

OTVORENA PRAVNO-SISTEMSKA PITANJA USTAVNE REVIZIJE O PRAVOSUĐU

I

U Srbiji je, na prvi pogled, u toku ustavna revizija koja se tiče sudova i tužilaštva u vezi koje je izrađen tekst amandmana, izvedena javna rasprava i pribavljeno je mišljenje Venecijanske komisije. Radni tekst tih ustavnih promena, kao i mišljenja Venecijanske komisije neće biti predmet neposrednog analiziranja, već veoma složena sistemska pitanja koja je ova promena otvorila a o kojima nije bilo javnog pomena ni svesti o njihovom postojanju. Sa tog stanovišta navedeni tekstovi su samo povod za sistemsku analizu.

Već u vezi tih činjenica se susrećemo sa prvim otvorenim pravno-sistemskim pitanjima. Prvo, pošto odluku da se promeni ustav nije donela Narodna skupština i pošto u ustavu nema odedbi o javnoj raspravi, postavlja se pitanje kakva je pravna priroda akta o kome je vođena vrlo polemična javna rasprava. Drugačije rečeno, suprotno članu 203. st. 1. i 2. Ustava Srbije, Ministarstvo pravde Srbije je izradilo i uputilo na javnu raspravu tekst o promeni ustava i potom, nekoliko, promenjen tekst dostavilo na mišljenje Venecijanskoj komisiji. Tom prilikom je javno i zvanično saopšteno, da od tog mišljenja zavisi da li će biti tekst upućen na usvajanje. To je razlog da se sve dosadašnje faze tzv. promene ustava ne mogu smatrati pravno validnim, odnosno ne mogu zameniti akte iz člana 203. st. 1. i 2, pa saglasno tome ni vođenim postupkom promene ustava. Po svojoj prirodi sve to mogu biti politički akti i radnje u vezi s ustavnim promenama, koje do

sada nisu činjene i koje nisu zabranjene, ukoliko im se ne pridaje dejstvo koje nemaju. Ništa se ne menja u zaključku čak iako se ima u vidu da je taj tekst nazvan "radnim". Ovo pitanje je otvoreno samo pod pretpostavkom da se postupak promene ustava koji je propisan ovim istim ustavom, mora poštovati, što je verovatno tako i što je to većinski naučni stav (suprotno V. Kutlešić, Ustavno pravo, Beograd, 2017., str. 37).

Drugo, postupak promene ustava je kao i svi drugi postupci donošenja pravnih akata strogo formalan i nema predviđenu ni fazu javne rasprave ni pribavljanje mišljenja Venecijanske komisije. S timu vezi treba imati u vidu da ni njihovo postojanje ni njihov sadržaj zbog toga nemaju formalno-pravnu obaveznost i značaj. Njihov politički značaj može biti veliki, kao što je to slučaj sa Venecijanskom komisijom za države kandidate za prijem u EU.

Treće, i po peti put u ustavnoj istoriji Srbije mehanički i bez razmišljanja opet se pristupilo amandmanskoj tehnici promene ustava iako to nije ni obavezno niti saglasno evropsko-kontinentalnoj prirodi našeg prava, a pogotovo nije pogodno za izmene teksta već samo za njegove dopune. Drigim tehnikama u kombinaciji sa ustavnom inkorporacijom mnoge evropske države pažljivo čuvaju neprekinuti ustavni kontinuitet (Belgija, Norveška, Holandija).

Razume se da mnogo veći problem od navedenog pravno-proceduralnog, iako ni on nije zanemarljiv i beznačajan, predstavlja bezbroj puta ponovljen cilj tih promena, koji se u suštini svodi na, povećanje sudske nezavisnosti, odstranjivanjem svakog uticaja politike i političkih partija. U vezi s tim ciljem otvara se cela lepeza veoma složenih pitanja.

Sudeći po sajtovima Ministarstva pravde i Venecijanske komisije, ovaj tekst amandmana, nije nastao ni iznenada, ni niotkuda, jer ti podaci govore da je na tom poslu radila već duže vreme veća grupa različitih ljudi, domaćih i stranih. Otvorena pitanja koja danas imamo u vezi njihovog rada su posledica već na prvi pogled upadljive činjenice da je celokupan taj posao rađen bez predhodno utvrđenog sistemskog okvira i očigledno bez takve vrste znanja i obrazovanja, a pored toga sa malo javnog uvida. Naime, sudeći po dostupnim informacijama, u tom radu su uzeli učešće nerelevantne i neodgovarajuće ličnosti, i domaće i strane. Tako su u stručnom radu i u javnoj raspravi, dominantno učestvovali sudije, tužioc i mnogobrojne i raznovrsne nevladine organizacije. Sa druge strane, u medijski je taj rad praćen i podržavan banalnom i politikantskom, čak do vulgarnosti i apsurdna dovedenom pričom o potrebi potpune nezavisnosti sudstva.

II

Nezavisnost sudstva i podela vlasti

Pokretač ove ustavne promene je nezavisnost sudstva postavio kao glavni i osnovni cilj a najvažniji način za ostvarenje navedenog cilja ustavne prome-

ne, pa zbog toga i najvažniji sadržaj ustavne promene vezao za izmenu načina izbora sudija.

Način izbora sudija (o tužiocima posebno) nije usko stručno i tehničko pravno pitanje, kako se to očigledno pogrešno smatralo i zbog čega je njegovo razmatranje smešteno unutar Ministarstva pravde, a za učesnike u tom razmatranju angažovani, sa jedne strane samo pravni praktičari - sudije i tužioci, a sa druge strane veliki broj amatera, volontera i diletanata iz različitih organizacija tzv. civilnog sektora koji su bez ikakvog stručnog autoriteta i kredibiliteta. Nasuprot tome, u izradi nisu bili pozvani ni pravni fakulteti, ni specijalizovani instituti koji su za takve poslove kvalifikovani i akreditovani - ovlašćeni. Iz tih razloga se dogodilo da se rad i posao vodi bez svesti i znanja da su pitanja položaja sudova i izbora i položaja sudija, posledična i izvedena pitanja iz mnogo šireg i verovatno naj-složenijeg pitanja ustavno-pravne nauke – pitanja organizacije vlasti, a u okviru njega pitanja međusobnog odnosa tih vlasti.

Pored toga, pogrešnim rezultatima u pripremi amandmanima doprinosi i to što Ustav Srbije iz 2006. sadrži osoben oblik podele vlasti o čemu takođe nije vođeno računa. Princip podele vlasti u svakom od svojih teorijskih ili pojavačkih oblika uvek znači međusobno uticanje i ograničavanje svih grana vlasti bez izuzetka, samo što se načini i oblici tih uticaja i ograničavanja razlikuju zavisno od konkretnog oblika podele vlasti. Drugačije rečeno ni u jednom od oblika podele vlasti nikada i nigde ne postoji potpuno odvajanje i samostalnost ni jedne grane vlasti. Posebno je ta odvojenost i samostalnost nemoguća u parlamentarnom podobliku podele vlasti koji je primenjen u Ustavu Republike Srbije (član 4. Ustava). To znači da proklamovani cilj ove ustavne promene - "potpuna samostanost sudova i odvojenost od uticaja politike" je ne samo stručno netačna, već direktno protivustavna.

