktičare. Ovakav sastav je opravdava potreba za kontrolom kvaliteta i nepristrasnosti koje po svojoj prirodi nadilaze interese pojedinačnih sudija. Štaviše, ogromna nadmoć sudijske komponente, rađa opasnost od korporatizacije upravljanja. U mešovitom sastavu saveta i vršenju kontrolne funkcije, Komisija vidi mehanizam jačanja poverenja građana u pravosuđe. Kada je u pitanju učešće izvršne vlasti, odnosno njenih predstavnika (npr. ministra pravde) Venecijanska komisija, uzimajući u obzir praksu brojnih evropskih država, u načelu dozvoljava mogućnost da ministar bude član saveta ali predlaže da bude isključen iz postupka donošenja odluka koje se tiču premeštaja sudija ili disciplinskih mera protiv njih, što bi moglo dovesti do neprimerenog uticaja vlade. (CDL-AD(2007)028, par. 34 i CDL-AD(2007)028, par. 50-51). Preporuka Venecijanske komisije da predsednik sudskog saveta bude biran iz reda članova saveta koji nisu sudije. (CDL-AD(2007)028, par. 35) Komisija podvlači neophodnost da se obezbede delotvorne disciplinske procedure, odnosno osigurati da se disciplinski postupci protiv sudija sprovode efikasno i da nisu kompromitovani neopravdanom uzdržanošću kolega. ²⁷ "U sistemu koji počiva na demokratskim principima, razumljivo je da sudski savet treba da predstavlja volju naroda, kao što to čini skupština." (CDL-AD(2007)028, par. 30-31²⁸) Iz perspektive Komisije, zbog zaštite saveta od politizacije, njegovi članovi ne bi trebalo da budu narodni poslanici. (CDL-AD(2007)028, par. 32) Ipak, isključenje izvršne i zakonodavne vlasti iz izbora sudija i tužilaca, iako poželjno u državama koje se

²⁶ Štaviše, Kijevske Preporuke jasno govore u prilog podele nadležnosti vezanih za odlučivanje o statusnim pitanjima nosilaca pravosudnih funkcija i upravljanje poslovima pravosudne uprave. ²⁶ Glavni argument kojim se brani ovaj stav jeste izbegavanje preterane koncentracije moći i korporatizacije pravosuđa. Značaj izbegavanja koncentracije moći naročito je istaknut kada je reč o disciplinskim postupcima protiv sudija. (par. 5)

²⁷ Član 153, stav 1, Ustava RS predviđa da je Visoki savet sudstva nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija. Za razliku od ove odredbe, sam sastav Saveta bi u kontekstu gore izloženih standarda morao biti promenjen. Jedno od mogućih rešenja mogao bi biti mešoviti sastav, koji bi podrazumevao 10 članova, od čega bi polovinu činile sudije izabrane od strane samih sudija, a drugu polovinu istaknuti pravnici-nezavisni eksperti u oblasti organizacije, funkcionisanja i reforme pravosuđa, izabrani od strane Narodne skupštine. Upravo iz redova ovih članova trebalo bi da bude i predsednik Saveta, koji bi imao tzv. Pravo zlatnog glasa. Jedina razlika koja bi trebalo da postoji kada je reč o DVT-u, jeste u pogledu članstva Republičkog javnog tužioca u DVT-u. Imajući u vidu hijerarhijsko uređenja javnotužilačke organizacije, čini se da je članstvo Republičkog javnog tužioca ne samo moguće već i nužno, i to na poziciji predsednika DVT-a po položaju, dok mogućnost da predsednik Vrhovnog suda bude biran za člana VSS-a ne bi trebalo dozvoliti jer bi vodilo preteranoj koncentraciji moći.

