



Strazbur, 24. oktobar 2005.

CDL-AD(2005)023
Or. Engl.

Mišljenje br. 349/2005

EVROPSKA KOMISIJA ZA DEMOKRATIJU PUTEM ZAKONA
(VENECIJANSKA KOMISIJA)

MIŠLJENJE
O ODREDBAMA O PRAVOSUĐU
U NACRTU USTAVA REPUBLIKE SRBIJE¹

koje je Komisija usvojila
na 64. plenarnoj sednici
(Venecija, 21.-22. oktobar 2005.)

na osnovu komentara koje su dali

James HAMILTON (zamenik člana, Irska)
Jeffrey JOWELL (član, Ujedinjeno Kraljevstvo)
Georg NOLTE (zamenik člana, Nemačka)
Hanna SUCHOCKA (član, Poljska)

¹ Koji je odobrila Vlada Republike Srbije u junu 2004.

I. Uvod

1. U pismu od 20. juna 2005., Ministar pravde Republike Srbije, gospodin Stojković, zatražio je od Venecijanske Komisije da da svoju ocenu poglavlja o pravosuđu u Nacrtu ustava Srbije, koji je odobrila Vlada Srbije u junu 2004. godine.

2. Ovo Mišljenje, koje se bazira na komentarima gospode Hamilton-a (Irska), Jowell-a (Ujedinjeno Kraljevstvo), Nolte-a (Nemačka) i gospođice Suchocka-e (Poljska), Venecijanska Komisija je razmotrila i usvojila na svojoj 64. plenarnoj sednici u Veneciji, 21. oktobra 2005.

II. Opšte primedbe

3. Odredbama Nacrta ustava nastoji se uspostaviti nezavisno sudstvo i nezavisno tužilaštvo. Nezavisnost sudstva je osnovno načelo demokratije i vladavine prava i neophodan činilac pravičnog suđenja. Nezavisno sudstvo omogućuje da se vlada i uprava mogu pozvati na odgovornost i da se primenjuju propisno doneti zakoni. Nezavisnost sudstva ističe se u prvom poglavlju Nacrta ustava o osnovnim načelima. Član 3 proglašava vladavinu prava za vrhovnu vrednost Ustava i govori o nezavisnom sudstvu kao o jednoj od njenih komponenti. Nezavisnost tužilaštva od nepropisnog uticaja obezbeđuje da se propisno doneti zakoni primenjuju bez političkih ili ličnih predrasuda.

4. U vezi sa nezavisnošću sudstva, postoji niz međunarodnih instrumenata i instrumenata Saveta Evrope koji utvrđuju konkretne mehanizme za ostvarivanje odgovarajućih standarda nezavisnosti. Najmerodavniji tekst je Preporuka (94)12 Komiteta Ministara Saveta Evrope o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija. Ova Preporuka je veoma jezgrovita i nacionalnim vlastima prepušta rešavanje mnogih pitanja. Mnogo detaljnije je Mišljenje br. 1 (2001) Konsultativnog Saveta evropskih sudija o standardima za nezavisnost sudstva i stalnost sudija.

5. Ne postoji opšti evropski standard u odnosu na javno tužilaštvo. U nekim državama, tužioci, s obzirom da su formalno deo izvršne vlasti, u manjoj ili većoj meri zavise od političkih grana vlasti, dok su u drugim nezavisniji, budući da su deo pravosuđa. Postoje i druge razlike između različitih nacionalnih modela, recimo u odnosu na obim nadležnosti ili diskreciono pravo za donošenje odluke da li da se pokreće krivično gonjenje ili ne. Svaki sistem, međutim, mora da uzme u obzir Preporuku (2000)19 Komiteta Ministara o ulozi javnog tužilaštva u krivičnom pravnom sistemu, koja predviđa da se priroda i stepen nezavisnosti tužilaca moraju utvrditi zakonom. Na taj način se obezbeđuje zaštita od podrivanja nezavisnosti, ali takođe osigurava da tužilaštvo ne postane toliko moćno da postane pretnja demokratskom sistemu.

III. Komentar pojedinačnih članova

SUDSTVO

Član 125 – Osnovne odredbe

6. Prva rečenica prvog stava ističe načelo da je sudija "nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu". Ova odredba je slična odredbama u drugim evropskim ustavima, npr. član 97 nemačkog Grundgesetz², mada reč 'subordinate' (*prim. prev.* u značenju "potčinjen") u engleskom prevodu možda ne izražava najbolje ovu ideju.