Zbog toga, nije razumljivo i opravdano što pisci amandmana ne uočavaju značaj i posledice sadržaja stava 3. člana 4. Ustava, u kome piše: "Odnos tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli." Kod čitaoca-laika ili kod njima sličnih, koji su pravnici, ali bez teorijskog znanja, zabunu u razumevanju koncepcije podele vlasti i položaja sudova izaziva sledeća odredba ustava - stav 4. navedenog člana Ustava, u kom piše: "Sudska vlast je nezavisna". Leksički posmatrano ove dve odredbe su očigledno suprotne i međusobno i u teoriji ustavnog prava, jer se ne može istovremeno biti i u ravnoteži i međusobnoj kontroli i biti nezavisan. Na ovoj odredbi se često i posebno insistira kada se traži nezavisnost sudova. Čak je i Venecijanska komisija, u mišljenju o ovim amandmanima (CDL - AC-2018-011), primetila, važnost te odredbe za ostvarivanje nezavisnosti sudova kojom se u ovom slučaju jedino i to aprioristički bave, što potpuno korespondira sa istim pristupom domaćih pisaca ovog teksta, očigledno pod njihovim uticajem. Tom prilikom, svi oni, ali i mnogi drugi mnogo puta do sada,

potpuno mehanički, kao mantru i političku parolu, ponavljaju zahtev za nezavisnošću sudova, a da niko nije temeljno analizirao šta to stvarno znači u različitim sistemima organizacije vlasti i različitim pravnim sistemima. Ovo načelo nema univerzalnu vrednost i značaj, kakvu mu se pokušava pridati, kao što su sloboda, pravda, jednakost ili demokratija.

Pošto se sada ne radi o političkom marketingu ili donošenju još jedne međunarodne rezolucije ili osnivanju još jedne, pored niza postojećih, međunarodne ili domaće organizacije, stručne ili strukovne, koje to koriste kao marketing, već se radi o upotrebi tih parola za promenu Ustava Srbije, razmotrićemo ih detaljnije.

Kako smo već rekli, navedena odredba ustava je verovatno, kao i neke druge, prepisana iz nekog udžbenika ustavnog prava, ali je tom prilikom načinjena, u najboljem slučaju, jezička greška. Naime, ta odredba da bi imala teorijskog smisla mora da glasi: "Sudije su nezavisne u odlučivanju", kako inače stoji i u brojnim drugim ustavima u svetu (npr. član 97. stav 1. Osnovnog zakona Nemačke, iako i ove greške nisu retke. Dakle, nije i ne može sud, kao ni drugi državni organi da budu nezavisni u sistemu podele vlasti, nego su sudije nezavisne, kada sude u konkretnim predmetima, kao što su i poslanici u parlamentima slobodni – nezavisni u svom radu, jer je zabranjen imperativni mandat. Drugačije rečeno, pogrešni i netačni argumenti o nezavisnosti sudova su nastali prvenstveno lošom pravnom tehnikom izrade ustavnog teksta, ali i zbog korišćenja konstatacija koje nisu norme (potiču iz udžbenika).

Rešenja predložena u radnom tekstu amandmana koja se odnose na drugačiji - nov način izbora sudija (Amandman VIII) nisu u skladu sa Ustavom Srbije, jer menjaju položaj sudova prema zakonodavnoj i, izvršnoj vlasti, tako da zakonodavstvo i izvršna vlast gube efikasan i direktan način za ostvarivanje "ravnoteže i kontrole", ako izgubi za to najjače sredstvo - izbor sudija.

Međutim i pored toga takvo novo rešenje nije ustavno-pravno nemoguće, ali sa sobom povlači jednu važnu posledicu koja mora biti jasno iskazana i prihvaćena a ne da bude kolateralna posledica. Ta posledica je izmena člana 4. Ustava tako da sudovi nisu deo sistema državne vlasti, koga čine samo zakonodavstvo i izvršna vlast ili što bi bilo najbolje izostaviti iz ustava ovaj član jer je udžbeničkog, a ne normativnog karaktera. Pod navedenim uslovom mogli bi se usvojiti predloženi amandman, ako to legitimni politički subjekti hoće, a da se ne napravi unutrašnja suprotnost ustavnih odredbi.

Inače u teoriji ustavnog prava, nisu nepoznata, iako su retka, razmatranja da se, radi postizanja veće samostalnosti i nezavisnosti sudija, njihov izbor poveri njima samima (R. Marković, Đ. Tasić, I. Krbek). Pored toga, ukoliko se ne radi o predsedničkom sistemu i to u anglosaksonskom pravu (SAD), u kome sudstvo ima neizostavnu ulogu u sistemu međusobnih odnosa sve tri grane, pod navede-

nim uslovom promene člana 4., sada postojeći model organizacije vlasti u Srbiji ne bi trpeo posledice.

III

Sudstvo, vlast i legitimitet

Ukoliko bi se prihvatio nov način izbora sudija, njegova direktna posledica je da sudstvo kao sistem državnih organa gubi izvor legitimiteta koji, prema sada postojećim rešenjima, postoji preko izbora od strane Narodne skupštine. Gubitkom legitimiteta, onemogućava se sistemska pozicija sudstva kao jedne od tri grane vlasti, jer bez legitimiteta nema državne vlasti.

Naime, u modernoj državi, od kraja XVIII veka pa do danas, legitimitet se zasniva na nacionalnom – građanskom suverenitetu, odnosno na biračkom pravu kao obliku njegovog vršenja. Nacionalni suverenitet ovog tipa i predstavnička vladavina su načela i važećeg Ustava Srbije (član 2.), kao i velikog broja drugih ustava u svetu.

Iz toga proizilazi da sudovi kao sistem državnih organa legitimitet mogu dobiti samo preko i od zakonodavne ili izvršne vlasti, zavisno od toga da li se radi i o kom obliku parlamentarnog, predsedničkog ili mešovitog sistema podele vlasti i kako je to predviđeno u nizu tzv. starih evropskih demokratija, kako ih naziva Venecijanska komisija. Kako je u važećem Ustavu Republike Srbije utvrđena jedna varijanta parlamentarnog modela podele vlasti, sudovi legitimitet moraju i mogu dobiti samo od parlamenta, dok je u drugim modelima podele vlasti i u drugim državama to moguće i preko organa izvršne vlasti.

Način izbora sudija prema važećem ustavu se zbog toga čini da predstavlja najdalju granicu do koje se moglo ići u tzv. područjavanju i depolitizaciji izbora sudija, a da se zadrži jasan legitimacijski osnov sudije i sudova. Zapostavljanje i gubljenje iz vida pitanja izvora i načina legitimizacije vlasti, ako je cilj da suđenje bude deo i vrsta državne vlasti, predstavlja težak poremećaj predstavničke vladavine i nacionalnog suvereniteta pa je kao takva direktno suprotna članu 2. Ustava Srbije. Dakle, nema vlasti ako ona ne potiče od građana ili od drugih vlasti koje su taj legitimitet predhodno dobile od građana. Retki primeri neposrednih i opštih izbora sudija od strane građana u cilju njihove legitimizacije (npr. neke države članice SAD) samo potvrđuju iznetu konstataciju. Dakle, ni status jedne od državnih vlasti nije moguć a da se bude nezavisan, već naprotiv direktno zavisno od volje građana, posredno ili neposredno. U zaključku će biti dat osvrt na koncepciju sudstva kao državnog posla, a ne državne vlasti.