²⁸ Vidi i CDL-INF(1998)009, par. 9. U Kijevskim Preporukama insistira se na tome da sudije viših nivoa sudova ne smeju brojčano dominirati u savetu, kao i da predsednici sudova ne mogu istovremeno biti članovi saveta. (par. 7)

svrstavaju u mlade demokratije, nosi opasnost ne samo od kronizma i samoreprodukcija sudstva iz redova sebi sličnih, već i po načelo suverenosti građana, posebno u svetlu činjenice da većinu članova saveta ne bira parlament. Sve tri grane vlasti, pa i sudska, treba da potiču ili zadrže neku vezu sa građanima kao nosiocem suverenosti.

4.3. Stalnost mandata kao individualna garancija nezavisnosti sudije

Stalnost podrazumeva da sudijska funkcija ne može prestati drukčije nego *ex iusta causa*, a naročito da ona ne može prestati administrativnim otpuštanjem – jednostranim i neobrazloženim prekidom funkcije voljom upravne vlasti. (Kostić, 2010:49) Tako su američki ustavotvorci, još krajem XVIII veka, ustanovili jednoobrazna pravila odgovornosti za sve javne funkcionere, uključujući tu i sudije federalnih sudova, propisavši da oni mogu da budu razrešeni dužnosti samo zbog veleizdaje, primanja mita ili drugih teških zločina i krivičnih dela (čl. 2, odeljak 4, Ustav SAD). Engleski Zakon o nasleđu prestola od 1701. godine predviđa da sudije ostaju na dužnosti dok se dobro vladaju (*quamdiu se bene gesserint*) što, iako podrazumeva doživotno obavljanje te funkcije,¹⁰⁰ ne isključuje mogućnost njihovog razrešenja usled nesposobnosti (*incapacity*) ili lošeg vladanja (*misbehaviour*). Najveći broj ustava, međutim, ne navodi razloge za razrešenje sudije, prepuštajući uređenje ovog pitanja, uprkos njegovom nesumnjivom značaju za sudijsku nezavisnost, zakonodavnoj vlasti. Ipak, određena minimalna pravila o prestanku sudijske funkcije ustavi redovno propisuju, određujući, pre svega, organ koji odlučuje o prestanku funkciju, a uz njega neretko i organ koji pokreće postupak za prestanak funkcije. (Marinković, 2010: 159) Stalnost sudijske funkcije predstavlja jedan od ključnih elemenata nezavisnosti sudija. Shodno tome, sudije bi trebalo da uživaju stalnost sudijske funkcije sve do dostizanja gornje starosne granice za penzionisanje, ukoliko takva granica postoji. Uslove prestanka sudijske funkcije bi trebalo ustanoviti zakonom. Trajno imenovanje se može ukinuti samo u slučaju ozbiljnog kršenja disciplinskih ili krivičnih zakonskih odredbi ili kada sudija više nije u stanju da obavlja svoju sudijsku funkciju. Prevremeno penzionisanje može se odobriti samo na zahtev odnosnog sudije ili iz zdravstvenih razloga. Stav Saveta Evrope je da čak i kada postoji zapošljavanje na probni rok ili na određeno vreme, odluka o potvrdi ili obnavljanju takvog imenovanja može se doneti samo u skladu sa gore pomenutim uslovima, kako bi se obezbedilo potpuno poštovanje nezavisnosti sudstva.²⁹

Član 146 Ustava RS u stavu 1 garantuje stalnost sudijske funkcije. Ipak, u stavu 2 propisan je izuzetak koji predviđa da se lice koje se prvi put bira za sudiju bira na tri godine. Upravo ovaj izuzetak predmet je kritika u prethodnih desetak godina, ali i tema kojom se Venecijanska komisija bavila u više navrata.

²⁹ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and responsibility of judges, par. 49-51.