7. Izuzev Vrhovnog suda, na koji se odnosi član 129, i Ustavnog suda, koji se definiše kao nezavisan i samostalan sudski organ (čl. 170-178), svi ostali sudovi se uređuju organskim zakonom, koji određuje jurisdikciju i nadležnost sudova. Može se dodati da, iako Ustavom treba predvideti postojanje Vrhovnog suda, Ustav ne govori mnogo o samom sudu (čl. 129). Postavlja se pitanje da li je dobro toliko mnogo prepustiti organskom zakonu. Ovo je donekle razumljivo jer se organski zakoni daleko lakše donose i menjaju nego Ustav. Treba, međutim, takođe uzeti u obzir da je Srbija zemlja u tranziciji i da mogu biti neophodne izmene organizacije sudskog sistema u bliskoj budućnosti. Iz tog razloga treba postaviti pravila koja nisu suviše kruta.

8. Pošto član 3 (a implicitno i druga osnovna prava iz Ustava) radi svoje primene zahteva uspostavljanje sudova, može navesti na pogrešan zaključak odredba da se sudovi mogu ukidati na osnovu organskog zakona. Bilo bi bolje da ovaj član glasi da će se organskim zakonom utvrditi 'osnivanje, organizacija,

² Čl.97.1: "Sudije su nezavisne i potčinjene samo zakonu."

funkcija i hijerarhija (u zavisnosti od člana 129 koji predviđa superiornost Vrhovnog suda) sudova' (ili drugačija formulacija u tom smislu). Takva formulacija bi svakako podrazumevala da se neki sudovi mogu ukinuti, dok god postoji pristup pravdi i vladavina prava (član 3).

9. Za pohvalu je zabrana osnivanja privremenih i vanrednih sudova, uključujući vojne sudove.

Član 126 – Stalnost i nepremestivost sudija

Izbor na neodređeno vreme

10. Prema članu 126.1 Nacrta ustava, 'sudija se bira prvi put na pet godina, a posle toga na neodređeno vreme'. Izraz 'na neodređeno vreme' verovatno treba da znači do penzionisanja, s tim da podleže prestanku dužnosti na osnovu člana 128. Možda bi ovde bilo bolje jasno navesti da se radi o stalnom postavljenju do penzionisanja.

Prvi izbor na pet godina

11. Nešto nezgodnije je pitanje prvog izbora na period od pet godina. Istina je da prvi izbor u većini država kontinentalne Evrope, gde se za sudije postavljaju relativno mladi i neiskusni pravници, obično predstavlja period probnog rada. Ipak, takav običaj pokreće pitanje nezavisnosti ovih sudija, koji bi se mogli osećati prinuđeni da slučaj presude na određeni način³.

12. Nema definitivnog zaključka Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa ovim pitanjem⁴, a njime se eksplicitno ne bavi ni Proporuca (94)12 Komiteta Ministara o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija. Njime se, međutim, bave drugi tekstovi. U Eksplanatornom memorandumu uz Evropsku povelju o statutu sudija, koji je usvojen u Strazburu, jula 1998. godine (DAJ/DOC(98)23), stav 3.3 izražava se sumnja da:

"Očigledno je da postojanje probnih perioda ili uslova koji se moraju ispuniti da bi se ugovor obnovio predstavlja poteškoću ako ne i opasnost s tačke gledišta nezavisnosti i nepristrasnosti sudije, koji se nada da će dobiti stalno zaposlenje ili produžiti ugovor."

Univerzalna Deklaracija o nezavisnosti pravosuđa, koja je usvojena u Montrealu u junu 1983., na Svetskoj konferenciji o nezavisnosti pravosuđa (UN DOC.E/CN.4 /Subs.2/1985/18/Add.6 Annex 6) navodi:

"Izbor sudija na određeno vreme i izbor sudija na period probnog rada nije u skladu sa nezavisnošću pravosuđa. Tamo gde postoji takav izbor, trebalo bi ga postepeno ukinuti."

13. Očigledno je da, s jedne strane, postoji ozbiljna potreba za nezavisnošću sudija, dok s druge strane, praktična potreba da se najpre utvrdi da li je neki sudija zaista sposoban da nastavi efikasno da obavlja svoje dužnosti, pre nego što bude postavljen za stalno, takođe izgleda prilično važna u zemlji gde se za sudije biraju ljudi sa ograničenim iskustvom. Stoga, ukoliko se probni period rada smatra neizbežnim u nekim zemljama, u tom slučaju se mora obezbediti odgovarajuća zaštita.

