

UDK: 347.962.2:342.565.2(497.11)"2010'

Проф. др Зоран Томић
редовни професор
Правни факултет у Београду

О правној заштити судија

УСТАВНИ СУД НА СТРАНПУТИЦИ

„Наравно, не можемо бити сигурни у то да дубине заиста нешто скривају – но, било како било, у свакоме од нас постоји тај груби покрет, та кретња руке која гњечи лице другог, у нади да ће у њему, или иза њега, пронаћи нешто што се ту скрива“.

(Милан Кундера, *Сусрећ*, Београд, 2009, стр. 15)

Увод

1. – Међу овдашњим правницима било је поприлично дискусије о проблему уставности још актуелног општег избора судија у Србији. О томе овде није реч. Такође, у више наврата је указивано на бројне мањкавости у персоналној реформи правосуђа, посебно у раду Високог савета

судства. Нећу сада да их набрајам.¹ Но, као да се олако прешло преко првог, основног питања: *који је суд надлежан за њружање њравне зашћише у случају неизбора на судијску функцију, као и у случају њресћанка судијске функције*. А ова тема није ноторна, нити је до сада стручно правилно и до краја исцрпена. Отуда предстојећи напор писца ових редова. Осим тога, предмет започетог рада је и претресање прве одлуке Уставног суда, донете по жалби једног не(ре)изабраног затеченог судије.

2. – Према новом *Закону о уѡравним сѡоровима* (ЗУС)², „у управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита“ (став 1. члана 3, „Предмет управног спора“). „У управном спору суд одлучује и о законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ (став 2. истога прописа). „Суд у управном спору одлучује и о законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено“ (став 3). С тим у вези, поставља се питање да ли предмет управног спора по новом ЗУС-у могу да буду и *акћи донесени у сѡварима у којима неѡсредно на основу устѡвних овлашћена одлучује било Народна скупшћина, било ѡредседник Републике, ако се њима решава о нечијем ѡраву, обавези или на законом заснованом интересу*. У односу на њих није обезбеђена никаква (друга) судска заштита, па би *prima facie* и овакви акти потпадали под управно-судску заштиту. Иначе, они су и у теорији и у пракси (која је претходила новом ЗУС-у) квалификовани као политички акти. Стога су били изричито изузети од судске заштите у управном спору (члан 9. став 1. тачка 3. старог ЗУС-а).³ Наиме, код ових аката – због њихове каквоће и правног основа предузимања – спорно не може да буде питање законитости већ само уставности. А уставност таквих појединачних правно-политичких аката не може да буде предмет управног спора, већ једино уставног спора пред Уставним судом по уставној жалби, ако се таквим појединачним

¹ В. З. Р. Томић: „Правда у перспективи или перспектива правде“, *Правни информатор*, бр. 10/09, 43-47. и „Шопенхауер и домаће правосуђе (На ивици дна, пародија правосуђа)“, *Правни информатор*, бр. 6/10, стр. 48.

² „Службени гласник РС“, бр. 111/09, ступио на снагу 30. 12. 2009. године, дан по објављивању.

³ „Службени лист СРЈ“, бр. 46/96. Писац ових редова се при састављању текста новог ЗУС-а залагао (без крајњег резултата) за задржавање старе солуције, сматрајући да такви акти – именовани као политички због минималне количине своје правне супстанце – подлежу искључиво мерилу уставности, па и то ограничено (!), а не и законитости. Остаје ипак да судска пракса у управном спору профилише то питање.

актима повређују људска и мањинска права и слободе зајемчени Уставом (члан 170. Устава)⁴.

Акти Народне скупштине донети *непосредно на основу уставних овлашћења*, у директној примени Устава а не посредством закона, тичу се главнине изборних права Скупштине (по ставу 2. члана 99. Устава): рецимо када бира Владу и одлучује о престанку мандата Владе и министара, када разрешава судије Уставног суда, гувернера Централне банке, Заштитника грађана и друго.

3. – Проистиче *a contrario* да *акти Народне скупштине Републике Србије (и председника Републике) донети на основу законских овлашћења*, тј. у примени закона (а не Устава директно!) – нису политички акти. Те да су подобни, као и појединачни акти других државних органа којима се одлучује о нечијим правима и обавезама, да буду предмет управног спора (по ст. 1–2. члана 3. ЗУС-а). Јер, против њих није обезбеђена никаква друга судска заштита. Пример таквог акта Скупштине је баш *акт о избору судије који се први пут бира* на несталну, трогодишњу функцију (члан 147. став 1. Устава и члан 51. Закона о судијама, даље: ЗОС)⁵. Одређујем га као управни акт.⁶

I

1. – Дакле, према мом виђењу, *акти Народне скупштине о избору судија на пробни (неспални) трогодишњи мандат* (члан 147. став 1. Устава и члан 51. ЗОС-а) – као (у)правни акти којима се у примени меродавног

⁴ Три су главна кумулативна обележја појединачних политичких аката: (а) доносе их највиши, чисто политички органи, органи државе (парламент, шеф државе, влада); (б) представљају непосредну примену устава, а не доносе се ради извршења закона; узгред, Влада Републике Србије не доноси ниједну врсту појединачних аката непосредно примењујући Устав (в. члан 123. Устава), већ све њих на темељу Закона о Влади („Службени гласник РС“, бр. 55/05, 71/05, 101/07, 65/08); (ц) доносилац акта располаже великом, уставно признатом количином политичке дискреционарности, слободе политичког деловања, тј. чистог уставног суверенитета, водећи при томе рачуна о Уставу и „државном разлогу“ (*raison d'Etat*). Они се називају још и *акти владе (actes de gouvernement, Regierungsakten)*. О односним актима видети опширно код: М. Virally, *Les actes de gouvernement en droit français, Etudes de droit contemporain*, IV, Paris, 1959, посебно стр. 85-97; М. Dendias, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice – Les actes de gouvernement*, Paris, 1936, стр. 12-14; Р. Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935; В. Симовић, *АВНОЈ, јавно-политичка ситуација*, Београд 1958, стр. 163-165; Р. Марковић, *Извршна власт*, Београд, 1980, стр. 99-111.

⁵ „Службени гласник РС“, бр. 116/08.

⁶ Према однегованом ставу судске праксе, тачније ранијег ВСЈ, „појединачни акти о избору или именовању, односно разрешењу од дужности лица у изборним звањима, а које доносе представничка тела сматрају се управним актима“ (ВСЈ, Уис. број 1954/70 од 9. 7. 1970).

закона решава у конкретним ситуацијама а у односу на које није изричито предвиђен ниједан други облик судске заштите – *правно су најадљиви у ујравном сјору јред Ујравним судом* (применом одредбе става 1. члана 3. ЗУС-а а на подлози става 2. члана 198. Устава).

2. – Остаје да детаљније размотрим још две, битно другачије правне ситуације у миљеу правне заштите судија:

ад 1 – *Пишање надлежностии за јружање јравне зашћиише ранице изабраним („зашћеченим“) сћалним судијама у Србији који нису изабрани на нови мандаи, а јресћала им је судијска функција јо сили закона „даном сћуијања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“⁷* (по

⁷ Такву правну ситуацију за сва, том нормом обухваћена лица, створила је Одлука о избору судија на сћалну судијску функцију у судовима оишће и јосебне надлежностии од 16. 12. 2009. године („Службени гласник РС“, број 106/2009 од 17. 12. 2009. године). А она је „негативно конкретизована“ следејућом, сукцесивном Одлуком Високој саветиа судсћива бр. 06-00-37-01 од 25. 12. 2009. јодине, „којом је утврћен престанак судијске дужности са 31. децембром 2009. године судијама које нису изабране у складу са Законом о судијама („Службени гласник РС“, број 116/08)“. Ова потоња одлука Савета је, каже судија Уставног суда Д. Слијепчевић, заснована на „прекиду континуитета сталности судијске“ функције, како је исти суд протумачио Устав из 2006. и Уставни закон за његово спровођење у свом решењу број IУз-43/29009. од 9. 7. 2009. (о неприхватању иницијативе „за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврћеним међународним уговорима одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама...“). Д. Слијепчевић стога вели – пристајући овде уз став Савета – да је Одлука Савета од 25. децембра само „декларативне природе“, с обзиром да само „констатује престанак судијске дужности судији који није изабран приликом општег избора“ (*Издвојено мишљење на одлуку УСС VIIIУ број 102/2010 од 28. 5. 2010. године – „Службени гласник РС“, број 41/10, стр. 94*).