Teško je shvatljivo i na granici ironije izgleda predloženo rešenje iz ovih amandmana prema kome Narodna skupština bira vrhovnog tužioca Srbije iz čega proizilazi da, od svih pravosudnih funkcionera, jedino on ima nesporan legiti-

tet iako se radi o vršiocu državnih poslova koji to ne zahtevaju i objektivno nisu takvog značaja, već su izvršno-upravne prirode i slični su inspekcijskim i policijskim poslovima. Međutim, nastavlja se sa decenijskim zamagljivanjem i nerasčišćavanjem pitanja stvarne pravne prirode ovih poslova i njihovog jasnog odvajanja od sudova.

Posebnu pažnju i komentar treba posvetiti pokušaju da se nedostatak stvarnog legitimiteta nadomesti i zameni autolegitimizacijom, tako što će se on zameniti nekim ličnim osobinama sudija. Međutim, obrazovanje, iskustvo, stručnost, moralni kvalitet, koliko god važni, nisu izvor i osnov da se vrši suđenje kao vrsta državne vlasti već samo predhodna pretpostavka koja se mora ispuniti pre dobijanja legitimacijskog ovlašćenja. Jednako tome, predsednik republike ili neki drugi državni organ nije onaj i svako ko ima prebivalište, poslovnu sposobnost i određene godine života kao što nije ni sudija ustavnog suda svaki istaknuti pravnik određenih godina i radnog iskustva već samo onaj među njima, a uvek ih je mnogo više koji to ispunjavaju, kome građani ili od građana ovlašćeni organi, tu legitimaciju daju. Svaka drugačija legitimacijska matrica državne vlasti bila je u starom i srednjem veku svojstvena raznim oblicima autokratija, u kojima su lične osobine (harizmatско-elitističke koncepcije vlasti) ili genetsko - nasledne osobine (dinastičke koncepcije) bile osnov, ali danas više nisu moguće. Ovde valja podsetiti i da se u modernoj državi, sudske odluke izriču u ime naroda, države ili suverena, a ne u ime istine, pravde i zakonitosti, što takođe jasno određuje poreklo njihove legitimnosti.

U raspravama o položaju i ulozi sudova, značajan uzrok velikog broja rasprava nastaje zbog terminologije, odnosno zbog pogrešnog pridavanja značenja reči vlast, kako u Ustavu, tako i u nizu propisa i svakodnevnog govoru. Imenica vlast u citiranim odredbama Ustava nema značenje "državna vlast", već značenje "ovlašćenje" ili "nadležnost" i zbog toga je pogrešno iz upotrebe ove imenice uz određenje vrste poslova, funkcija, zaključiti da se zbog toga radi o državnoj vlasti, a još gore da u jednoj državi postoji više državnih vlasti - zakonodavna, izvršna, sudska od kojih je jedna još i nezavisna. To je ili veliko neznanje osnova teorije o državi ili velika manipulacija. Dakle, ponovo sa pozivom na udžbenike, državna vlast u jednoj državi je uvek jedna i jedinstvena, a različito se mogu organizovati njene funkcije – skupovi srodnih državnih poslova. Jedan od tih načina se u teoriji zove podela vlasti, ali to nikada i nigde ne znači političku podelu ili suprotstavljanje i razlikovanje raznih državnih vlasti, već samo organizaciono pravno uređivanje obavljanja državnih poslova. Dakle, termini "podela" i "vlast" nemaju bukvalno i laičko značenje, već pravno i stručno. Treba ponoviti da je član 4. Ustava Srbije, u kome se ove formulacije nalaze, delimično netačna (npr. nejasan odnos prema upravnoj vlasti), ali i nespretna i neprecizna kompilacija udžbeničkog karaktera i da takve odredbe su retke u drugim ustavima u svetu.

Da zaključimo, sudovi nisu i ne mogu biti nezavisna državna vlast i može se govoriti samo o nezavisnosti sudija u vršenju sudske funkcije u vezi sa konkretnim sporom o pravnosti. Takođe je nesporno da su sudovi državni organi koji obavljaju posebne državne poslove, ali da bi ti poslovi i po svojoj prirodi bili državna vlast moraju da ispune iste uslove kao i drugi.

IV

Evropski ili anglosaksonski sistem prava

Sledeće sistemsko otvoreno pitanje predloženog radnog teksta amandmana potiče od nesvesnog ili svesnog previda suštinskih razlika u karakteru evropsko-kontinentalnog prava u odnosu na druge sisteme prava, u ovom slučaju posebno anglo-saksonskog prava. Te razlike su i brojne i značajne i one utiču na konkretno modeliranje sistema organizacije vlasti odnosno o njima se mora voditi računa. Treba podsetiti da je parlamentarna podela vlasti, kojoj u jednoj varijanti pripada i podela vlasti u Srbiji, nastala u Velikoj Britaniji, odnosno u anglosaksonskom sistemu prava. U tim sistemima prava, sudovi, kao treća grana vlasti, imaju neuporedivu veću ulogu i značaj nego u evropsko-kontinentalnim. Do ovoga dolazi zbog toga što su sudovi u anglosaksonskim sistemima stvaraoci prava, a njihove odluke izvor prava imaju ulogu opšte norme. Kad se tome doda da sudske odluke mogu dopunjavati delove akata koje je doneo parlament i da postoje cele oblasti koje su uređene samo sudskim odlukama onda je razumljivo na kojoj osnovi počiva položaj suda kao grane vlasti u ovim sistemima prava.

Suprotno tome, u evropsko-kontinentalnim pravima, a posebno u germanskoj grupi ovih sistema gde spada i Srbija, sudovi ne stvaraju pravo, a njihove odluke nisu izvor prava, već predstavljaju izvršenje prava. U ovim pravima se sudskim odlukama, u obliku pojedinačnih akata i normi primenjuju opšti akti i norme koje je kao primarne opšte norme predhodno donela zakonodavna vlast ili retko i izvršna vlast (u romanskoj grupi evropskih pravnih sistema).

Te činjenice bitno smanjuju značenje i uticaji sudova kao državnog organa, kao i značenje i svrsishodnost nezavisnosti sudstva u evropsko-kontinentalnom pravu, za razliku od anglosaksonskog sistema prava. To se često zaboravlja tako što se podela vlasti, nastala u Velikoj Britaniji, mehanički i nekritički preslikava u evropsko-kontinentalne sisteme. U anglosaksonskim sistemima samostalne odluke različitih sudova (common law case law) su izvor i osnov nastanka prava koji je na početku bio važniji a kasnije se izjednačio po ulozi i značaju sa drugim izvorom prava koga donosi parlament (statute law). Sledstveno tome, u evropskom pravu germanskog i romanskog tipa opšti akti a posebno zakoni su vezani isključivo za parlament i samo oni mogu davati i ukidati prava, pa zbog toga su to akti

veće pravne snage. Anglosaksonski system prava nema čak ni pojam zakona, kao ni izraženu hijerarhiju pravnih akata.

Te notorne, ali zaboravljene činjenice dovele su do predimenzioniranja i netačnog tretiranja uloge i važnosti principa nezavisnosti sudstva i potenciranju tvrdnje da su sudovi treća vlast. Ovo je obeležilo i pristup i ciljeve ustavne reforme u Srbiji. Uz to, u ovim raspravama je učinjena i druga, ne manje teška, greška a to je da se ceo problem pravne države (države vladavine prava) svodi na princip sudijske nezavisnosti. Princip sudijske nezavisnosti nije nevažan ni u evropsko-kontinentalnom pravu, ali je daleko od centralnog problema položaja sudske vlasti koji se nalaze na sasvim drugom mestu. Drugačije rečeno sudije moraju imati garanciju samostalnosti i nezavisnosti za svoj konkretan rad u konkretnim predmetima i prilikom donošenja konkretnih odluka, ali ta vrsta garancija nema ništa zajedničko sa načinom izbora, prestankom svojstva i njihovom odgovornošću.