14. Jedna moguća vrsta zaštite bila bi da se ograniči uloga takvih sudija, tako što će se obezbediti da oni imaju odgovarajuću pomoć kolega koji su izabrani za stalno i da sami ne donose konačne odluke. Poljski zakon, na primer, poznaje instituciju "procenitelja" (*engl.* assessor) pre nego što se postane samostalni sudija. Skraćenje suviše dugog perioda od pet godina bi takođe olakšalo problem.

15. Ključno pitanje jeste da se obezbedi dovoljna proceduralna zaštita, koju bi regulisao (po mogućnosti organski) zakon, kako bi se osiguralo da se sve odluke donose na osnovu objektivnih kriterijuma. Preporuka (94)12 navodi da "sve odluke koje se tiču profesionalne karijere sudija treba da se zasnivaju

³ Odluka Apelacionog suda Visokog suda pravde Škotske (*Starr protiv Ruxton*, [2000] H.R.L.R 191; vidi takođe *Millar protiv Dickson* [2001] H.R.L.R 1401) pokazuje do kakvih problema može doći. U ovom slučaju, škotski sud je smatrao da garancije pravičnog suđenja pred nezavisnim sudom utvrđene članom 6(1) Evropske Konvencije o ljudskim pravima nisu bile obezbeđene u krivičnom procesu pred privremenim šerifom koji je bio imenovan na period od godinu dana, a izvršna vlast je imala diskreciono pravo da ga ne imenuje ponovo. Ovaj slučaj možda ne govori da privremeni ili smenjivi sudija nikako ne može da bude nezavisan organ u smislu Konvencije, ali svakako ukazuje da je poželjno obezbediti da se privremeno imenovanom sudiji garantuje stalno postavljenje, osim u slučajevima koji opravdavaju otpuštanje stalno postavljenog sudije. U suprotnom, sudija se ne može smatrati istinski nezavisnim.

⁴ Evropski sud za ljudska prava, u predstavi br. 28899/95, *Stieringer protiv Nemačke*, od 25. novembra 1996., našao je da se ne radi o povredi člana 6(1) Konvencije, u slučaju kada je krivični proces održan pred tri sudije, od kojih su dvojica bili na probnom radu, i dvoje sudija porotnika. Pre isteka probnog rada, ove sudije su mogle da budu razrešene od strane sudskih vlasti, s pravom da ospore takvu odluku pred disciplinskim sudom. Prema nemačkom zakonu, njihovo učešće u postupku moralo je biti opravdano nekom imperativnom potrebom; nemački sudovi su našli da je takva potreba postojala. Komisija je smatrala da nije bilo povrede člana 6(1). U ovom slučaju, postojala je sudska kontrola nad procesom razrešenja.

na objektivnim kriterijumima, a izbor i napredovanje sudija na sposobnostima, imajući u vidu kvalifikacije, integritet, sposobnost i efikasnost". Sistem koji se predlaže ne ispunjava ove kriterijume. Odluku o imenovanju nakon probnog perioda donosi političko telo, Narodna skupština, u obliku izbora, tj. dikrecionog akta koji se ne objašnjava objektivnim kriterijumima. Komisija je mišljenja da Visoki savet pravosuđa treba da donosi statusne odluke o sudijama na probnom radu, da bi se osiguralo da se odluke donose strogo na osnovu sposobnosti, a ne pod uticajem neodgovarajućih političkih razmatranja. Na takve odluke Visokog saveta pravosuđa treba da postoji pravo žalbe sudu.

Član 127 – Izbor. Imunitet. Sukob interesa.

Izbor

16. Odredba člana 127 o izboru sudija izaziva ozbiljnu zabrinutost. Sudije i predsednike sudova 'bira Narodna skupština, na predlog Visokog saveta pravosuđa'. Predsednika Vrhovnog suda Srbije bira (pretpostavlja se Narodna skupština, iako nije izričito rečeno) na predlog Predsednika Republike, po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog suda Srbije'. Učešće parlamenta u izboru pravosudnih funkcija pretil opasnošću od politizacije izbora, a naročito sudije nižih sudova teško da mogu da vide "dodatnu vrednost" skupštinske procedure. U Srbiji, Narodna skupština do sada nije ograničavala svoju ulogu samo na potvrđivanje kandidature koju je predložio Visoki savet pravosuđa, već je odbila znatan broj takvih kandidata pod okolnostima u kojima nije bilo izvesno da je takva odluka doneta na osnovu razmatranja sposobnosti. Ovo ne iznenađuje jer su odluke o izboru koje donosi parlament diskrecione odluke i politička razmatranja u njima uvek igraju ulogu.