Моје гледиште о сету питања престанка судијске функције затеченим судијама осетно се разликује. Биле су две одлуке Савета које садржински чине целину. Обе заједно су *јресћешно консћишћуишћивне* јер стварају нову правну ситуацију, односно две нове правне ситуације: раздвајају све дотадашње судије на две потцелине различитог правног положаја почев од 1. 1. 2010. године. Једна – *Одлука о избору судија на сћалну судијску функцију у судовима оишће и јосебне надлежностии* од 16. 12. 2009. године, у облику листе судија који су изабрани с новим мандатом; посреди су појединачни (у)правни акти о стицању судијске функције, невешто склопљени у јединствен документ а са истим, калупским „образложењем“. Друга одлука Савета – *она од 25. 12. 2009. јодине*, је у облику збирног списка неизабраних лица између оних који су конкурисали за сталну судијску функцију. И овде су посреди закауфлирани појединачни – управни акти (такође без конкретних образложења зашто је одлучено тако како је одлучено за свако од наведених лица понаособ). Акти о неизбору поименце одрећених лица/судија су *ex lege* били неопходна правна претпоставка – не за престанак судијске функције како неспретно пише у другој Одлуци савета (та функција је, због уставно утврћеног дисконтинуитета сталности судијске функције престала свим затеченим судијама!) – већ за неступање на функцију 1. 1. 2010. Према одредби става 3. члана 100. ЗОС-а, само „судије изабране у складу са овим законом ступају на функцију 1. јануара 2010. године“. Значи, свима дотадашња

члану 101. став 1. ЗОС-а⁸, а на темељу одредбе члана 7. Уставног закона за спровођење Устава)⁹;

ад 2 – *Питање њравне заштитије у случају престанка стјалне судијске функције стечене по новом закону, по актуелном ЗОС-у* (тј. почев од 1. 1. 2010. године).

Ад 1 – *Правна заштитија не(ре)изабраних „заштечених“ судија*. – „Судијама... који нису избрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу с овим законом“ (члан 101. став 1. ЗОС-а). У питању је *чистио законска њравна ствар*: општи престанак судијске функције – свим затеченим судијама, што је невешто срочено тако да изгледа као да изабранима и не престаје (стари) мандат. Наиме, постоји језичка неусклађеност између одредбе става 3. члана 100. и већ цитиране одредбе става 1. члана 101. ЗОС-а: у њима се не каже оно што је логично – да општи избор кореспондира са општим престанком судијске функције! Само што је избор датиран пре престанка, тако да се судије замењују „у ходу“. За неизабране се изричито саопштава када им затечена функција престаје, а за избране прећутно. Тако да онима који нису у међувремену избрани на нови мандат, он и не може да почне. А онима који су избрани, на раскршћу две календарске године престаје стари а одмах започиње нови мандат. Дакле, свима се судијски мандат гаси, него непосредно законском нормом, по сили сâмог закона а не правним актима Савета. Ради избегавања правног вакуума, дотадашња судијска дужност у припадајућим судовима престаје даном

функција законски престаје закључно са 31. 12. 2009. године, а нове судије 1. 1. 2010. ступају на функцију, од када почиње да живи и нова судска мрежа у Србији. Речју, неизабранима не тече нови мандат. Узгред, држим да је законска конструкција коју је „надоградио“ Савет а у суштини здушно подржао и Уставни суд – флагрантно неуставна, правно-занатски некоректна и противна међународним стандардима, нарочито оном о сталности судијске функције.

⁸ Та одредба гласи: „Судијама из члана 99. ст. 1. и 2. овог закона, који нису избрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом“ – а то значи изабраних од стране Високог савета судства. Због профила овог текста, остављам по страни питање уставности тог општег избора судија. В. примерице о томе прилоге објављене у *Информатору Друштва судија Србије* број 2/08 – текстови Р. Марковића, В. Ракић-Водинелић, Ј. Хасанбеговић и З. Ивошевића, као и у броју 2/09 истог гласила – текстови К. Чавошког, З. Р. Томића. С. Бељанског, Т. Маринковића и Р. Васић.

⁹ Ова уставно-законска одредба гласи: „Избор судија... извршиће се најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства“. Она је званично постала темељ и доказ – за многе упућене, пак, доброно сумњив – дисконтинуитета сталне судијске функције стечене по Уставу Србије од 1990. године и прописима донетим на основу њега. На цитираној климавој норми изникле су одредбе чл. 100–101. ЗОС-а.

ступања на функцију новоизабраних судија у нове судове. *Тиме је сталности судијске функције неубичајено генерално прекинућа, насилно правно покидана. И то овим случајевима даје специфичности, иако да нужно пошребују и одвојен правни режим заштиће оштећених, у поређењу са стандардним ситуацијама правне заштиће судија.*

Данас у Србији више нико не пориче да сталне затечене судије којима је престала функција могу правно војевати против акта о сопственом избору. Но, тврдим да у погледу њих *не би могле применити одредбе о праву судија којима је престала функција одлуком Савета на жалбу Уставном суду* (став 1. *in fine* и став 2. члана 148. Устава и члан 67. ЗОС-а).¹⁰ За ово моје ново гледиште, наспрам до сада устаљеног становишта, нудим три јака разлога:

Прво – набројане одредбе се односе на престанак судијске функције одлуком Савета, а затеченим судијама је мандат престао по сили закона, а није започео нови због претходног не(ре)избора од стране Савета.

Друго – престанак функције судији који од Савета „не буде изабран на сталну функцију“ (одредба члана 148. став 1, *in fine*) тиче се несталних судија којима је истекао пробни трогодишњи мандат (у смислу члана 147. став 1. Устава у вези са чланом 61. ЗОС-а) – изабраних од стране Скупштине по важећем ЗОС-у – а не затечених сталних судија, бираних по ранијим прописима! „Судији који је први пут биран, а не буде изабран на сталну функцију, престаје судијска функција даном истека трогодишњег мандата“ (члан 61. ЗОС-а). А „против одлуке Високог савета судства може се уложити жалба Уставном суду, у случајевима прописаним законом“ (члан 155. Устава). Међу њима у ЗОС-у (члан 57, нарочито у вези са чланом 61. – *Престанак функције судији који је први пут биран*) није и случај престанка функције затеченом сталном судији по сили закона, који у међувремену није изабран.

Треће: Регуле новог ЗОС-а о праву на жалбу Уставном суду против одлука Високог савета судства (даље: Савета) о престанку судијске функције (члан 67. тога текста, а на темељу члана 148. став 2. и члана 155. Устава) не могу се односити на општи престанак судијске функције свим затеченим а неизабраним судијама, уређен „прелазним одредбама“ ЗОС-а. Ово стога што се по слову (ис)тог закона он примењује од 1. 1. 2010. године (члан 107. став 1), а свим затеченим судијама је функција престала „са 31. 12. 2009. године“ (што читко пише у предметној одлуци Савета од 25. 12. 2009. године). Значи, само судије изабране од стране Савета

¹⁰ Што је било и моје раније виђење (в. З. Р. Томић, „Правда у перспективи или перспектива правде“, стр. 44). Но, временом ми је сазрело другачије гледање на исто питање.

по овом новом закону, почев од 1. 1. 2010. године имају – у законом одређеним случајевима престанка судијске функције – право на жалбу Уставном суду. То је ситуација коју нешто доцније додатно појашњавам.