Iako je stalnost mandata, kao garancija sudijske nezavisnosti, danas ugrađena u brojne međunarodne dokumente koji sadrže relevantne standarde, izgleda da i dalje postoji određeni broj otvorenih pitanja, poput odluke svake pojedinačne države da izabere između ograničenog trajanja ili nepostojanja probnog perioda (odnosno probnog mandata). Kako je probni period osporen i od strane vrhovnih sudova nekih evropskih država,³⁰ Venecijanska komisija je zauzela stav da probni period može da ugrozi nezavisnost sudija jer mogu osećati pritisak da u konkretnim slučajevima presude na određeni način. Imajući ovo u vidu, Komisija je zauzela stav da ovo ne treba da bude shvaćeno kao isključivanje mogućnosti za postojanje privremenih sudija. Ovo naročito u državama sa relativno novim pravosudnim sistemima, gde može postojati praktična potreba da se najpre proceni da li je sudija zaista sposoban za efektivno vršenje funkcije pre imenovanja na trajni mandat ili ocenu da do izbora ne treba da dođe. U svakom slučaju, ako je probni period obavezan "odbijanje da se sudija imenuje na trajni mandat mora biti zasnovano na objektivnim kriterijumima i uz poštovanje istih procesnih garancija koje važe u slučaju razrešenja sudije." Komisija zaključuje da je osnovna ideja isključivanje svih faktora koji mogu dovesti u pitanje nepristrasnost sudije, te da bi "uprkos višem cilju obezbeđivanja visokih standarda kroz sistem evaluacije, "uprkos kredibilnom cilju osiguravanja visokih standarda kroz sistem evaluacije, veoma je teško pomiriti nezavisnost sudije sa sistemom ocenjivanja njegovog rada. Ako se mora birati između ta dva, ključna vrednost je sudijska nezavisnost." (CDL-AD(2007)028, par. 40-43)

ZAKLJUČCI

U situaciji koja promenu Ustava u velikoj meri stavlja u teritorijalno-politički kontekst, čini se da bi makar oni segmenti, poput uređenja pravosuđa, za koje su već poznata ne samo sporna pitanja, već i spektar mogućih rešenja sadržanih u evropskim standardima, mogli biti pripremljeni isključivo na temeljima relevantnih standarda i najbolje uporedne prakse, a u kontekstu potreba našeg pravosuđa. U tom smislu, za pohvalu je odluka nadležnih institucija da sprovedu široku javnu raspravu i da u agendu uvrste sva aktuelna pitanja. Ipak, od ključnog značaja je ishod ovog procesa, odnosno u kojoj meri će, kako učesnici javne rasprave, tako i nadležne institucije, kao polaznu tačku prilikom izrade radnog teksta izmenjenog Ustava, uzeti upravo stavove i principe koje je u svojoj praksi, tumačeći standarde relevantnih međunarodnih tela, a u kontekstu konkretnih uporedno-pravnih problema, definisala Venecijanska komisija. Nema sumnje da suprotstavljeni interesi, ne samo različitih grana vlasti, već i unutar samog pravosuđa, neretko dovode do nezadovoljstva pojedinim stavovima Komisije, pa će, u tom smislu, dosledno poštovanje procedure koja uključuje konsultovanje Venecijanske komisije pre usvajanja ustavnih promena, ali i prihvatanje pristiglih sugestija i komentara,

³⁰ Vidi: The decision of the Appeal Court of the High Court of Justiciary of Scotland (Starr v Ruxton, [2000] H.R.L.R 191 and also Millar v Dickson [2001] H.R.L.R 1401).

odigrati ključnu ulogu u preovladavanju stručnosti nad politizacijom i korporatizacijom.