17. Kao što je već istaknuto,⁵ Preporuka (94)12 zahteva da se imenovanja u pravosuđu zasnivaju na objektivnim kriterijumima i sposobnostima, a ne političkim razmatranjima. Dakle, glavnu ulogu u izboru za funkcije u pravosuđu treba da ima objektivno telo kao što je Visoki savet pravosuđa na koji se odnose članovi 133-135 Ustava. Treba shvatiti da se predlozi ovog tela mogu odbaciti samo u izuzetnim slučajevima. Od izabranog parlamenta takvo samoobuzdavanje se ne može očekivati, pa je bolje razmotriti da takva imenovanja budu ovlašćenje Predsednika. Visoki savet pravosuđa treba da priprema kandidature, a Predsednik ne sme da imenuje kandidata koji nije na listi koju predlaže Visoki savet pravosuđa. I za predsednike sudova (sa mogućim izuzetkom predsednika Vrhovnog suda), postupak treba da bude isti.

Imunitet

18. Član 127 daje sudijama isti imunitet koji imaju narodni poslanici. Postavlja se pitanje da li je zaista neophodan tako široki imunitet za sudije. U svom mišljenju o Reformi pravosuđa u Bugarskoj (CDL-INF (1999)005) Venecijanska komisija je istakla da "iako se, bez sumnje, imunitet može opravdati ako je neophodno da se sudije i tužioci zaštite od postupaka čiji je cilj uznemiravanje, on ne sme da vodi ka tome da se sudije i tužioci stave izvan zakona." Imunitet poslanika nastao je kao zaštita od izvršne vlasti monarha. On štiti funkcionisanje parlamenta tako što sprečava političko gonjenje poslanika. Imunitet je izuzetak u odnosu na demokratski princip jednakosti pred zakonom. Stoga je u slučaju sudija opravdan samo ukoliko je neophodan da se spreči mešanje u rad suda. Dakle, ukoliko uopšte postoji, treba da postoji samo ograničeni, funkcionalni imunitet za sudije od hapšenja, pritvora i drugih krivičnih postupaka koji ometaju rad suda. Njihov imunitet, međutim, ne treba da predstavlja opšte izuzeće od krivičnih postupaka. Širi imunitet se ne može opravdati argumentom da je neophodan zbog ugleda sudija, jer je rasvetljavanje činjenica kroz sudski postupak bolji i brži način da se sačuva zasluženi ugled.

Sukob interesa

19. U vezi sa konfliktom interesa, član 127.3 upućuje na organski zakon. Ovo je opravdano. Još bolja bi bila formulacija: "Organskim zakonom će se odrediti koje su funkcije, poslovi ili privatni interesi u sukobu ili izgleda da su u sukobu sa nezavisnom sudijskom funkcijom." Trebalo bi razmotriti da li da se u tekstu navede zabrana članstva sudija u političkim strankama. Takva odredba se čini korisnom naročito u mladim demokratijama da bi se zaštitila sudska nezavisnost, mada ne postoji uobičajena evropska praksa u ovom pogledu.

⁵ Stav 15

Član 128 – Prestanak dužnosti i disciplinska odgovornost sudije

Prestanak dužnost

i

20. Ovaj član propisuje da sudiji prestaje dužnost na njegov zahtev, ispunjenjem uslova za penzionisanje i razrešenjem. Radni vek se navršava sa 67 godina života ili 40 godina staža. Očigledno bi trebalo dodati "štagod nastupi ranije". Sudija ne podleže promeni zakona kojom se radni vek skraćuje ili produžava.

21. Što se tiče izbora za pravosudne funkcije, Narodna skupština odlučuje o prestanku dužnosti sudija. Na osnovu kojih kriterijuma i razloga? Gore navedeni argumenti protiv uključivanja Narodne skupštine u odlučivanje o izboru za sudijske funkcije još ubedljiviji su kad je reč o razrešenju. Trebalo bi izbaciti odgovarajući deo ovog člana.