Међутим, поводом жалбе једног неизабраног затеченог судије (није била у питању уставна жалба!) *Уставни суд је донео Одлуку (УСС VIIIY број 102/20210 од 28. 5. 2010. године)*¹¹ у којој – "...у вези са правима судија којима је због неизбора на сталну судијску функцију престала дотадашња судијска дужност" – полази од следеће премисе: "...ова лица имају право на жалбу Уставном суду утврђено чланом 148. став 2. Устава..."¹² У Одлуци Уставног суда пише: „Полазећи од наведених одредаба Устава и закона, Уставни суд је утврдио да је одредбом члана 148. став 2. Устава гарантовано право на жалбу против одлуке Високог савета судства о престанку судијске функције и у случају да судија не буде изабран на сталну судијску функцију, а не само у случају наступања других законом прописаних услова и разлога. С обзиром на то да је у конкретном случају поступак избора судија спроведен и оспорена Одлука донета применом одредаба Закона о судијама из 2008. године, Уставни суд је оценио да судијама којима је судијска дужност престала због тога што у том поступку нису изабране не може бити ускраћено право на жалбу против оспорене Одлуке прописано чланом 67. истог Закона, јер би се на тај начин искључио поступак инстанционе контроле оспорене Одлуке који са првостепеним поступком чини јединствену целину...“

Тако је Суд покушао да формулацију из ЗОС-а о праву на жалбу Уставном суду пробних судија који од Савета не буду изабране на сталну судијску функцију а привремена им истекне (члан 61. ЗОС-а) – недопуштено протегне, да не кажем подметне као вредећу и за затечене а неизабране судије у процесу општег избора којима је судска функција престала по сили прелазних одредаба закона, са 31. 12. 2009. године!! За овакав неприхватљив судски резон, удаљени правни основ не представља ни законско утврђење да се „првим избором судије... сматра избор на дужност судије у складу са раније важећим законом“ (члан 100. став 4, прва реченица). Оно је, наиме, само још један стуб дисконтинуитета функције судија бираних по ранијим прописима: затечени стални судија (стални је био по основу прописа по којима је изабран!) – прагматично коперникански – по новом закону постаје нестални! Тумачим да сми-

¹¹ „Службени гласник РС“, број 41/10, стр. 89–93, са три издвојена мишљења судија: Д. Слијепчевића, М. Драшкић и О. Вучић.

¹² Суд се овим позвао на свој раније донети закључак из *Славова Уставног суда* (бр. Су – 131) од 25. 3. 2010. године о избору судија и заменика тужилаца.

сао цитиране одредбе ни на крај памети није у посредном, упућујућем признавању права на жалбу Уставном суду и овим судијама у случају неизбора. Њен циљ није да им се гарантује иста правна заштита као и трогодишњим судијама које не буду изабране од Савета на сталну судијску функцију па им она престане – већ *искључиво у изричитој, законски ригидној трансформацији статуса зашћених судија: од сталних у несталне!* У питању је капитално, екстремно погоршање њиховог положаја, беспримерно одузимање стеченог својства сталности. Оно се бескрупулозно ретроактивно, назови безгрешно уклања. Стога је овде свака аналогија у правној заштити због неизбора између пробних судија и једнопотезно деградираних затечених старих судија – штетна, опасна и неумесна. Редовне ситуације и стандардни акти Савета су једно, а једнократни, непоновљиви „прелазни“ случајеви нешто сасвим друго. Биће да је баш због тога, сразмерно њиховом огромном шок-губитку (назадовању и нестабилности), логично да у ситуацији не(ре)избора од стране Савета, *зашћене а раније изабране судије добију унапредливо различито – снажнију, обухватнију и разуђенију зашћину* од дословно судија-почетника (које никад пре нису биле судије), први пут бираних по новом закону. Без обзира на околност што обема категоријама мандат даје Парламент, а не Савет.

Сагласно целини саопштеног, као одговор на накнадно и на пречац наметнуто, унеколико политизовано, дубиозно и добрано чудовишно пројектовање престанка њихове функције, правна заштита ових затечених ех сталних судија мора да буде унапред лишена и примисли било каквих потенцијалних политичких примеса и осталих ванправних утицаја. Па је и из овог разлога не само исправније, него и боље, целисходније – ако се већ законодавац није одрешито изјаснио о односној надлежности – да она буде поверена ортодоксном судству, а не уставном судству, које је по дефиницији изван система редовног правосуђа. Речју, прикладније је да заштиту односних судија од могућих противправности код лишавања њиховог судијског позива – у једном до бола суптилном свежњу правних предмета – пружају саме класичне судије, а не посленици уставно-судског трибунала. И то оне специјализоване, управне судије, и саме недавно прошле кроз тријажу општих судијских избора. За овакву предложену надлежност није била одлучујућа околност свеколике оптерећености Уставног суда текућим бројним и сложеним споровима, нити засићеност његових омеђених кадровских ресурса; то је техничко питање. А можда је на моје помало окаснело

промишљање надлежности Управног суда а не Уставног суда у дотичним тананим правним стварима, утицало и сијасет несналажења Уставног суда у поступку по првој решеној жалби једног затеченог судије; о том увиду потанко нешто доцније. Придодајем: Апстрактно узев, правнички фушерај и блефирање увек рађају бофл резултате и учвршћују утисак да је данас и овде јавно право и даље тек нешто озбиљнији али ипак само обичан папир и, у крајњој линији, у норми махом умотана владајућа политика.

Сличност између престанка функције пробним судијама које не буду изабране за сталне и престанка функције затеченим старим судијама (законски преображеним у несталне) – је незнатна: Првима функција престаје буквално због неизбора за сталне судије, пошто им истекне привремени мандат у датом суду. Другима, оним затеченим – функција се завршава и ако буду изабрани за сталне, пошто нестају судови у којима су је до тада вршили. А пробним трогодишњим судијама које буду изабране за сталне, *функција не престаје нешто прераста у временски неограничену* у истим судовима. Док се свим затеченим судијама функција окончава по сили закона заједно са гашењем припадајућих суда, онима међу њима од Савета изабраним за сталне судије, зачиње се нови мандат у новим судовима. Посреди је тотални, и персонални и структурално-организациони, правосудни почетак – окренута „нова страница“ и судија и суда; јер, нема судија без суда. То потврђује и прелазна законска одредница „да судије изабране по ранијим прописима настављају функцију у судовима за које су изабране до дана ступања на функцију судија изабраних у складу са новим законом“ (члан 99. став 1. ЗОС-а), до 1. јануара 2010. године (члан 100. став 3. истога закона) – и то у радикално промењеној судској шеми.

Све у свему, јемчим (с претходним а посебно оним раније изнесеним тројаким аргументима) да је *Уставни суд несумњиво стиао на айсолушно поирешно становиште да је доушћена жалба Уставном суду у погледу правне заштите затечених судија којима је прештала судијска функција због неизбора (sic?!) а на шемељу стиава 1. члана 101. ЗОС-а*. Криво је проценио да је у овој врсти специјалних случајева правне заштите судија баш он инстанциони суд!

С обзиром на то да за предочене *sui generis* случајеве није изричито предвиђена судска заштита, држим да судску надлежност треба засновасти на потпуно другој уставној поставци од оне којој је Уставни суд поконио поверење: „Законитост појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспити-

вању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ (став 2. члана 198). Произлази да се *прошав појединачних (у)правних аката Савета о неизбору затечених судија на сталну судијску функцију правна заштита остварује у управном спору, тужбом Управном суду – а не жалбом Уставном суду, како резолује сам Уставни суд*. Код тога би било оправдано да се – у констелацији досадашњих бројних а незанемарљивих процесних неправилности и пропуста Савета код судијских избора концем 2009. и првих месеци 2010. године – рок за управно-судску тужбу сваком неизабраном затеченом судији рачуна тек од достављања њему лично формално исправно издатих и примерено образложених појединачних правних аката о неизбору у конкретном случају.

Будући да је Управни суд непорециво надлежан у споровима о законитости појединачних правних аката Народне скупштине и Владе којима се на основу закона (а не директној примени Устава) решава о конкретним правима и обавезама – онда када у погледу њих није предвиђена нека друга судска заштита – зашто принципијелно не би био надлежан и по тужбама против аката Савета о неизбору затечених судија? Стратешки, Уставни суд јесте редовно инстанциони суд у односу на Савет. То је *explicite* записано у Уставу и одговарајућем закону, и строго ограничено по простирању. Стога не би смело да важи и за нарочите ванредне ситуације без изричито прописане судске заштите.

С друге стране, свежепредложеном трасом судске заштите, правни предмети неизабраних затечених сталних судија којима је престала судска функција потпадају под један засебан правни режим. Наиме, доношењем правноснажне пресуде Управног суда у управном спору по тужби ових судија, заштита не би била довршена. При руци странкама кумулативно стоји и захтев за преиспитивање одлуке Управног суда пред Врховним касационим судом (члан 49. ЗУС-а). Осим ако се Управни суд прогласи ненадлежним, па односне предмете одмах теслими Уставном суду. Но, овим би отпале процесне претпоставке *за заокружујуће* изјављивање уставне жалбе која би пак била правно допуштена ако би се истрајало на путу управно-судске заштите.