Ne manje važno je podsetiti i na činjenicu da, u podobliku evropskog prava kome pripada i Srbija, o realnom društvenom značaju sudova i tužilaštva, a s tim u vezi i značajem njihove nezavisnosti, dovoljno govori notorna činjenica da ogromna većina građana nikad u svom životu nema ništa ni sa sudom, ni sa tužilaštvom ili ih ima samo u vezi sa ostavinom (a od uvođenja notara neće imati ni taj razlog). Više od toga podsetimo da neuporedivo veći društveni značaj imaju organi uprave koji stotinama puta u toku života svakog građanina odlučuju o najvažnijim pitanjima. Iako i upravni organi, isto kao i sudovi, donose pojedinačne akte radi izvršenja opštih akata, višestruko brojniji i važniji za život i rad ljudi skoro svakodnevno, niko nikad nije ni pomenuo potrebu nezavisnosti upravne vlasti.

U vezi s pitanjem razlikovanja i razumevanja prirode pravnih sistema je i neočekivana sugestija Venecijanske komisije da se razmotri unošenje principa “case law” u ustav, a da se izostavi iz Amandman V st. 3 tzv. ujednačavanje primene prava kroz sudske presude. Dakle, čak i kada pisac amandmana nije imao ni pomisao na “case law – precedent law”, kao institut koje izražava suštinu anglosaksonskog sistema prava i koji je suprotan evropskoj ideji zakona kao opšteg akta, lako i bez dileme predlaže se rešenje koje bi poremetilo sistem prava, očigledno ili zbog neznanja ili da se na mala vrata još jednom uvede neki institut koji ne pripada našoj pravnoj tradiciji i kulturi, kao što je to već više puta urađeno u krivičnom pravu (oportunitet, zaštićeni svedok...), javnom pravu (agencije, regulatorna tela...), itd. Gotovo sam siguran da 3 od 5 članova - podpisnika ovog Mišljenja, od kojih dva iz nordijske grupe evropskog pravnog sistema (Švedske i Danske) i jedan iz anglosaksonskog prava (Irska), uopšte znaju šta je institut sudske prakse i kakva je njegova razlika od case law. Kako objasniti da od 192 članica OUN, njih 81 ima evropsko-kontinentalno pravo, a samo 21 anglosaksonsko i da od iako samo 10 vanevropskih država u svetu ima mešovite sisteme između ova

dva sistema, stručno mišljenje o srpskom pravu daju troje koji potiču iz potpuno druge pravne kulture i prakse.

V

Nezavisnost i politizacija

Polazeći od sada iznetih konstatacija koje su stručno preovlađujuće i teško porecive, postavlja se pitanje odakle i zašto je nastao, tako snažan i raširen, unutar sudijske i tužilačke grupacije a zdušno podržan od strane mnogobrojnih i raznovrsnih udruženja građana (NGO), zahtev za nezavisnošću sudija u odnosu na način izbora i prestanka te funkcije. Iako bi se moglo poći od pretpostavke da je u pitanju nedovoljno znanje to ne bi bilo netačno jer je to očigledno, ali nije dovoljno da objasni njihovu oštrinu i upornost. Dakle, sva druga brojna i važnija pitanja, koja bi se mogla i trebalo u raspravi o nezavisnosti da postave – organizacija i vrste sudova, sudski postupci, finansiranje i opremanje sudova, izvršavanje odluka sudova itd., nisu postavljena, nego samo način izbora i to tako da se “odstrani svaki uticaj politike i političara”.

Svakoga ko bi pomislio da se tu ipak radi o zahtevima i stavovima principijelne i legitimne prirode, moramo obavestiti da se radi o sprovođenju teške političke diskvalifikacije država tzv. novih demokratija u odnosu na tzv. starije demokratije u Evropi. U tim starijim demokratijama “izvršna vlast ima snažan uticaj na izbor sudija ali je izvršna vlast ograničena pravnom kulturom i tradicijom”. Nasuprot tome, u novim demokratijama “koje nisu imale vremena da izgrade tradiciju koja može da štiti od zluopotreba” zbog toga su potrebne izričite ustavne odredbe da “spreče političke zloupotrebe ostalih državnih vlasti u izboru sudija” (Venice Commission, *Judicial Appointments*, CDL-AD (2007) 028). Ova skandalozna i uvredljiva konstatacija Venecijanske komisije Saveta Evrope odnosi se na 28 država, od kojih je 10 (od Litvanije do Rumunije) tada, 2007. godine, već bio i član EU. Takve paušalne ocene izrečene za 28 država Evrope same po sebi su neprihvatljive jer izjednačavaju države sa veoma različitom istorijom, čija je jedina zajednička karakteristika komunistički ekonomsko-politički sistem od 1945. do 1990. godine. Sve drugo u tim državama je u dugoj prethodnoj istoriji bilo različito od tog perioda i sigurno ne zaslužuje, bar kad su u pitanju zemlje istočne, centralne i južne Evrope tako grubu diskvalifikaciju. Reći za Poljsku da nema pravnu kulturu i tradiciju je smešno jer se radi o državi koja je prva u Evropi (3 meseca pre Francuske) imala ustav (IX. 1791) ili to isto reći za Češku, Slovačku, Sloveniju, Hrvatsku, Mađarsku i Rumuniju je netačno jer su dugo bile u sastavu Austrougarske koja je bila vodeća pravno, administrativno i sudski uređena država na nivou zakonske države. O ostalim bivšim komunističkim državama dalje Istočne Evrope (od Moldavije na istok) možda i postoji osnov za takvu tvrdnju ali one su Evro-

pa više geografski, a manje pravno – kulturološki, a dodirne tačke su malobrojnije i slabije.

Posebno ćemo dokazati apsurdnost navedene tvrdnje o odsustvu pravne kulture i tradicije u odnosu na Srbiju, ali bez romantičarskog pozivanja na srednji vek kad već od XII veka u Srbiji postoje pravni dokumenti kakvih tada nema u Evropi - Dušanov zakonik. Podsetićemo samo da je prvi pokušaj donošenja ustava Srbije 1805. godine u tekstu – Slovo o slobodi - Načela ustava Srbije, koji je za usvajanje na Praviteljstvujušćem Sovjetu pripremio Božidar Grujović i koji je direktno inspirisan francuskom revolucijom idealima zakonitosti i ravnopravnosti. Srbija će 1835. godine dobiti svoj prvi ustav, pa ubrzo posle toga veći broj drugih, ali tada 1835. godine ustave imaju malobrojne evropske države, Poljska, Francuska Norveška, Holandija i Belgija. U Srbiji se čitav XIX i do polovine XX veka protivrečno i mukotrpno uvodi ustavna parlamentarna monarhija i podela vlasti a već 1844. godine donosi Srpski građanski zakonik kao najmodernija pravna kodifikacija oslonjena na Austrijski iz 1811. godine i Francuski iz 1804. Godine. U Srbiji će biti prekid te i takve pravnopiltičke kulture i tradicije od 1945. do 1990. godine. Ali to nije izbrisalo i uništilo 140 prethodnih godina pravne kulture i tradicije zbog koje Srbija može biti ponosna. Zato nema ni čime ni zašto niko u Evropi da vređa i ponižava pravnu kulturu i tradiciju Srbije, jer je za većinu tih država ona mlađa i slabija od srpske.