Disciplinska odgovornost

22. Odredbe o disciplinskoj odgovornosti i prestanku dužnosti su neprecizne i nejasne. Organskom zakonu se prepušta da definiše razloge kojima se opravdava razrešenje. S obzirom na njihov značaj, bolje bi bilo da se definišu Ustavom. O disciplinskoj odgovornosti sudija odlučuje u prvom stepenu Visoki savet pravosuđa. Poseban sudski organ odlučuje po žalbi. "Poseban sudski organ" nije definisan, a trebalo bi da bude definisan u tekstu Ustava.

23. Prema ovom tekstu, sudija odgovara za povredu dužnosti ili ugleda sudske vlasti. Ovo potonje se čini problematičnim. Može se desiti da javno mnjenje žestoko kritikuje sudije zbog odluka koje su doneli onako kako zakon nalaže. U slučajevima kada je disciplinski postupak opravdan, sudija koji ugrožava ugled suda to čini usled povrede svojih sudijskih dužnosti. Stoga se čini da je ovaj kriterijum dovoljan, a formulaciju o povredi ugleda sudske vlasti treba izbaciti.

JAVNO TUŽILAŠTVO

Član 130- Nadležnost i hijerarhija

Ovlašćenja

24. Dužnosti tužilaštva su da goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i da ulaže pravna sredstva radi zaštite ustavnosti i zakonitosti. Ustav ne govori šta se tačno podrazumeva pod ovom potonjom odredbom. Na osnovu toga što Ustav, član 136 i 137, uspostavljaju poziciju Ombudsmana kao državnog organa koji kontroliše rad državne uprave i poštovanje ljudskih i manjinskih prava, izgleda da se ne predviđa da javno tužilaštvo ima ove funkcije. Štaviše, ako ovu odredbu treba razumeti kao upućivanje na tradicionalni socijalistički sistem vanrednih žalbi od strane javnog tužioca protiv pravosnažnih presuda, postoji ozbiljan rizik sukoba sa principom pravne sigurnosti. Evropski sud za ljudska prava je više puta presudio da je upotreba takvih pravnih sredstava u suprotnosti sa Konvencijom. Ukoliko odredba o ulaganju pravnih sredstava radi zaštite ustavnosti i zakonitosti treba da ostane, mora se razjasniti kako bi bilo jasno da će se poštovati načelo pravne sigurnosti i da odlučivanje o tome pripada sudovima, a uloga tužioca jeste samo da takva pitanja iznese pred sud kako bi on odlučio o njima.

Nezavisnost

25. Nacrt se opredeljuje za model koji snažno teži nezavisnosti. Javno tužilaštvo je zamišljeno kao "samostalni državni organ" (član 130.1) a javni tužioci imaju, isto kao i sudije, stalnu funkciju nakon probnog perioda od 5 godina (član 131.2). Jedino starešina javnog tužilaštva se bira na 6 godina (član 131.1.2), ali na "predlog Visokog saveta pravosuđa" (član 132.1). Ova potonja odredba govori da se izbor starešine smatra uobičajenim napredovanjem u službi, a ne političkim imenovanjem. Samo je funkcija Vrhovnog javnog tužioca političko imenovanje, budući da ga imenuje Predsednik Republike, nakon "pribavljanja", pretpostavlja se, ne-obavezujućeg "mišljenja Visokog saveta pravosuđa" (član 132.1.2). Međutim, i Vrhovni javni tužilac uživa šestogodišnje imenovanje, tokom kojeg se, u osnovi, ne može razrešiti.

26. Predloženi sistem ima i dobre i loše strane. Dobro je što postoji relativno jaka izolacija Javnog tužilaštva od političkog uticaja. Ovo je naročito važno u slučajevima običnog kriminala u kojima bi oni na

pozicijama političke moći mogli pokušati da zaštite "prijatelje" ili "klijente" od krivičnog gonjenja. Ovaj sistem, međutim, može da se poremeti, na primer ako sam javni tužilac nedolično postupi. Poseban problem može da nastane u vezi sa krivičnim delima čije gonjenje pokreće pitanja koja se takođe tiču odgovornosti vlade, naročito u spoljnoj politici. Krivično gonjenje određenih terorističkih i drugih međunarodnih krivičnih dela zahteva određeni stepen diskrecije. U takvoj situaciji, samostalnost tužilaštva i moć izvršne vlasti da uobličava spoljnu politiku mogu da dođu u sukob. Puna nezavisnost tužilaštva može da dovede do situacije u kojoj državni organ koji ne odgovara nijednoj demokratski izabranoj instituciji može da odlučuje o pitanjima spoljne politike. S druge strane, ukoliko je vlada, a ne nezavisan tužilac, zadužena za gonjenje, postoji opasnost da određena krivična dela, uključujući teške povrede ljudskih prava, mogu da prođu nekažnjeno iz razloga političke koristi. S tim u vezi, značajan je stav 16 Preporuke (2000) 19:

“Javni tužioci moraju, u svakom slučaju, biti u poziciji da bez smetnji gone državne funkcionere za dela koja počine, a naročito dela korupcije, zloupotrebe položaja, teške povrede ljudskih prava i druga dela prema međunarodnom pravu.”