Што се тиче престанка функције, све судије биране по ранијим прописима, биле су доиста подвргнуте једном у упоредном праву раритетном, крајње особеном правном режиму. До пуцања поткопаном и са становишта легалитета и са становишта легитимитета. Исконструисан је начин на који по закону, а на подлози једне недоречене норме Уставног закона за спровођење Устава који сам о томе ништа не збори, губе своју стечену функцију. За ту функцију су – с поверењем у државу, уставне

прописе по којима је задобијена и међународне стандарде, показало се наивно – веровали да је стална. Стога ове судије и треба да имају, ради некакве *компензационе правде*, на располагању *појачану правну заштити*. И *квантитативно и квалитативно*.

Препоручени модел правне заштите неизабраних затечених судија у управном спору пред Управним судом је, као комплетнији, за њих много повољнији, изгледнији. Напослетку, правда би се могла потражити и пред Европским судом за људска права у Стразбуру. С позивом на повреду „Права на правично суђење“ из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹³ или/и по основу кршења члана 13. ове конвенције о „Праву на делотворни правни лек“.

Ad 2 – *Правна заштита због престанка функције новоизабраним сталним судијама* (члан 148. став 2. Устава и члан 67. ЗОС-а). – Судије на сталну судијску функцију бира Високи савет судства (члан 147. став 3. Устава и члан 52. став 1. ЗОС-а). Савет¹⁴ је „независан и самосталан орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија“ (члан 153. став 1. Устава и члан 2. став 2. Закона о Високом савету судства, даље: ЗОВСС).¹⁵

Према Уставу (став 2. члана 148) и ЗОС-у (члан 67. став 1), „против одлуке Савета о престанку судијске функције (али само из разлога прописаних чланом 148. став 1. Устава, односно чланом 57. став 1. ЗОЦ-а), судија има право жалбе Уставном суду“, при чему „изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе“. „Уставни суд својом одлуком може одбити жалбу или усвојити жалбу и поништити одлуку о престанку функције“ (став 2. члана 67. ЗОС-а). Неколико чланова даље (члан 155), Устав још једанпут одређује да се „против одлуке Високог савета судства може... изјавити жалба Уставном суду, у случајевима прописаним законом“ (подвукао З. Т.). По тој редовној жалби, као стандардном правном леку против решавајућих појединачних аката Савета о престанку су-

¹³ Усвојене 1950. у Риму, уз касније додатне протоколе.

¹⁴ Према *Прејоруци Комитета министара Савета Европе P (94) 12* „државама чланицама о независности, ефикасности и улози судија“ (из октобра 1994. године), „тело које одлучује о избору судија је независно од владе и управе“ („Општи принципи“, под 2.ц.). У *Европској повељи о стању за судије* (из јула 1998) стоји да је „правосудни савет или слично тело... независно од законодавне и извршне власти приликом доношења сваке одлуке о избору, регрутовању, постављењу, напредовању или разрешењу судија“ („Општа начела“, под 1.3.). Она је комплементарна „Основним начелима везаним за независност судства“ (*Basic Principles of the independence of the Judiciary*) садржаним у двама резолуцијама GSUN (40/32 и 40/146) из 1985. године

¹⁵ „Службени гласник РС“, бр. 116/08.

дијске функције, односно о неизбору пробних судија на стални мандат, Уставни суд – за разлику од испитивања уставне жалбе када се ограничава само на заштиту „људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом“ (члан 170. Устава) – има могућност да испитује не само уставност, него и све елементе, и чињеничне и правне, законитости престанка судијске функције у конкретном случају.

А ситуација наведена пог ад 1 у овоме сџису је у шом поледу садржински кардинално посебна, неујоредива. Неизабраном затеченом судији би у његовој правној невољи била редовно доступна шужба Уйравном суду (по члану 198. став 2. Устава и члану 3. ст. 1–2. ЗУС-а), а не жалба Уставном суду.¹⁶

Насупрот, будући да је у ситуацији ад 2 уставно и законски рафинирано обезбеђена редовна а специфична правна заштита, жалбом Уставном суду – *уйравни сџор је искључен* (с обзиром на одредбу члана 3. ст. 1–2. *in fine* ЗУС-а).

II

Малочас наведена *йрва одлука Уставној суда по жалби једној неизабраној затеченој судије* (VIII број 102/20210 од 28. 5. 2010. године) у процесу општег избора судија у Србији – случај „Савелић“ („Службени гласник“ бр. 43/10, стр. 89–93, даље: *Гласник*) – заслужује да овим поводом, као парадигматична (симптоматична, па и негативно поучна!) за правну заштиту судија на домаћем простору, буде нешто ближе критички рашчлањена и продискутована. Том уставно-судском одлуком је жалба уважена и поништена Одлука Високог савета судства (даље: Савета) од 25. 12. 2009. године (даље: друга Одлука Савета) у делу који се односи на жалиоца. Такође, Уставни суд (даље: Суд) је том приликом наложио

¹⁶ Судија Д. Слијепчевић сматра, пак, да је једини правни лек у описаном случају уставна жалба (цитирано *Издвојено мишљење*, стр. 94). Он, тако, вели: „Решењу Уставног суда број ИУз-43/2009 од 9. 7. 2009. године заузет је правни став да је доношењем Устава од 2006. године прекинут континуитет сталности судијске функције свим судијама изабраним по раније важећим законима донетим на основу Устава од 1990. године. Из тог разлога, а сходно цитираној одредби члана 101. став 1. Закона о судијама нема места ставновишту да је Одлука Високог савета судства о престанку судијске дужности Зорану Савелићу конститутивне природе. Напротив, јасно је да је и Зорану Савелићу, као и свим другим неизабраним бившим судијама у поступку општег избора судија у Републици Србији раније стечена судијска функција престала по сили закона. Због тога је и жалбом побијана одлука Високог савета судства декларативне природе, против које сходно важећем Закону о судијама није допуштена жалба Уставном суду. Из реченог следи да је једини правни лек којим се та одлука може побијати уставна жалба прописана одредбама члана 170. Устава“. В. и фусноту број 7 овога чланка.

Савету да „у року од 30 дана од дана пријема ове одлуке поново одлучи о пријави подносиоца жалбе... поднетој на оглас за избор за судију на сталној судијској функцији...“ – речју, да понови поступак избора у конкретном случају.

После детаљног сагледавања слова и духа ове одлуке, дошао само до закључка да је, поводом поднете жалбе у случају „Савељић“, Суд починио низ неопростивих правних неверстава и правничких јереси. Идем редом.

1. – Пре свега, Суд је, тврдим, самовласно узурпирао надлежност *Ујравној суда*: прогласио себе надлежним судом за одлучивање по жалбама против одлука Савета о неизбору одређених између пријављених кандидата на оглас за судијска места. *После овога, целокујно гаље поштување Суда је љравно нишњаво, нељврајно је ошњшло, клизнуло стљранљушњцом*. Но, чак и да је судска надлежност којим случајем „погођена“, у раду Суда су се поткрале и друге битне, крупне процесне мањкавости. Велим процесне, јер Суд до срца ове правне ствари и није дошао. Шта је Суд рђаво урадио пошто се огласио тобоже надлежним?

2. – На почетку, *Суд није љравилно љравно квалификовао жалбом љобљјану груљу Одлуку Савељња (оњу од 25. децембра 2009. године), није схваљњо (или није желео да разуме?) љраву љравну љрнроду шњој акљња Савељња*. На ову грешку га је навела – а њему се тако нешто с обзиром на номинални ранг у правном систему нипошто није смело десити! – и формулација одлуке Савета (sic!): „Судијама које нису избране у складу са Законом о судијама („Службени гласник РС“, бр. 116/08) престаје судијска дужност са 31. децембром 2009. године...“. Па Суд лаконски збори, боље рећи преписује, да је том одлуком „утврђен престанак судијске дужности... судијама које нису избране“ (*Гласник*, стр. 89). Дијаметрално супротно, понављам: односна одлука Савета је у суштини скуп управних аката чија је правна последица неотпочињање нових судијских мандата због одлученог неизбора. Савет није уопште решавао о престанку функције, већ о неизбору, док *судијска функција љрестљаје свим зашљеченим судијама љо сили закона „са 31. 12. 2009. године“* (прикривена стилизација члана 101. став 1. у вези са чланом 100. став 3. ЗОС-а). Значи, подвлачим: Савет овде не решава о престанку судијске функције, већ својим одлукама о (не)избору, у улози аката услова ствара или не ствара правне претпоставке за отпочињање нових судијских мандата у новој мрежи судова, почев од 1. 1. 2010. године. Описано нетачно опредељење Суда од кључног је значаја како за квар у промовисању сопствене надлежности, тако и за његово даље лутање у предмету „Савељић“.