Dakle, treba odlučno i argumentovano odbiti prigovore da Srbija nema potrebnu pravnu kulturu i tradiciju. Isto tako, treba odbiti i sa ovom prvom drugu povezanu tvrdnju, a to je i da su njeni političari, za razliku od političara iz tzv. starih demokratija, skloni zloupotrebama vlasti pa zbog toga način izbora sudija u ovim državama treba da bude potpuno oslobođen uticaja takvih političara. Ova tvrdnja o prirodi političara u tzv. novim demokratijama je, kao i svaka pausalna tvrdnja, netačna ali i smešna, jer jedni političari – njihovi su moralni - dobri, a drugi političari su nemoralni- loši i to samo u vezi s izborom sudija, dok su i dobri za sve ostale mnogobrojne državne poslove, koji su neuporedivo važniji od izbora sudija. Ozbiljnost ove rasprave i ozbiljnost posledica koje iz navedenih tvrdnji Komisije Saveta Evrope proizlazi, sprečava nas da podsetimo na nebrojene afere, smene i sudske postupke protiv tih dobrih političara u Evropi, među kojima su predsednici država, vlada, ministri, sudije,... Naravno da ovim iskazima ne tvrdim ni da su političari u tzv. novim demokratijama imuni na razne vrste zloupotreba, pa i u vezi izbora sudija, kao i da nema potrebe za brojna unapređenja i poboljšanja u njihovom položaju i radu, ali ne iz pozicije političke ili kulturne diskvalifikacije i segregacije. Rezultat koji je Venecijanska komisija Saveta Evrope postigla ovakvom polaznom pretpostavkom upravo je suprotan cilju koji su tom pretpostavkom želeli da postignu. Naime, umesto da ovo pitanje – izbor sudija depolitizuju, posledica je upravo visoka politizacija jer je ta polazna pretpo-

stavka politička kvalifikacija. Nije predmet ove rasprave, pa zato nećemo ulaziti u odgovor na nelogično pitanje koje bi se nadalje ovde moglo postaviti: "Zašto države i političari iz tzv. novih demokratija to prećutkuju i prihvataju, naročito one među njima, kao što je Srbija, za koje se ne može reći da nemaju pravnu tradiciju i kulturu.

Ako sada ostavimo po strani uvredljivost navedenog stava, zadržimo se na pitanju da li je odstranjivanje uticaja politike i političara - depolitizacija u izboru sudija moguća i šta taj zahtev stvarno proizvodi. Ponovo moram podsetiti da su savremene države zasnovane na predstavničkoj vladavini i podeli vlasti, ali da je za njih neophodna pretpostavka politički pluralizam. Iako se politički pluralizam ne može svesti samo na političke stranke i političare, njega nema bez političkih stranaka i političara. Takva uloga i značaj politike, političkih stranaka i političara je nesporno mesto i teorije države i istorije savremenih država. To je toliko važan princip da mnoge države, naročito prilikom izlaska iz komunizma ili kolonijalizma, donoseći nove ustave u njih unose upravo ovakvu konstataciju. To je učinjeno i u Ustavu Srbije u članu 5. stavu 1. "Jemči se i priznaje uloga političkih stranaka u demokratskom oblikovanju političke volje građana". Iz toga proizlazi da je ne samo teorijski i praktično nemoguća u vezi savremene države i vlasti, već i da je zahtev za njeno isključenje u obrazovanju njenog jednog delatstva, čak i protivan Ustavu. Drugačije rečeno, u svim savremenim državama, politika je delatnost, a političke stranke su sredstvo za pluralističko organizovanje i uobličavanje volje građana radi legitimizacije vršenja vlasti. Silogistički redosled glasi: "savremene, demokratske vlasti nema bez legitimiteta a legitimiteta nema bez izbora, izbora nema bez političkog pluralizma, a političkog pluralizma nema bez političkih partija". Ta suština ostaje i kad se uključe, ali za suštinu to ovde nije presudno, sva opravdana ukazivanja na proširivanje subjekata političkog pluralizma i na nove vrste i oblike politika u državi i društvu. Dakle, sudstvo kao državna vlast ne može biti depolitizovano jer bi time ili bilo delegitimizovano ili bi prestalo da bude "vlast".

Iako je ovaj binarno - logički zaključak tačan, savremena praksa ga ignorira upravo tako što navedenim mehanizmom Venecijanske komisije, pod plaštom struke i stručne pomoći, usmeravaju "reformu" pravosuđa u nizu tzv. novih demokratija, samo od 2013. do 2018. godine u 12 država- Poljska, Jermenija, Bugarska, Kazahstan, Albanija, Makedonija, Kirgistan, Tadžikistan, Ukrajina, Mađarska a posebno u Crnoj Gori i Albaniji, gde su minimizovali ili isključili parlamente iz izbora sudija. Paralelno s tim, svih ovih godina traju redovni i mnogobrojni oblici stručnih seminara, konsultacija i kurseva u organizaciji različitih evropskih institucija, čiji je cilj da se promoviše navedena nelegitimizovana i elitistička koncepcija sudstva i sudija kao po sebi pozvanih i ovlašćenih da budi "vlast" za sebe i po potrebi protiv političke vlasti koja je legitimizovana na izborima. Dakle, iako za to

nema osnova ni u obliku podele vlasti, jer nije predsednik i sistem, ni u vrsti pravnog sistema, jer nije anglosaksonski, ipak se nameću uslovi za politizaciju sudske funkcije pa i za neke elemente sudskog aktivizma (Dvorkin, Hart). O tome svedoče dugotrajni i duboki sukobi u Mađarskoj i Poljskoj u kojima su pod geslom sudske nezavisnosti, sudovi, redovni i ustavni, uz široku i oštru podršku Venecijanske komisije i evropskih institucija i političara, osporavali i poništavali odluke Vlada i parlamenata, čak i ustavne amandmane, zato što se sa njima ne slažu. Tako su sudovi počeli da se bave politikom bez političkog legitimiteta, a nezavisnost od jedne politike koriste da zastupaju neku za drugu politiku, koja ne samo da nije legitimizovana, nego nije ni domaća, već politika stranih država.