27. Bez obzira da li će se potpuno nezavisan sistem tužilaštva oceniti kao pozitivan ili negativan u određenom slučaju, mora se priznati da nedostatak odgovornosti demokratski izabranoj instituciji takođe skriva odluke od uticaja javnog mnjenja. Ovo ima i pozitivne i negativne aspekte – tužilac je zaštićen od populističkih pritisaka, ali s druge strane može da bude van dodira sa javnim mišljenjem, uključujući i mišljenja o bitnim pitanjima na međunarodnom nivou. Možda je potrebno da se gonjenje za izvesna teška krivična dela, ona koja se tiču spoljašnje sigurnosti i međunarodnih pitanja bude na neki način otvoreno za uticaj vlade. Jedan od načina jeste da se oformi posebno tužilaštvo za takve zločine, u kome izvršna vlast može snažnije da utiče na izbor i prestanak dužnosti. U vezi s tim, mogao bi se navesti primer Ujedinjenog kraljevstva. Tamo je, državni tužilac, koji je politički odgovoran parlamentu, zadužen za gonjenje određenih osetljivih stvari, kao što su podsticanje rasne mržnje, dok samostalni direktor javnog tužilaštva goni za većinu krivičnih dela. U Nemačkoj je *Generalbundesanwalt*, kog može da razreši vlada, zadužen za gonjenje ograničenog broja teških krivičnih dela koja se obično tiču državne bezbednosti. Nemački sistem, međutim, zasniva se na federalnoj državnoj strukturi i ne može se lako primeniti u Srbiji. Ukoliko se Srbija opredeli za tužilaštvo koje je nezavisno od vlade, treba da uzme u obzir odeljak 14⁶ Preporuke (2000)19. Ukoliko izabere da tužilaštvo bude više podređeno vladi, onda važi odeljak 13⁷ istog instrumenta.

Struktura

28. Član 130, stav 2, definiše hijerarhijsku strukturu javnog tužilaštva. Ovo nije neuobičajeno i samo po sebi ne zaslužuje kritiku. Međutim, takođe treba imati u vidu da član 133 uspostavlja zajednički Visoki savet pravosuđa za sudije i tužioce. To znači da u srpskom sistemu vlasti, javno tužilaštvo nije povezano sa izvršnom vlašću već predstavlja poseban organ sa bliskim vezama sa sudstvom. Kao rezultat toga, trebalo bi da postoji organizaciona i teritorijalna struktura tužilaštava koja je paralelna organizaciji

⁶ 14. U državama u kojima je javno tužilaštvo nezavisno od vlade, država treba da preduzme efikasne mere da bi obezbedila da priroda i stepen nezavisnosti javnog tužilaštva budu utvrđeni zakonom.

⁷ 13. kada je javno tužilaštvo deo vlade ili potčinjeno vladi, države moraju preduzeti efikasne mere kako bi:

a. priroda i stepen ovlašćenja vlade u odnosu na javno tužilaštvo bili utvrđeni zakonom;

b. vlada vršila svoja ovlašćenja na transparentan način i u skladu sa međunarodnim ugovorima, domaćim zakonima i opštim principima prava;

c. kada vlada izdaje instrukcije generalne prirode, one moraju biti u pismenoj formi i objavljene na odgovarajući način;

d. ukoliko vlada ima ovlašćenje da izda instrukcije da se preduzme gonjenje u konkretnom slučaju, takve instrukcije moraju sa sobom da nose odgovarajuće garancije da će se poštovati transparentnost i jednakost u skladu sa domaćim zakonom, gde vlada ima obavezu da, na primer:

– prethodno traži savet u pismenoj formi ili od nadležnog javnog tužioca ili organa koji vrši gonjenje;

– propisno objasni svoje pismene instrukcije, naročito kada one odstupaju od saveta javnog tužioca i da ih prosledi kroz hijerarhijske kanale;