3. – Суд није *исљравно одмерио ни основни љрубљ формални недосљљљљак акљња Савељња: љравно нељосљљојање издаваоца акљња!* Јер, Савет је све време

радио као фактички орган – није уопште био конституисан у смислу Устава и закона¹⁷. Запрепашћује чињеница да је Савет „конституисан“ а да сви изборни чланови нису изабрани. *Они сви од реда (sic!) – и по Уставном закону за спровођење Устава и по Закону о Високом савету судства – морају и да буду изабрани* да би Савет уопште и могао најпре да се успостави, да одржи прву седницу, да се оформи као респектабилно тело и да као такво пуноважно дела и доноси одлуке. „Конститутивна седница Савета одржаће се у року од седам дана од дана избора изборних чланова“ (члан 6. став 5. Уставног закона /.../ и члан 54. став 1. Закона о Високом савету судства). Предузимањем квази конституисања тзв. Савета са 9 чланова – потом 10, у време доношења предметне одлуке – од 11, нипошто није био испуњен услов да он праволазно одлучује о било чему. Не сме се мешати „кворум“ за рађање органа – Савет у пуном капацитету устоличених, са кворумом за пуноважно доношење одлука – већина од свих чланова Савета¹⁸; онај први, прејудицијарни, непобитно није достигнут. Посреди је апсолутно правно непостојање, односно правно ненастајање тог тела у конкретном случају. Пошто сви његови чланови нису били поименце познати и изабрани у законски утврђеној процедури,¹⁹ а нема изричите правне норме да се Савет може/сме конституисати у крњем, непотпуном саставу.²⁰

Суд је волшебно узео да Савет без свих неизабраних чланова правно постоји и пуноважно ради, што је чиста фикција. Да објасни овакав свој, и логички неодржив и неодбрањив став, Суд се – у недостатку, правих, правничких разлога – послужио оним лаичким и политичким: „Полазећи од тога да је први састав Високог савета конституисан након избора пет од осам изборних чланова Савета и три по положају, што је омогућило Савету да врши све послове из своје надлежности утврђене Уставом и законом, Уставни суд је оценио да се због непотпуног састава Савета не доводи у питање законитост његовог рада и одлучивања... Уставни суд сматра да се легитимитет рада једног државног органа остварује његовим конституисањем у пуном саставу. Међутим, различите околности могу утицати да поједини његови чланови не буду изабрани у роковима предвиђеним уставом и законом, што се догодило и приликом првог изборних чланова првог састава високог савета судства“. Каква аправничка и Суда недостојна дијагноза и оцена!

¹⁷ Том питању је посвећено и издвојено мишљење судије О. Вучић у предмету који разматрам (*Гласник*, стр. 96–99).

¹⁸ По ставу 1. члана 17. Закона о Високом савету судства.

¹⁹ В. З. Р. Томић, „Правда у перспективи или перспектива правде“, стр. 46.

²⁰ Насупрот, такву изричиту одредбу о конституисању самог Уставног суда у 2/3 саставу садржи став 3. члана 9. Уставног закона за спровођење Устава.

4. – Суд је, кренувши од става да свака одлука којом се утврђује да је „судијска дужност престала мора да садржи индивидуализоване разлоге због којих одређено лице није изабрано“, обавестио Савет, „уз достављање поднетих жалби... да у року од 15 дана од дана пријема дописа поступи по наведеним ставовима, односно да достави одговор на наводе жалбе“ (*Гласник*, стр. 90). У први мах изгледа да је Суд овде посегнуо за процесним правилима из Закона о Уставном суду²¹ која *explicite* уређују „поступак по жалби судија, тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције“ (чл. 99–103). Но, једна од судија која је издвојила своје мишљење у овом предмету (М. Драшкић, *Гласник*, стр. 95–96) недвосмислено сведочи да је на седници Суда од 28. маја 2010. године већински заузето становиште да је Одлука Савета „један прави управни акт те за поступање по њему треба применити Закон о управним споровима“ (*sic!*, *Гласник*, стр. 95). Ако је тако, онда је посреди још један колосалан процесни промашај Суда: *акт̄и који нема образложење у сваком судском постојуку се као бӣтно процесно недостӣајан (нейо̄ш̄иун) огмах по̄ништава, и без сла̄на жалбе/шужбе на одговор* (сходна примена члана 28. став 1. Закона о управним споровима, „Поништење акта у претходном поступку“; даље: ЗУС). Дакле, уставно-судско слање жалбе на одговор у конкретном случају (а не поништавање акта из формалних разлога „који га чине очигледно незаконитим“, како пише у одредби става 1. члана 28. ЗУС-а) – тј. недозвољено допуштање накнадног калемљења образложења на првобитно готов акт (какав да је)! – већ на старту непотребно доводи озбиљно у питање *разумност̄ рока* за одлучивање у овој правој ствари. А то значи и *правичност̄* односног суђења (стандард прописан чланом 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, чланом 32. Устава и чланом 2. ЗУС-а).

5. – Надаље, ни следствено пристигли – а од Савета процесно сувишно тражени – *одговор на жалбу, у смислу накнадно̄ индивидуализовано̄ образложења акта, Суд не сма̄тра правно релеван̄ним*. Он каже: „С обзиром на наведено, оспорена Одлука Високог савета судства, по оцени Уставног суда, није образложена на начин прописан законом, чиме се повређују Уставом зајемчена права подносиоца. Високи савет судства у остављеном року, а ни накнадно, није поступио у складу са правним ставом Уставног суда од 25. марта 2010. године, према коме је требало да донесе појединачну одлуку о престанку судијске дужности подносиоца жалбе. Уставни суд сматра да се накнадним достављањем поднеска којим је доносилац допунио образложење оспореног акта у погледу разлога због

²¹ „Службени гласник РС“, бр. 109/07.

којих подносилац жалбе није изабран на сталну судијску функцију, који није саставни део тог акта, не могу отклонити недостаци оспорене Одлуке, јер образложење мора бити садржано у самом оспореном акту, чиме се омогућава оцена правилности утврђеног чињеничног стања и примене одговарајућих материјалних прописа. С обзиром на то да је жалба у конкретном случају поднета против Одлуке Високог савета судства о престанку судијске дужности неизабраних судија, предмет оцене у поступку по жалби може бити само оспорена Одлука и њена садржина, па непостојање утврђеног чињеничног стања и разлога који се односе на избор подносиоца жалбе у образложењу оспорене Одлуке представљају крупан и непремостив недостатак који спречава Уставни суд да приступи њеном мериторном испитивању...“ (*Гласник*, стр. 92).

Горко-тужно је нарочито то што Суд (*in fine* овога цитата) утврђује да ни после каквог-таквог добијеног одговора на жалбу, односно ипак унеколико прецизираног и каналисаног образложења одлуке према жалиоцу – нема могућност „да приступи њеном мериторном испитивању...“ (*sic!!*)²². Није ваљда заборавио на правну дужност да се пред њим одржи усмена расправа!?

6. – Да се Власи не (до)сете: *Суд у овој геоници њостујика, шј. шек са-да чини што у овом њроцесном стиадију њравно не сме да чини* – када је већ тражио одговор на жалбу (чл. 99. став 2. и члан 100. став 1. Закона о Уставном суду) – а што је првобитно, не тражећи одговор на жалбу у смислу персонализованог образложења Одлуке, одмах морао да предузме: *да њонишњи акти збој њнпремосћивих формалних њравних њовреда*. После приспећа захтеваног одговора на жалбу (погрешно се позивајући на став 1. члана 34, уместо на став 2. члана 99. закона по којем сâм поступа) – *Суд је био дужан, уместо што је закаснило њонишњио ожалбени акти, да њримени одредбу члана 100. Закона о Усћавном суду, да закаже и одржи усмену јавну расѡраву*²³: „После истека остављеног рока за достављање

²² Према ЗУС-у (*Одговор на ѡужбу и решавање сѡора без сѡиса*, члан 30), „ако тужбу не одбаци на основу члана 25. став 2. или члана 26. овог закона, нити поништи акт по члану 28. став 1. овог закона односно не огласи ништавим по члану 42. став 3, суд ће по један примерак тужбе са прилозима доставити на одговор туженом и заинтересованим лицима, ако их има 2 (став 1). „Одговор из става 1. овог члана даје се у року који суд одреди у сваком поједином случају, с тим што суд не може одредити рок дужи од 30 дана од дана достављања тужбе на одговор“ (став 2). „У остављеном року тужени је дужан да достави суду све списе који се односе на предмет управног спора и изјасни се о наводима тужбе. Ако тужени и после другог захтева не достави списе предмета у року од осам дана, или ако изјави да их не може доставити, суд може решити сѡор и без сѡиса, ѡри чему ће сам ѡтврдити чињенично стиање на расѡрави“ (подвукао З. Т. – став 3. члана 30. ЗУС-а).