Čini se da je očigledno da je zahtev za nezavisnošću sudova od izvršne i zakonodavne vlasti politički motivisan, ali za sve one koji i dalje sumnjaju u prave motive sveukupne uloge i rad ove Komisije, za ovu priliku navešćemo samo nekoliko činjenica iz prakse njihovog rada koje potpuno poništavaju slogan pod kojim rade: "demokratija kroz pravo". Tako, navedena diskriminacija i segregacija među državama od strane tzv. starih demokratija i dvostruki standardi i njihovim ocenama najbolje je vidljivo iz činjenice da od 47 članova Venecijanske komisije iz Evrope (ima i 14 van evropskih) za 20 godina postojanja ove komisije, čak 20 država nikada nisu ni tražile, ni dobile mišljenje ove komisije o promenama svojih ustava, npr. Nemačka 60 puta, Irska 29 puta, Italija 15 puta, a Austrija (specifičan slučaj) ogroman broj puta, itd. i to je jedan vid diskriminacije formalno-pravnih država u Savetu Evrope. Ali pored toga, sledi još jedna diskriminacija unutar navedenih tzv. novih demokratija među kojima ima i nekih koje iako to formalno jesu, za njih ipak ne važe isti zahtevi pa tako ni Češka nikada nije tražila ili dobila mišljenje Venecijanske komisije o promeni svog ustava iako ga je donela i 8 puta menjala, Poljska je donela i 4 puta menjala, Slovačka donela i 13 puta menjala, Turkmenistan doneo i 6 puta menjao a Uzbekistan doneo i menjao 3 puta. I na kraju, ali kao posebno indikativan i nemoralan je drastično različit način i rečnik koji u ime komisije upotrebljavaju njeni predstavnici u slučajevima kada treba staviti primedbu ili dati sugestiju, prema državama, kako ih oni zovu, "stare" i "nove" demokratije. Ta drastična razlika posebno je vidljiva i blagonaklono u izvinjavajućem tonu, kojim eksperti Komisije (nažalost među njima i prof. Bartole) konstatuju da, iako Finska nema ustavno-sudsku kontrolu (uostalom kao ni V. Britanija i Holandija), to nije nikakva smetnja visokim standardima vladavine prava u Finskoj (CDL – AD -2008 -010). Na drugoj strani u mišljenjima o pravosudnim promenama u Mađarskoj (npr. CDL – AD - 2012-012) i Poljskoj (npr. CDL – AD—2017-31) jezik i način su oštri, sarkastični i netolerantni, a u javnosti podržani od brojnih političara iz tih država političkim uvredama i pretnjama kad je u pitanju Poljska, da će joj biti ograničena člaska prava u EU. Zanimljivo je pitanje kako bi reagovala Komisija da su, umesto reforme položaja

i uloge ustavnih sudova, ove dve “nove” demokratije (od kojih Poljska ima ustav od 1791. godine. a Mađarska istoriju ustavnosti od 1848. god.) odlučile da ukinu ustavne sudove ugledajući se na “staru” demokrtiju, Finsku, koja je svoj prvi ustav donela 1919. godine.

Da nije ovako očigledne, neskrivene i oštre politizacije i zloupotrebe prava bilo bi potrebno analizirati stručne biografije i tu pronaći uzrok ovako pogrešnih stavova Komisije. Zbog toga nije presudno to što većina njih su sudije, od kojih nije realno očekivati dovoljno teorijsko i komparativno znanje koje je neophodno za validnu stručnu ocenu različitih pravnih rešenja. Pogotovo ne kad se za ekspertsku pomoć i davanje mišljenja više puta kao predstavnik Komisije u Srbiji angažuje, ranije član a sada ekspert, čovek koji je celu karijeru bio tužilac u Irskoj koja pripada anglosakskom pravnom sistemu i koga je u njegovoj državi, na osnovu Irskog ustava, na mesto glavnog tužioca postavio predsednik Irske na predlog predsednika Vlade i koji tom ustavu, ima status službenika u Vladi. Taj “ekspert” će još 2005. godine zaključiti da u Srbiji “postoji neodgovarajući uticaj zakonodavstva na rad sudova i tužilstava” (CDL – AD -2005-023), a da će se pojaviti kao stručni konsultant u izradi ovih amandmana. Takvi eksperti ne zaslužuju čak ni odgovor, a još manje polemiku. U ranijim sastavima Komisije je bilo veoma uglednih imena (Jowell, Bradlu, Lasage, Maliverni, Bartole) koji su takođe podpisivali ponekad sporna mišljenja, ali na način da su zasluživali uvažavanje i argumentovanu polemiku.

VI

Sistemska a ne strukovno, praktično ili političko pitanje

U našoj dosadašnjoj ustavnoj praksi nije bilo poznato da organ uprave pokrene i vodi rad na promeni ili donošenju ustava (Ministarstvo za konstituantu 1945. godine je to bilo samo organizaciono). Ova činjenica, ponovićemo već istaknuto, nije nevažna i nije formalno pitanje, tim pre što se posle skoro dve godine taj postupak okončao donošenjem formalnog akta - amandmana i upućivanjem tog teksta na Javnu raspravu, pri čemu ostaje nejasno šta je to predstavljao ceo niz okruglih stolova održanih ranije na kojima je učešće bilo usko selektivno i sistemski nekompetentno jer su ga činili, sudeći po oskudnim izveštajima u medijima, nevladine organizacije različitog tipa, uključujući i Društvo sudija. Takva vrsta učesnika, i ako nisu nebitni ne mogu biti ni osnovni ni primarni ne samo zato što ne raspolažu znanjem i obrazovanjem o sistemskim ustavno-pravnim pitanjima već i posebno zato što su o usko stručnim pitanjima koja dolaze posle sistemskih na red ovakvi učesnici amateri i laici ili ako se radi o sudijama i tužiocima njihovo učešće više podseća na cehovski i sindikalni pristup nego na raspravu o promeni ustava. Posebno treba ukazati da iako raspolažu respektabilnim struč-

nim i radnim iskustvom, mišljenje sudija i tužilaca o sistemskim ustavnim pitanjima, nije ni relevantno, ni referentno. Iz svega toga je očigledno da su domaći učesnici o izradi ovog radnog teksta objektivno bili u nemogućnosti da kreiraju odgovarajuća rešenja o promeni ustava. Tim više ova ocena važi za onaj deo domaćih učesnika koji je potekao iz reda zaposlenih u Ministarstvu pravde ili u drugim ministarstvima.

Međutim ova loša ocena postaje značajno gora kada se doda činjenica da se Venecijanska komisija direktno i otvoreno od prvog dana uključila u taj rad i da je njoj dodeljena više nego značajna uloga o čemu svedoči samo Ministarstvo u svom saopštenju prilikom raspisivanja Javne rasprave. Iako bi se ova činjenica lako zaključila iz sadržine radnog teksta amandmana i bez izričite izjave Ministarstva ipak je potpuno neprimerena nesamostalnost i dodvoravanje Venecijanskoj komisiji u tekstu navedenog saopštenja. Ne tvrdim i ne pomišljam da Srbija, tu „pomoć i saradnju“ koja je često u praksi više nametanje i pritisak od strane Venecijanske komisije nego pomoć i saradnja, može potpuno da izbegne ili ignoriše onako kako to u proteklih 26 godina su činile npr. prilikom svojih ustavnih promena Holandija, Danska, Švedska, Austrija, Irska i dr. ili da Srbija kao država tu pomoć i saradnju može da svede na simbolični minimum kao što su to činile Velika Britanija, Francuska, Norveška i Španija. Međutim ako to nije mogla zbog razlike u svom međunarodnom položaju tih država i Srbije, onda je sigurno da je 28 slučajeva dosadašnjih obraćanja i dobijenih mišljenja više nego opravdano i nisu prava mera neznanja i nesposobnosti domaćih aktera ili složenosti situacije u Srbiji. Ova tvrdnja se zasniva na činjenici da i neke druge tzv. države u tranziciji kao što je npr. Češka takođe se nisu obraćale niti primale pomoć, ni savete Venecijanske komisije a neke druge takođe tranzicione države veoma retko kao npr. Litvanija, Slovenija i Uzbekistan samo po jednom a Poljska, Slovačka i Letonija po tri puta. Ne treba da nas opravdava i teši činjenica da postoji grupa država koje praktično potpuno okupira rad Venecijanske komisije kao što su Jermenija sa više od 60 obraćanja ili npr. Gruzija ili Ukrajina sa preko 40 obraćanja.