– da se pobrine da, pre suđenja, saveti i instrukcije postanu deo predmeta tako da druge stranke mogu da se upoznaju sa njima i daju komentare;

e. javni tužioci imaju slobodu da dostave sudu bilo kakve pravne argumente po sopstvenom izboru, čak i kada su dužni da pismeno obrazlože primljene instrukcije;

f. u principu, nalog da se ne goni u konkretnom slučaju ne bi smeo da bude dozvoljen. U suprotnom, takve instrukcije moraju da budu izdate samo u izuzetnim slučajevima i ne samo da podležu uslovima pod d. i e., već i odgovarajućoj kontroli, naročito sa ciljem da se obezbedi transparentnost.

sudova. Tužiocima bi onda postali tužiocima u sudovima na različitim nivoima. Takvo rešenje se, međutim, ne predlaže.

Član 131 – Javni tužiocima

Premeštaj

29. Član 131.3 ima za cilj da osigura ličnu nezavisnost javnih tužilaca tako što omogućuje njihovu internu premestivost. Pošto su javna tužilaštva hijerarhijski organizovana, nezavisnost je za tužioce manje bitna nego za sudije. Otuda pitanje da li tužilac može da bude premešten protiv svoje volje nije od najvećeg značaja i čak može da postane prepreka za legitimna razmatranja o rotaciji. Izgleda da je mnogo umerenije pitanje da li tužilac nižeg ranga mora da sledi uputstva koja, po njegovom mišljenju, predstavljaju kršenje zakona ili povredu dužnosti tužioca da goni ili ne u konkretnom slučaju. U vezi s ovim, neophodno je da se ispoštuje odeljak 10 Preporuke (2000)⁹. Takva pitanja bi mogla da budu i trenutno jesu obuhvaćena Zakonom o javnom tužilaštvu, ali su i dalje daleko bitnija od pitanja premeštaja tužilaca. Što se tiče sadržine odredbe o premeštaju, s obzirom na predviđeni sistem zajedničkog visokog saveta pravosuđa, trebalo bi uključiti Savet u odlučivanje o ovome.

Imunitet. Sukob interesa

30. Kad je reč o imunitetu i sukobu interesa, mišljenje koje je već dato o sudijama⁹ važi i za tužioce.

Disciplinska odgovornost

31. Nedostaju odredbe o disciplinskoj odgovornosti tužilaca. Član 128.4 se očigledno odnosi samo na sudije. Odredbe koje se odnose na tužioce i upućuju na odgovarajuće odredbe koje se odnose na sudije ne govore ništa o disciplinskoj odgovornosti tužioca. Član 131, stav 5, trebalo bi da se u tom smislu dopuni: "u pogledu sukoba interesa, imuniteta, disciplinske odgovornosti važe iste ustavne odredbe kao za sudije".

Član 132 – Izbor i prestanak dužnosti javnog tužioca

32. Rezerve koje smo izrazili u vezi sa učešćem Narodne skupštine u izboru i prestanku dužnosti sudija, takođe važe, mada ne sa istom snagom, i za javne tužioce. Sa mogućim izuzetkom Vrhovnog javnog tužioca, u čijem izboru učešće Narodne skupštine može da bude opravdano, preporučuje se rešenje po kome izbor vrši Predsednik po predlogu Visokog saveta pravosuđa.

Član 133-135 - VISOKI SAVET PRAVOSUĐA

Član 133 - Nadležnost i sastav

Zajednički Savet za sudije i tužioce

33. Nacrt sadrži rešenje po kome tužiocima i sudijama čine zajednički pravosudni savet. U svetlu evropskih standarda, ovo rešenje (zajednička magistratura) ne izaziva rezerve, mada treba istaći da ovo nije široko rasprostranjen model. Važno je da i sudije i tužiocima budu ne samo nezavisni od drugih institucija države, izvršne i zakonodavne vlasti, već da budu i međusobno nezavisni. Nije preporučljivo da tužilac ima uticaja na stvari koje se tiču sudstva i isto tako, da sudstvo vrši kontrolu nad tužilaštvom.

Karakter Saveta

34. Savet se opisuje kao samostalan i nezavisan pravosudni organ. Akcenat na nezavisnosti pravosuđa je za pohvalu, ali razlikuju se mišljenja o tome da li da se Savet opisuje kao pravosudni organ.