²³ Слично мисле овим поводом и судије Д. Слијепчевић (*Гласник*, стр. 94) и М. Драшкић (*Гласник*, стр. 95–96) у својим издвојеним мишљењима.

одговора на жалбу, Уставни суд заказује расправу на коју позива подносиоца жалбе и представника органа који је донео одлуку...“ (став 1. тога прописа). Узгред, и ЗУС наређује: „У управном спору суд решава на основу утврђених чињеница на одржаној усменој јавној расправи...“ (члан 33. став 1). „Суд решава без одржавања расправе, само ако је предмет спора очигледно такав да не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану“ (став 2. истог члана). Беспоговорно да предметни спор очигледно није био такав. Изјашњавање странака, непосредно сучељавање њихових исказа на расправи, ради што хитнијег, делотворног и правилног решења спора, било је неопходно.

Скицираним поступањем Суд је *наставио да иде цик-цак љушњом*, нејасним избором, чудним комбиновањем неспојивих правила: 1) оних уставно-судских о поступању са жалбом судије коме је престала функција (чл. 99–103. Закона о уставном суду) којима је та процедура у главним тачкама целовито уређена – а на која се иначе уопште није изричито позивао иако су она матична (*sic!*); 2) члана 34 став 3. Закона о уставном суду (који се изворно односи на обавезе доносиоца општег акта оспореног пред Судом!) – на која се пак изричито позива (*Гласник*, стр. 89); 3) селективно и недоследно, само појединих правила ЗУС-а (не откривајући којих)!? А све то збркано и траљаво. Код тога, групацију правила ЗУС-а Суд је могао само супсидијерно и сходно да користи (с обзиром на одредбе из члана 8. Закона о Уставном суду).²⁴

На овоме месту, указујем – апстрактно – на *шири нивоа мериторној уставној судској одлучивања по жалби судије*. Код тога, прелазим преко оне елементарне равни одбијања да се уопште приступи одлучивању – када долази до одбацивања жалбе због рецимо неблаговремености. „Мериторно одлучивање“ значи да се Суд упустио у разматрање жалбе, да је испитивао њену основаност. И ништа више.

По својој дубини, *први хијојетички – најљилићи мериторни ниво* је онај када Суд уважава жалбу и поништава акт због таквих флагрантних процесних неправилности које га спречавају да суштински испитује жалбене наводе, враћајући предмет на поновно одлучивање органу и без слања жалбе на одговор. Понављам, Законом о Уставном суду овакав тип уставно-судског одлучивања о односној жалби није уопште предвиђен

²⁴ „О питањима поступка пред Уставним судом која нису уређена овим законом сходно се примењују одредбе одговарајућих процесних закона“ (став 1. тога члана). „О питањима поступка која нису уређена овим законом или одредбама процесних закона, Уставни суд ће одлучити у сваком конкретном случају“ (став 2. члана 8. Закона о Уставном суду).

када Суд већ одлучи да тражи одговор на жалбу; после тога, поништавање акта из процесних разлога више није правно допуштено и могуће! Суд у овој фази (члан 100. став 1. законског текста) свакад мора да одржи усмену расправу, да сâм утврди правно релевантне чињенице, а то већ није процесни терен испитивања жалбених навода, већ мериторно понирање у правни предмет.

Други моћући ниво мериторној уставно-судској испитивања у датом контексту је да – после одржане расправе, утврдивши исправно све правно релевантне чињенице у конкретном случају – одбије жалбу или да је уважи. Тако он улази у меритум ствари, ценећи да ли је доносилац ожалбене одлуке правилно применио меродавни материјални пропис или није. У потоњој другој варијанти овога слоја уставно-судског рада, оспорени акт се поништава, ретроактивно се правно елиминишу сви његови већ произведени учинци, а уједно он правно престаје да важи и за убудуће. Дакле, Суд овде непосредно не одлучује о самом престанку судијске функције (нити о избору на ту функцију), али је властан да својом одлуком незаконито одстрањеном судији правно врати функцију: поништавањем акта о њеном престанку (ако је такав акт Савета посреди, а у случају „Савељић“, показао сам раније, радило се о акту о неизбору а не о акту Савета о престанку функције!) наступа правна ситуација која је претходила престанку функције: То је воспостављање судијске дужности у погледу одређеног лица. Дакако, „одлуке Уставног суда су коначне, извршне и општеобавезујуће“ (члан 166. став 2. Устава).

У случају „Савељић“, Суд се противзаконито задржао на најплићој мериторној равни – оној чисто процесној, губећи тиме силно време а крунећи сопствени углед. Признајући да приступа „само такозваном мериторном решавању поднете жалбе, али не и мериторној оцени законитости оспорене Одлуке“ (*Гласник*, стр. 92). Неодржавши расправу након добијеног одговора Савета на жалбу, Суд је наставио с непоштовањем постулата правичности и делотворности суђења, при чему је и сам – поред свеприсутног одуговлачења и колебања Савета – *разумности рока за истински мериторно пресуђење још грасиичније угрозио*. А овде је у питању деликатна и хитна, за странку-жалиоца правно егзистенцијална ствар.

Трећи, најдубљи ниво уставно-судској мериторној одлучивања била би тзв. пуна судска јурисдикција. Хипотетички, овде би Суд имао овлашћење да – уместо органа чији је акт оценио незаконитим, па га поништио – сâм непосредно и суштаствено реши тај правни случај, не враћајући предмет на поновно решавање надлежном органу. У случају судског утврђивања незаконитости одлуке Савета о престанку судијске функције, пу-

на јурисдикција Суда је бесмислена: Суд сâм не би имао шта да истински мериторно поново одлучује уместо органа чију је незакониту одлуку поништио својом. Судија-жалилац би у том случају (п)остао судија, већ на основу уставно-судске одлуке о поништавању незаконитог престанка његове судијске функције.

Но, у случају поништења одлуке Савета о неизбору једног лица (коме је, као и свима другима, судска функција престала по сили закона, а због неизбора му не тече нови мандат!) – *иуна судска јурисдикција није незаконлива*. Напротив. Наиме, ако се Савет, рецимо, у свом новом акту у истој правној ствари оглуши о наређење Суда да отклони уочене (и све друге) процесне недостатке, па и други пут донесе битно правно накарадан акт – Суд би после одржане расправе могао *сходно да њромени њравила ЗУС-а о њуној јурисдикцији*. Реч је пре свега о одредбама члана 70. ЗУС-а,²⁵ пошто сличних норми у Закону о Уставном суду нема, а не постоји законска забрана пуне уставно-судске јурисдикције у односној врсти правне ствари. Суд би тако могао, ступајући на место Савета (који се, на пример, упорно, једнократно или вишекратно – а уставно-судски утврђено незаконитим – дрзне да одлучи о неизбору одређеног лица на судијску функцију), да својом одлуком, замењујући поништени акт Савета о неизбору, сâм реши ову правну ствар до краја. А то би правно и фактички значило да Уставни суд директно изабере дотично лице за судију, тако што би се – допуштеном правичном правном акробатиком – сматрало да му, уподобљено онима од Савета изабранима, мандат *ex lege* тече од 1. 1. 2010. године.