Ovo stanovište se ne zasniva na nacionalnoj sujeti već se iznosi zbog činjenice da dublja analiza stavova koje zastupa Venecijanska komisija pokazuje jasno definisan politički set ciljeva koji uzimaju oblik pravnih saveta i koji iako formalno dobrovoljni suštinski su obavezni jer predstavljaju instrument Evropske unije koje ona podržava. Dakle, objektivna međunarodna pozicija Srbije je da ona ne može bez štete po sopstvene interese izbeći ili odbiti navedenu saradnju i savete Venecijanske komisije, ali isto tako nema opravdanja, ni da se sama obraća za takvu saradnju u tolikoj meri, a posebno ne da tu saradnju potencira. Lično bih želeo da predstavnici moje države imaju samostalnost i sposobnost da iznesu i brane interese Srbije i ako treba da se u odbrani tih interesa aktivno suprotstave, kao što su to do sada opravdano i uspešno činili predstavnici Mađarske, Poljske i Turske.

Posebno ćemo komentarisati više puta u javnosti naveden podatak da je radni tekst amandmana sačinjen u saradnji sa ekspertom Venecijanske komisije Džejmsonom Hamiltonom, koji je i ranije bio član Venecijanske komisije. Ova činjenica zahteva komentar zbog toga što gospodin Hamilton učestvuje u formiranju mišljenja Venecijanske komisije još od 2005. godine kada je u vezi odredaba o pravosuđu u važećem Ustavu izvestio Venecijansku komisiju da se radi o neodgovarajućem uticaju zakonodavne vlasti na rad sudstva i tužilaštva, a taj njegov stav je unet u mišljenje Venecijanske komisije o važećem Ustavu Srbije. Da li uopšte polemisati i argumentovano odgovarati na stavove čoveka koji je obrazovan i radno iskustvo kao tužilac stekao u Irskoj koja je zemlja anglosaksonskog sistema prava, koga je, saglasno Ustavu Irske, za glavnog tužioca imenovao predsednik Irske na predlog predsednika Vlade Irske i koji je po samom Ustavu kao glavni tužilac Irske imao status savetnika u Vladi. Taj i takav ekspert trebalo je da bude dokaz stručnosti i kvaliteta navedenog radnog teksta, čiji je cilj bio da se „zakonodavna i izvršna vlast odstrani iz izbora sudija“. Odgovor na postavljeno pitanje je da ni ranije ni današnje stavove pomenutog i sličnih ne treba ni komentarisati, jer su stručno nerelevantni i potiču od osoba koje su nekompetentne za ustavno-sistemske položaj organa pravosuđa u evropskom sistemu prava. Da bude stvar zanimljivija i sama Komisija je u navedenom Mišljenju pokušala nevešto da relativizuje i deformalizuje njegovu ulogu (tačka 4. Mišljenja).

Ovaj možda prejak lični aspekt u oceni postoji zbog toga što za razliku od navedenog gospodina u ranijim sastavima Venecijanske komisije nalazio se i po neki izuzetno ugledan i referentan član čiji iskazi su bez obzira da li su bili opravdano prihvatljivi ili ne zahtevali da budu ozbiljno i argumentovano razmatrani i osporavani. Dakle, kada se u prošlosti događalo da kada jedan Džouvel, Bredli, Lesaž, Maliverni ili Bartole iskažu ili potpišu neko mišljenje Venecijanske komisije to je bitno različito od činjenice kada se u ime Venecijanske komisije pojavi penzionisani službenik irske vlade. Ponoviću još jednom da mi je jasno da se „saradnje i saveti“ Venecijanske komisije kada je Srbija u pitanju ne mogu odbiti, posebno u ovom slučaju kada su posledice institucionalizovanog oblika pomoći (Horizontal Facility Joint program), ali su mogli biti samo kurtoazno saslušani i zanemareni. Nemam takođe iluziju ni da to uvek može da se učini ni potpuno ni lako ali se mora pokušati i činiti istrajavajući na sopstvenom mišljenju i interesima bar da ono o čemu se raspravlja bude preuzeto iz neke referentne evropske države npr. Francuska, Nemačka, Italija, a ne proizvoljno i obrazloženo kao standard Venecijanske komisije. Svestan sam takođe, analizirajući rad Venecijanske komisije da takav nastup naših predstavnika može da proizvede neočekivane optužbe, uvrede i pretnje od strane ovog savetodavnog organa kao što se oni ne ustručavaju i činili su u raspravi sa predstavnicima Mađarske, Poljske i Turske. Tom prilikom treba takođe imati na umu da ta ista Venecijanska komisija i to još

uz potpis jednog Bartolea, ume da u svom mišljenju o Ustavu Finske (2008. godine), izvinjavajućim tonom što primećuje da Finska, (uz Holandiju i Veliku Britaniju) nema ustavno-sudsku kontrolu, ali odmah iznoseći razumevanje da to ne predstavlja problem niti smanjuje visoki stepen vladavine prava u Finskoj.

Nasuprot tome, inače teorijski opravdano, razumevanje koje važi za Finsku, uopšte ne važi za Mađarsku i Poljsku gde su u raspravi samo o promeni nadležnosti Ustavnog suda, od strane Venecijanske komisije izrečene najteže optužbe i diskvalifikacije.

VII

Sudstvo – državna vlast ili državna služba

Zaključujući ovaj prilog o radnom tekstu amandmana konstatujemo da je taj tekst u direktnoj suprotnosti sa načelima Ustava sadržanim u čl. 2, 4. i 5. i da bi usvajanjem ovih amandmana sistem organizacije vlasti u Republici Srbiji bio značajno i komparativno veoma netipično, promenjen.

Iako su na osnovu ovakvih promena, u budućnosti, sudeći po iskustvu Mađarske i Poljske, moguće i verovatne i političke posledice, zadržaćemo se samo na pravnim. U skladu s tim, konstatujemo da je Srbija suverena država i da može odlukom svojih legitimnih organa kreirati bilo kakav ustavni sistem. Naime, ako čl. 2, 4. i 5. ostanu na snazi u njima sadržana načela više neće izražavati položaj i ulogu sudova u sistemu vlasti. Ako bi i pored tog upozorenja donosilac ustava takvu promenu ipak hteo, trebalo bi neizostavno navedena načela promeniti tako da nisu u suprotnosti sa drugim odredbama ustava. Najlakše bi bilo da se ona uklone iz teksta, jer su one deklaratorno udžbeničkog karaktera, čak i kada tačno izražavaju sadržinu drugih odredaba ustava. Drugačije rečeno u Srbiji postoji jedan oblik parlamentarnog sistema ne zato što to piše u članu 4. Ustava, nego zato što taj zaključak proizlazi iz svih odredbi o organizaciji vlasti – čl. 98–165.