⁹ Svi javni tužiocima imaju pravo da se instrukcije koje im se upućuju daju u pismenoj formi. Ukoliko tužilac smatra da je instrukcija nezakonita ili se protivi njegovoj savesti, trebalo bi da postoji interna procedura koja može da dovede do zamene takvog tužioca.

Sastav

35. Savet se sastoji od četiri sudije, četiri tužioca, jednog advokata i dva profesora prava. Ovakav sastav daje najbolje moguće garancije za nezavisnost pravosuđa i profesionalnu stručnost. Mađutim, a naročito ako se, u skladu sa ovim mišljenjem, eliminiše uloga Narodne skupštine u izboru pravosudnih funkcionera, može biti poželjno da se obezbedi širi sastav, uključujući i sudije i tužioce porotnike.

Član 134 – Položaj člana Visokog saveta pravosuđa

36. Kad je reč o imunitetu i sukobu interesa, mišljenja izneta u vezi sa sudijama¹⁰ takođe važe i za članove Visokog saveta pravosuđa.

Član 135 – Odlučivanje

37. Član 135 predviđa da, kada se odluka Visokog saveta pravosuđa odnosi isključivo na sudije iz njegovog sastava, izostaju javni tužioci. Isto tako, ako se odluka Saveta odnosi isključivo na tužioce, izostaju sudije. Ova odredba izgleda donekle nejasna. Moglo be se pretpostaviti da se ne odnosi samo na odluke koje se tiču pojedinačnih sudija ili tužilaca iz Saveta, već i na sudije i tužioce koje Savet zastupa. Ukoliko je to slučaj, čini se da je namera da kada Savet odlučuje o pitanjima koja su od značaja za sudije, tužioci ne učestvuju i obrnuto, ali kada odlučuju o pitanjima koja se odnose i na jedne i na druge, svi su uključeni. Ovo izgleda kao veoma komplikovana odredba i postavlja se pitanje zar nije jednostavnije da se osnuju dva zasebna saveta, jedan za rešavanje pitanja od interesa za sudije, a drugi za rešavanje pitanja od značaja za tužioce. Za ovaj drugi, bila bi dovoljna zakonska osnova umesto ustavne.

OMBUDSMAN**Član 136 – Ovlašćenja**

38. U svom mišljenju o Nacrtu zakona o Ombudsmanu Republike Srbije (CDL(2004)041), Komisija je preporučila da se instituciji Ombudsmana da ustavna osnova. Za pohvalu je što se to postiže članom 136 i 137 Nacrta ustava.

Član 137 – Položaj

39. Sudeći po stavu 1, Ombudsmana bira Narodna skupština na predlog predsednika Republike. Nedavno usvojen Zakon o Ombudsmanu omogućuje svakoj parlamentarnoj grupi da predloži svog kandidata. To je bolje rešenje nego ono po kome samo Predsednik može da predlaže kandidata. U Mišljenju Venecijanske komisije takođe se preporučivalo da kvalifikovana većina bira Ombudsmana. Kao što je već istaknuto za sudije, trebalo bi da postoji samo funkcionalni imunitet. Konačno, bilo bi poželjno da Ustav definiše osnove za prestanak dužnosti Ombudsmana.

¹⁰ 18 i 19.

IV. Zaključci

40. Klauzule Nacrta ustava koje je Venecijanska komisija razmotrila generalno nastoje da ispoštuju primarni pretežni princip vladavine prava, uključujući nezavisnost pravosuđa, kao što predviđa član 3 Ustava u skladu sa evropskim standardima. Komisija je ukazala na neke odredbe Nacrta koje moraju da budu jasnije. Ona je takođe predložila izmene odredbi koje bi, mada nisu nužno u suprotnosti sa idealnim evropskim standardima, mogle da budu poboljšane izmenama ili dodatnim razmatranjima.

41. Komisiju, međutim, naročito brine uloga Narodne skupštine u izboru za pravosudne funkcije i odlučivanju o prestanku dužnosti. Izbor sudija od strane parlamenta odgovara tradiciji iz bivše Jugoslavije, ali tekuće ustavne reforme u Bivšoj jugoslovenskoj republici Makedoniji pokazuju da ovaj sistem više nije nezamenljiv u ovom regionu. Po mišljenju Komisije, učešće Narodne skupštine u odlučivanju o razrešavanju i stalnom imenovanju sudija nakon perioda probnog rada nije u skladu sa evropskim standardima koji štite nezavisnost pravosuđa.