7. – Одлучујући у конкретном случају једино о процесној страни ожалбене одлуке, Суд се задржао само на наводима жалбе који се тичу неконкретизоване образложености те одлуке Савета (противно члану 17. став 2. Закона о Високом савету судства), непостојања поуке о правном леку, као и недовршеног састава Савета (о чему је било речи) – а не и о другим примедбама жалиоца у погледу поступка који је спроведен пред Саветом, а поготово не о коренитим питањима испуњености услова тог лица за обављање судијске функције. *А био је дужан да се изјасни и о осћа-*

²⁵ *Правне њоследице активної нењосџуџања њо њресуди*: „Ако надлежни орган после поништења управног акта донесе управни акт противно правном схватању суда или противно примедбама суда у погледу поступка, па тужилац поднесе нову тужбу, суд ће поништити оспорени акт и сам решити управну ствар пресудом, осим ако то није могуће због природе те ствари или је иначе пуна јурисдикција законом искључена“ (став 1). „Пресуда донета у случају из става 1. овог члана у свему замењује акт надлежног органа“ (став 2). „Ако суд сматра да због природе ствари не може да сам реши управну ствар, дужан је да то посебно образложи“ (став 3. члана 70. ЗУС-а).

лим – бар о оним у жалби указаним процесним неправилностима – како би Савет, спроводећи такву, бар формално целовито употребљиву уставно-судску одлуку, избегао да његов акт и други пут падне већ на процесном испиту. Како би се сама правна ствар судијског (не)избора странке што пре законито решила и у оном најживотнијем смислу. Тако, Суд уопште није дотакао – у жалби нападне као несумњиво прекршене – компоненте јавности и контрадикторности поступка пред Саветом, проблем изузећа појединих чланова Савета у одређеним случајевима, као ни питање да ли су чињеничне тврдње које се наводе у прилог неоспособљености и нестручности односног кандидата не само истините, него и саме по себи довољне (да ли имају неопходну правну тежину) да поткрепе жалбичев неизбор итд.

Уосталом, и Суд каже: „С обзиром на разлоге усвајања жалбе, Уставни суд се није упуштао у оцену основаности других навода изнетих у жалби, које ће Високи савет судства имати у виду приликом спровођења поновног поступка, како би се отклониле евентуалне повреде поступка који је претходио доношењу оспореног акта. Високи савет судства је дужан да поновни поступак спроведе сагласно Уставу и закону, на којима се темеље и правни ставови Уставног суда од 25. марта 2010. године. Високи савет судства је овлашћен да у поступку поновног одлучивања о пријави подносиоца жалбе, под условима и на начин прописан законом и прописима донетим на основу закона, одлучи о његовом избору или неизбору на сталну судијску функцију у судове за које је поднео пријаву. Уколико утврди да подносилац не испуњава прописане услове за избор, Високи савет судства ће донети одлуку о престанку његове судијске дужности у којој ће навести који(е) од прописаних услова подносилац не испуњава и изнети конкретне разлоге и доказе на којима заснива такву одлуку“ (Гласник, стр. 93).

8. – На крају, Суд уопште није изложио своје правно схватање у овој ствари. Тиме је Савету, у његовом поновном поступку и решавању, малтене оставио одрешене руке. А било је насушно потребно да се Суд чак и у назнакама, да се макар начелно изјасни како Савет убудуће треба да одлучује а да не повреди ни процесна, ни супстанцијална права странке (а ни других странака у истоверним предметима). Требао је да упозори да је код избора судија посреди везани а не дискрециони управни акт; да Савет поучи како, с коликом пажњом, минуциозношћу, озбиљношћу, прозачношћу и непристрасношћу мора да поступа приликом проверавања да ли има довољно правно значајних разлога за обарање претпоставке о стручности, оспособљености и достојности једног затеченог су-

дије који конкурише у суд исте врсте, односно истог степена²⁶ – а да се то не сведе на пушту дискреционарност и сл.

III

У овоме чланку, бавио сам се *судском надлежношћу за пружање правне заштите судија у Србији*, као и разматрањем *прве одлуке Уставног суда по жалби једног зашеченог а од Високог савета судства неизабраног судије, у процесу ошћења избора судија* (као дела овдашње текуће правосудне реформе).

1. – *Надлежност за пружање правне заштите судијама којима је престала судијска функција и оним лицима која нису изабрана на судијску функцију је – резимирам – правно подељена између Управног суда и Уставног суда*. Најпре, Управни суд је надлежан за решавање спорова по тужби против *уравних аката Народне скупштине о неизбору пријављених кандидата за несалну, пробну иј. трогодишњу судијску функцију*. Ово су управни акти донети у примени Закона о судијама (ЗОС-а) против којих није обезбеђена нека друга судска заштита, па тако (по члану 198. став 2. Устава и члану 3. ст. 1. и 2. Закона о управним споровима, ЗУС-а) – по мом виђењу – *представљају предмет уравног (а не неког групог судског) спора, по тужби пред Управним судом*.

С друге стране, *уравни акти Високог савета судства о неизбору пробних судија на салну судијску функцију* (члан 61. ЗОС-а), као и управни акти истог тела о престанку судијске функције сталних судија изабраних по Закону о судијама из 2008. године – а у случајевима предвиђеним овим прописом – *уживају правну заштиту Уставног суда, по редовној инстанцијоној жалби* (члан 148. став 2. Устава, прва и друга реченица, као и члан 67. ЗОС-а). А ова жалба искључује *ex constitutione* уставну жалбу (члан 148. став 2. Устава, трећа реченица).

Што се тиче надлежности за решавање спорова насталих правним противљењем неизабраних затечених судија (бираних по ранијим прописима) актима Високог савета судства којима им је наводно „престала судијска функција“, мој став има неколико повезаних састојака:

а) Њима је, као и *свим зашеченим судијама прешала судијска функција по сили закона*, „са 31. 12. 2009. године“, с тим што им од 1. 1. 2010. године не тече нови мандат (за разлику од оних лица која је на истом конкурсу Савет изабрао);

²⁶ Дотичну претпоставку прописује члан 13. Одлуке о утврђивању критеријума и мерила за оцену стручности, оспособљености и достојности за избор судија и председника судова („Службени гласник РС“, број 49/09).

б) Дотичне акте Савета (било да су скројени заједно, као у Одлуци савета од 25. 12. 2009. године, било да су – како је одмах по одлучивању и приличило – накнадно издати у форми појединачног образложеног правног акта)²⁷ – не квалификујем као акте о престанку судијске функције, већ као *sui generis* акте о неизбору на судијску функцију;

ц) Претходна тврдња повлачи став да за правну заштиту против њих није надлежан Уставни суд (како он сам тврди, и како је већ засновао своју наводну инстанциону надлежност!), пошто за тако нешто – у погледу ове неklasичне врсте правних ситуација – нема иоле чврстог правног ослоњања ни у Уставу ни у Закону о судијама;

д) Како *против* наречених (у)правних аката није *предвиђена* нека *друга* судска заштина, за *спорове* око њихове законитости надлежан је Управни суд: посреди је управни спор (на подлози става 2. члана 198. Устава и члана 3. ст. 1. и 2. ЗУС-а);

е) Управни спор (после евентуалног изјашњавања и Врховног касационог суда на правноснажну одлуку Управног суда, поводом захтева за преиспитивање његове одлуке) не искључује *сукцесивно*, на *самоме крају* *домаће* *и* *и* *правне* *заштите*, (и) *уставну* жалбу *пред* Уставним судом;

ф) Овим *новонауђеним* *моделом* *правне* *заштите*, *неизабрани* *затечени* судија у процесу актуелног ванредног општег избора судија у Србији добија неупоредиво бољу и стабилнију почетну правну позицију у односу на ону коју има при хипотези признавања само класичног права на жалбу Уставном суду, као јединог процесног пута који аутоматски искључује уставну жалбу пред истим судом. Он добија не само процесно повољнију позицију у квантитативном, него у квалитативном смислу! Поред осталог, правне и стварне могућности за *решавање* *односних* *спорова* у *и* *јурисдикцији* (да сам суд одлучи до сржи мериторно о спорном праву тужиоца/жалиоца, тј. о /не/избору судије, уместо органа чији је акт претходно поништио као незаконит) су далеко веће у управно-судском поступку – пред Управним судом а под контролом Врховног касационог суда, него у поступку пред Уставним судом.