Da li bi usvajanjem navedenih amandmana sudovi postali nezavisni od uticaja izvršne i zakonodavne vlasti – politike i da li bi sadašnja odredba stava 3. člana 4. Ustava: "Sudska vlast je nezavisna", ovom promenom bila primenjena u celini. Ne zato što to ne samo da nije moguće u evropsko-kontinentalnom pravu, nego nije moguće nigde i nikada. Način izbora fv cdr nije ni jedini ni najvažniji elemenat koji određuje položaj sudova i sudija. Ceo niz drugih, najmanje jednako važnih, se ne menja i ne može da se promeni, od osnivanja, organizacije i finansiranja, preko propisivanja postupaka, dejstva i izvršenja odluka, pa sve do opštih pravila koja sudije treba da primene na konkretne pojedince. Dakle, sudovi ne mogu biti nezavisan državni organi u odnosu na zakonodavne i izvršne jer ni oni nisu nezavisni jedni od drugih.

Da li bi sudovi, ako se usvoje predloženi amandmani, postali vlast, kako to piše u članu 4. Ustava i kako se to često ističe i zahtava zajedno sa nezavisnošću?

Ne a više od toga izgubili bi i jedinu posrednu i formalnu karakteristiku vlasti – legitimitet. Naime, u sada važećem načinu izbora postoji prvi privremeni izbor od strane Narodne skupštine, posle koga iz reda tih sudija se imenuju stalne sudije, čime je obezbeđen inicijalni i posredni legitimitet. Predloženim amandmanima VIII i IX Visoki savet sudstva, iako izabran od strane Narodne skupštine, ne može da da legitimitet. Međutim, već smo ukazali da je upotreba reči vlast u pravnoj teoriji i u ostaloj javnosti, naročito politici, različita. Prvo, vlast je kao pravni pojam ovlašćenje ili nadležnost da se nešto čini ili ne čini i postoje razne vrste vlasti koje se međusobno razlikuju po svojim osobinama. Državna vlast je posebna i različita od svih drugih (roditeljska, vlasnička, itd.) i uvek u jednoj državi postoji samo jedna državna vlast koja je jedna i nedeljiva. U državama u kojima postoji podela vlasti nije podeljena državna vlast, nego njene funkcije koje su skupovi brojnih srodnih državnih poslova. Nisu svi državni poslovi koje vrše državni organi istovremeno i državna vlast, već (veoma uprošćeno rečeno) samo oni u kojima se upravlja društvenim odnosima u određenom interesu na osnovu posedovanja monopola sile. Zbog toga kada državni organi obavljaju poslove zdravstava, obrazovanja, socijalne zaštite i dr. ne vrše državnu vlast, već državne poslove koji u toj državi i u to vreme su državni poslovi.

Tvorac teorije o podeli vlasti - Monteskje, izričito je tvrdio da su sudije “usta zakona” i da nemaju i ne treba da imaju nikakvu slobodu odlučivanja, kao i da nisu vlast kao ostale vlasti. Njeno organizaciono odvajanje je tehničke a ne suštinske prirode i posledica je činjenice da ti državni poslovi nisu politički nego stručni i njihovo obavljanje zahteva ispunjenje posebnih uslova (O duhu zakona, Knjiga XI, 6). npr. sudije ne određuju šta je krađa, ni šta je docnja, kao ni koja je kazna za krađu i kolika je kamata za docnju, niti sudije izvršavaju kaznu, odnosno naplaćuju kamatu, već to rade zakonodavni i izvršni organi. Dakle, sudovi i sudije ne vrše državnu vlast već državne poslove propisane zakonima koje donosi zakonodavac. Ta tvrdnja ništa ne menja u društvenoj ulozi i značaju sudstva, jer već smo istakli sudstvo ni do sada po prirodi svojih poslova nije bilo ni državna vlast, niti je bilo nezavisno od zakonodavstva i izvršne funkcije.

Ako je to tačno, šta se onda menja? Menja se to što Narodna skupština više ni na koji način neće moći da utiče na to ko će biti sudija, jer se uticaj preko izbora tzv. istaknutih pravnika u Visoki savet sudstva, ne može smatrati relevantnim uticajem. To će sigurno otkloniti pravno-formalizovane, vidljive i institucionalne uticaje zakonodavne i izvršne “vlasti” samo na izbor sudija, što znači da će svi drugi brojni elementi položaja sudova i sudije, koje smo naveli, ostaju i moraju ostati nepromenjeni. Rasprava o tome da li se ovim rešenjima otklanjaju i svi ostali mogući oblici uticaja “politike i političara” na sudije nisu predmet ove rasprave.

Da zaključimo.

Sadržina predloženih amandmana suprotna članovima ustava koji se, prema naslovu tog dela Ustava, smatraju načelima ustava. To je konstatovala, na svoj način, čak i Venecijanska komisija (tačka 14. Mišljenja). Pošto u ovim amandmanima nije predložena promena člana 4. st. 2., 3. i 4., koji se tiču sudstva, pojavice se unutrašnja suprotnost u sadržaju ustava za koju ne postoji pravni mehanizam otklanjanja, osim promene ustava.

Predloženim amandmanima sistem organizacije vlasti neće pretrpeti suštinsku promenu u obliku i tipu, jer položaj sudstva ni u jednom sistemu organizacije vlasti nema tako presudnu ulogu, iako je značajniji u predsedničkom obliku nego u drugim. Ali, na drugoj strani, promeniće unekoliko položaj sudstva tako da više neće biti ni formalnih tragova državne vlasti u njihovom ustavnom položaju i pretvoriće se u državnu službu, koja obavlja važne državne poslove, koji ako nisu važniji, sigurno ništa nisu manje važni od suđenja, npr. lečenja i obrazovanja čiji vršioци se takođe sami između sebe biraju i raspoređuju, odnosno dodeljuju ovlašćenja za obavljanje tih poslova.

Drugačije rečeno, ako se procenjuje da je opravdano i potrebno, zbog drugih interesa države i zahteva EU, promeniti način izbora sudija, iako za to lično ne vidim opravdanje, to se može učiniti ukoliko se promene odredbe člana 4. Ustava tako da sudovi više ne budu u sada propisanoj načelnoj korelaciji za zakonodavnom i izvršnom vlašću. Više od toga, bez ikakvih štetnih posledica po ustavni sistem, moguće je izbor sudija potpuno prepustiti njima samima ili nekoj njihovoj organizaciji, kao npr. advokati, notari, akademici, profesori univerziteta, itd.

Promene ustava u vezi s tužilstvom nemaju jasan cilj i koncepciju, a koja sigurno ne može imati veze sa ciljem promena u vezi sudova. Te promene bi zahtevale da se pre svega u Srbiji konačno jasno i precizno odredi priroda tužilačke funkcije.

Izostavljanje sudstva iz načela organizacije vlasti je moguće u evropsko-kontinentalnom pravu i u parlamentarnom sistemu organizacije vlasti, zbog toga što to dozvoljava priroda njihove delatnosti u ovim sistemima. U tom slučaju o sudovima i sudijama u ustavu treba da ostane samo nekoliko kratkih odredbi, dok bi sve ostalo što se sada nalazi u čak 23 člana Ustava (142–165.) i u čak 29. predložena amandmana trebalo bi dekonstitucionalizovati, tj. ostaviti zakonskoj regulativi. U protivnom, broj ustavnih odredbi o ovim pitanjima će postati apsurdno veliki i detaljističan u odnosu na stvarnu ulogu i značaj ove delatnosti. Isto važi i za ceo niz odredaba u vezi ličnih sloboda i položaja u sudskim postupcima, koje se preuzimaju iz veoma starim međunarodnim dokumentima i koje se sve već nalaze i primenjuju na osnovu zakona o sudskim postupcima.