LITERATURA

- (1) Paterson, A. Paterson, C. (2012) *Guarding the guardians? Towards an independent, accountable and diverse senior judiciary*, CentreForum.
- (2) Uzelac, A. (1992) *Zavisnost i nezavisnost- prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 4, str. 575-594.
- (3) *Akcioni plan za Poglavlje 23*. Dostupno na: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf>, pristupljeno: 10. septembra 2017;
- (4) *Analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji*, <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5847/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>, pristupljeno 23. maja 2017. godine.
- (5) Montesquieu, C. (1748) *The Spirit of Laws*.
- (6) *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia, adopted by the Commission at its 64th plenary session (Venice, 21-22 October 2005)*.
- (7) *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2007)028, Judicial Appointments Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007)*.
- (8) *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2010)004-e, Report on European Standards as Regards the Independence of the Judicial System: Part I- The Independence of Judges, Adopted by the Venice Commission at its 82th plenary session (Venice, 12-13 March 2010)*.
- (9) *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Opinion on two Sets of Draft Amendments to the Constitutional Provisions Relating to the Judiciary of Montenegro, adopted by the Commission at its 93rd plenary session (Venice, 14-15 December 2012)*.
- (10) Taranovski, F. V. (2003) *Enciklopedija prava*, Beograd.
- (11) *Izveštaj o skriningu za Pregovaračko poglavlje 23*. Dostupno na: http://seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/Skrining/Screening%20Report%2023_SR.pdf, pristupljeno: 25. 05. 2017.
- (12) Kostić, L. M. (2000) *Komentar Ustava – Jugoslovensko ustavno pravo (Sabrana dela, I – Ustavno pravo)*, Beograd.
- (13) Kolaković-Bojović, M. (2016) *Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards*. *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu (Annals of the Faculty of law in Belgrade, Belgrade Law Review, 3, pp. 192-204*.
- (14) Kolaković-Bojović, M (2016) *Organizacija pravosuđa u Republici Srbiji i Poglavlje 23*. U: Bejatović, S. *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo*. Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, str. 98-106.
- (15) *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and responsibility of judges*.
- (16) Stevens, R. (2003) *Reform in haste and repent at leisure: Iolanthe, the Lord High Executioner and Brave New World*. *Legal Studies, 1-2, pp.1-34*.
- (17) Orlović, S. (2010) *Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji*. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2, str. 163-186*.
- (18) Flajner, T. (2009) *Nezavisnost sudstva*. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, s. 4/2009, 93-120*.

- (19) Marinković, T. Jemstva sudijske nezavisnosti u ustavima Kneževine i Kraljevine Srbije, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2/2010, ss.134-162.

THE VENICE COMMISSION OPINIONS AS A FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL CHANGES IN PART THAT RULES JUDICIARY

The process of constitutional change undoubtedly provokes intense reactions both to the professional and the general public. The need for the wider dialogue within this process is no longer questioned. Nevertheless, over the years, the issue of constitutional order is no longer exclusively internal issue of European states. Membership in the family of European nations, either through the Council of Europe, either through the European Union, implies the obligation to reach and maintain a certain level of standards regarding the organization and functioning of the legal system. One of the most important mechanisms in this regard is the previous analysis and giving opinion on the draft Constitution by the Venice Commission. In parallel, taking into account the views taken by the Commission on earlier proposals of the constitutions of other member states of the Council of Europe during the drafting of a constitutional amendments is also of the crucial importance. As the current constitutional changes in the Republic of Serbia constitute an integral part of the accession negotiations with the European Union (Chapter 23), Serbia has committed itself in the Action Plan for this chapter- the part relating to the organization and in particular the independence of the judiciary, to amend its Constitution in accordance with the views of the Venice Commission. Apparently, it seems as a simple task but that in practice gets on the complexity due to several factors analyzed in this paper: The first of all, there is a question of the (non)existence of unambiguous standards governing this field but also the issue of their (non) selective application to all countries equally. Finally, the flexibility and uniqueness of the views taken by the Venice Commission on concrete issues concerning constitutional guarantees in the field of judiciary are essential for assessment of their influence in the process drafting of a new text of the Constitution, as well as in terms of choosing concrete solutions regarding the composition and competences of the High Judicial Council and the State Prosecutorial Council, as bodies in charge of ensuring the independence of the judiciary, but also when it comes to creating mechanisms of independence and accountability of the holders of judicial functions.

KEY WORDS: Venice Commission / European Standards /
Constitution / judiciary / independence / EU