2. – У погледу случаја „Савелић“, тј. *правне* *ваљаности* *одлуке* *Уставног* *суда* *по* *жалби* *једног* *неизабраног* *заштеног* *судије*, моји закључци су – имајући у виду све њене таксативно наведене круцијалне недостатке – следећи: Та одлука је једна велика шарена лажа, уједно и каталог против-

²⁷ При чему се у неколицини тих аката до којих сам дошао (с датумом „14. 6. 2010. године“), утврђује да, у одговарајућој тачки (која се тиче у том појединачном акту апострофираног лица), „заменују“ ону децембарску јединствену одлуку са списком неизабраних.

правности. Посреди је прва одлука Суда по жалби једног неизабраног за-
тченог судије, и то још уважавајућа. *Prima facie*, шта ћеш више, шта ћеш
боље! Но, практично, то је само још један вид трапавог покушаја – овога
пута наум и изум Уставног суда, што је посебно забрињавајуће имајући
у виду његов уставни и друштвени положај! – медијског и парapolитич-
ког пеглања правничке бруке у спровођењу домаће персоналне право-
судне реформе. Уз то, дотична одлука је крцата таквим и толиким про-
цесним дефектима (од ненадлежности доносиоца, па низводно, током
читавог уставно-судског поступка!) да се може поставити питање: Да ли
се Уставни суд (или његово већинско језгро) преображава у ствараоца не-
права, искривљујући правне норме како му падне на памет? Или смо и
овом (не)згодом на прагу обарања древне претпоставке да „суд зна пра-
во“ (*iura novit curia*), па чак и у погледу овог формално недодирљивог
жреца, који је уставно позван да арбитрира (и) свим кројачима права? Да
ли се то Уставни суд, ма и на један подужи „тренутак“, разобручено – још
једаред²⁸ – поставио изнад правног система и правничког умећа, повија-
јући се, можда, и под латентним политичким притиском, превише „осу-
шкујући политику“ да не поквари правосудну квазиреформу моћника?
Биће да је Одлука у случају „Савељић“ само још један површински и при-
времени „доказ“ како у Србији на терену јавног права тобоже има прав-
де, ма и закаснеле. И то, кобајаги, на највишем правном, назови мета-
судском плану.

У збиљи – и правничкој и животној – дотичном бившем судији није
враћена судијска функција која му је по сили закона престала. А услед
процесно дрско незаконитог неизбора (а можда неодрживог и у чиње-
ничном смислу, што мора да утврди суд!) од стране Савета није му ни
отпочео нови мандат. Време тече, много је дана и недеља изгубљено. По-
сле ове одлуке Суда, иста правна ствар се само вратила у крило Савета,
у процесни стадијум поновног одлучивања о избору једног лица коме је
у међувремену, са 31. 12. 2009. године, *ex lege* престала судијска функци-
ја. Он 1. 1. 2010. године више није био судија, а није то ни дан-данас. И
шта даље?

Ако Савет и у другом наврату, доказима које он сматра довољним,
наводно обори претпоставку стручности, достојности и оспособљености
лица о којем је реч, за очекивати је да Суд, по новој жалби, било да отво-

²⁸ Као и у свом Решењу број IУз-43/29009. од 9. 7. 2009. године о неприхватању иницијативе „за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама...“

ри или не расправу – одбије жалбу, ослањајући се, односно потврђујући чињенице каквим их Савет буде представио. Или ће, пак, због поновљене невичности Савета, још једном жалбу уважити, предмет Савету опет проследити – па ће се пинг-понг између Савета и Суда продужити?! На штету колеге Савелића, као и свих осталих оштећених актера општих србијанских правосудних избора, а особито на уштрб овдашњег замућеног права и потиснуте правде. Ово се дешава пред очима већ помало уморне домаће и за нас све мање заинтересоване међународне правничке јавности.

Сетих се, у самој завршници, *Ничеве* луцидне мисли да се „суштина неког феномена открива у тренутку његове генезе“. Да ли је одлука у случају „Савелић“ она огледна, пион(ир) одлука Суда која наговештава („прва ластва не чини пролеће“, али га најављује!) да Суд не сме или неће (свеједно) да загризе у квинтесенцију ствари: да нема снаге или/и воље да – и када се за то стекну законски услови – на концу одлучи у пуној јурисдикцији. Да, бар у неким тешким и осетљивим случајевима, не само касира већ и коригује незаконите акте Савета. Да сâм Уставни суд – пошто је већ самовласно и некажњиво узурпирао/приграбио надлежност Управног суда²⁹ – макар у осталим тачкама беспрекорно изабере лица која по свему заслужују да буду судије. Да разговетно, поуздано, ауторитативно, јасно и дефинитивно утврди да нема доказа да су поједине затечене судије нестручне, недостојне и неспособљене. Ипак, упуштање Суда у спор пуне јурисдикције у било којем случају по жалби неизабраних затечених судија – под условом да се такав подухват *lege artis* правнички спроведе – крстио бих отрежњујућим правничким чудом.

Све зебом да се цела ова невесела, црно-хуморна правничка и људска прича, *и ког Савета и ког Суда* – не само када је г. Савелић у питању – не заврши по већ стручно и судски описаном (не и оптимално санкционисаном и спреченом) рецепту рада Републичке радиодифузне агенције³⁰ у поступку избора међу пријављенима на конкурс ради додељивања емитерских дозвола: Пуким гласањем, каткад и прегласавањем – овде и Савета и Суда – и то у облику произвољне дискреционе оцене (без потпуне и јаке чињеничне залеђине и убедљивог, разложног објашњења) о

²⁹ Домаћи правни систем не познаје случајеве тзв. сукоба надлежности између Уставног суда – као врховног правног ауторитета, не само у питањима надлежности – и неког редовног суда (в. члан 167. Устава), а нема ни правне инструменте за отклањање већ неуставно и незаконито преузете надлежности Управног суда (или неког другог суда) од стране Уставног суда.

³⁰ В. З. Р. Томић, „Без чињеница и образложења“, *Избор судске праксе*, бр. 6/06, стр. 13–15.

избору или неизбору појединих кандидата, односно о законитости тог и таквог чина!?”³¹ Само да не буде по обрасцу размишљања и делања карактеристичних карикатуралних ликова из Нушићеве и Кафкине прозе заједно, ојачаних Кишовим и неким Кундериним „јунацима“?! Смешно, сатирично, тамно, гротескно и цинично. Да ли нам, за слабу утеху, пре-стаје једино, тренутно понешто утихнули, критички суд опште и правничке, посебно научне савести? “...Сад кад је стварност на разочаравајући начин почела да личи на саму себе“ (Ј. К. Гренгал).

³¹ Сентенца Врховног суда Србије тим поводом је да *Савети радиодифузне агенције није овлашћен на дискреционо одлучивање у поступку за издавање дозвола за емитовање радио програма*. У образложењу пресуде о поништавању оспореног акта се, поред осталог, каже: „Имајући у виду да Закон о радиодифузији, не даје овлашћење туженом (Савету РРА) за дискреционо одлучивање у поступку доношења одлука по конкурс за издавање дозвола за емитовање радио програма, то је одлуку било неопходно донети правилном применом одредаба Закона о радиодифузији уз поштовање свих правила поступања прописаних Законом о општем управном поступку, посебно његових основних начела.

Ово значи: да би тужени могао да донесе одлуку по чл. 53. ст. 1. тач. 5. Закона о радиодифузији, био је у обавези да правилно и потпуно утврди чињенично стање које је од значаја за доношење законите и правилне одлуке (у складу са начелом истине – чл. 8. ЗУП-а) и да то учини на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно као и на основу резултата целокупног поступка (у складу са начелом оцене доказа – чл. 10. ЗУП-а) и да посебно о томе да јасне и образложене разлоге.

Ово такође значи да није довољно: набројати утврђене и објављене критеријуме, као у решењу од 01. 7. 2006. године и навести да је цењен сваком од услова конкурса и критеријума појединачно, као у решењу од 19. 9. 2006. године, већ објаснити кроз разлоге решења (не)испуњеност сваког критеријума и услова конкурса појединачно у односу на сваког појединог учесника конкурса при чему уколико утврди да се пријавило више лица која испуњавају услове, тек тада да предност ономе ко на основу документације пружа веће гаранције да ће доприносити већем квалитету и већој разноврсности програма односно програмских садржаја на одређеном подручју на коме програм треба да буде емитован, као и да о томе да правилне и на закону засноване разлоге (на основу које документације, какве гаранције и то за сваког учесника коме је ово био разлог више за стицање права)“ (Пресуда ВСС, У.5162/06 од 11. 5. 2007. године).