

Dr Vesna Rakić-Vodinelić

redovna profesorka univerziteta u penziji

rakicv@hotmail.com

IZBOR PREDSEDNIKA SUDOVA I PRIMENA USTAVA I ZAKONA O SUDSKOM SAVJETU I SUDIJAMA CRNE GORE

Abstract: U radu se razmatra dejstvo Amandmana I – XVI na Ustav Crne Gore i Zakona o Sudskom savjetu i sudijama (2016) na izbor predsjednika sudova, koje je Sudski savet izvršio u toku 2019. godine, kao i na neposredno predstojeći izbor predsjednika Vrhovnog suda Crne Gore. Autorica zaključuje da odredbe o zabrani više od dva konzumirana mandata nemaju retroaktivno dejstvo i da je ta zabrana, kao zakonska, morala biti primenjena prilikom izbora predsjednika sudova, a da se ustavna zabrana koja se odnosi na predsjednika Vrhovnog suda, mora primeniti, jer Ustav nema i ne može imati retroaktivno dejstvo, te da bi treći izbor istog lica za predsjednika najvišeg suda, bio neustavan.

Ključne reči: izbor predsjednika sudova, izbor predsjednika Vrhovnog suda, ograničenje na dva mandata, Amandmani na Ustav Crne Gore I – XVI, Zakon o sudskom savjetu i sudijama

Pratila sam i pratim javnu debatu kojoj su povoda dali izbori predsjednika sudova, a posebno najavljeni izbor predsjednika Vrhovnog suda Crne Gore. Moram da dodam: pratim je sa zadovoljstvom, jer u zemlji u kojoj živim, takve javne debate, sučeljavanja argumenata pred najširim auditorijumom, stručnim i opštim, povodom amandmana na Ustav Srbije koji se odnose na pravosuđe, kao ni povodom nekih na brzinu donesenih zakona sa ovom istom temom – nije bilo. Pratim je i sa interesovanjem, jer sam imala dobra iskustva, ne samo profesionalna, nego i ljudska, sudelujući u pripremi tadašnjih pravosudnih zakona Crne Gore, pre gotovo dvadeset godina.

Uzela sam, zato, sebi slobodu da u ovom tekstu podsetim na izvesne bitne principe od značaja za temu, da iznesem uporedna saznanja uglavnom evropske pravne doktrine, donekle i prakse, sa namerom da doprinesem debati.

Uvod

Osnovni predmet javne debate jeste pitanje da li zakonska zabrana da jedno isto lice bude birano za predsjednika suda više od dva puta (čl. 42. st. 1. Zakona o Sudskom savjetu i sudijama, „Sl. list CG“, 11/2016, 28/2018 i 42/2018), znači da ono može ipak biti ponovo birano, bez obzira na prošli broj mandata, ili se imaju uzeti u obzir samo mandati od stupanja na snagu ovog Zakona. Takođe, naročito aktuelno je i pitanje da li se isto lice može birati za predsjednika Vrhovnog suda Crne Gore, bez obzira na prošli broj mandata, ili se uzimaju u obzir samo mandati od stupanja na snagu amandmana na Ustav Crne Gore iz 2013. godine, čijom inkorporacijom u Ustav („Sl. list CG“, 1/2007 i 38/2013) je propisana ista zabrana (čl. 124. st. 5. Ustava). Ustavni zakon za sprovođenje Amandmana I – XVI nije izrično rešio pitanje intertemporalnosti (vremenskog zakona ranije i novog teksta Ustava). Svedeno na

najnužnije: zastupnici stavova da isto lice može biti ponovo birano za predsednika suda, uključujući i predsednika Vrhovnog suda, bez obzira na broj ranijih mandata, stoje na stanovištu da bi, u suprotnom, došlo do retroaktivne primene Ustava i Zakona, što bi navodno bilo suprotno Ustavu koji zabranjuje retroaktivnost (sem ako je ona, pod ustavnim uslovima izuzetno dopuštena); nasuprot tome, oni koji zastupaju stav da je ustavno i zakonski nedopustiv izbor za predsednika suda istog lica koje je na toj dužnosti već dva mandata, uključujući i predsednika Vrhovnog suda, zasnivaju svoju argumentaciju na tome da se ne radi o retroaktivnoj primeni Ustava i Zakona, zato što predsednici sudova vrše javnu funkciju, te zbog toga ne mogu imati ikakva stečena prava na funkciju.

U trenutku kad ovaj tekst nastaje, izabrani su predsednici nekih sudova, koji su, u vreme stupanja na snagu Zakona o Sudskom savjetu i sudijama, već imali dva ili više mandata, a Sudski savjet je utvrdio listu od jedinog kandidata koji se javio na konkurs - sadašnje predsednice Vrhovnog suda - i uputio listu Vrhovnom sudu Crne Gore. Izabравši predsednike nižih sudova koji su već konzumirali najmanje dva mandata, pre ili u toku stupanja na snagu Zakona o Sudskom savjetu i sudijama, Sudski savjet je stao na stanovište da se imaju uzeti u obzir samo mandati posle stupanja na snagu ovog Zakona, a može se pretpostaviti da to prejudicira i stav povodom izbora predsednika Vrhovnog suda, iako dopuštam da bi se moglo zauzeti suprotno stanovište, zbog činjenice da je zabrana više od dvostrukog izbora jednog istog lica za predsednika suda – zakonska zabrana – dok je ista takva zabrana koja se odnosi na predsednika Vrhovnog suda – ustavna zabrana.

1. U čemu se sastoji retroaktivna primena prava?

1.1. Da li je svaka primena novog izvora prava, ustava ili zakona, odnosno drugog opšteg akta (dalje ću, umesto svega koristiti reč „zakon“) na pravne odnose ili pravna stanja koji su nastali u prošlosti, nužno nedopuštena retroaktivna primena? Odmah da odgovorim, na osnovu uvida u doktrinarna i sudska tumačenja - nije.¹

(Pojam retroaktivne primene zakona posmatram izvan krivičnog prava i krivične odgovornosti za koje važi strogo pravilo o zabrani primene novog zakona kojim se uvode nova dotad neinkriminisana krivična dela, ili pooštrava odgovornost ili otežava krivična sankcija, ali u kome istovremeno važi i pravilo da će se novi zakon primeniti, ako je povoljniji za učinioca krivičnog dela. Takođe, ovaj pojam posmatram izvan slučajeva kada sâm zakon, na osnovu ustavnih kriterijuma određuje da pojedine njegove odredbe imaju povratno dejstvo.)

¹ „Najvažnije pitanje razmatranja problema retroaktivnog zakonodavstva, dakle, jeste utvrditi da li je (novi) zakon dovoljno različit od ostalih, uprkos njegovom (gotovo neizbežnom) retrospektivnom dejstvu, te da li bi taj (novi) zakon zaslužio oznaku „retroaktivan“. Potom, moramo identifikovati *nelegitimne* retroaktivne zakone. Prvi deo tog istraživanja je pitanje definicije: kad je zakon retroaktivan? Drugo pitanje je normativno: da li je retroaktivan zakon opravdan?“, Daniel E. Troy, *Towards a Definition and Critique of Retroactivity*, Alabama Law Review, Vol. 51:3:1329, str. 1332.

1.2. O samom pojmu retroaktivne primene zakona pisano je i piše se manje nego o zabrani i razlozima zabrane retroaktivnosti. Zato i nema definicije ovog pojma koja bi bila univerzalno prihvaćena, ali se, ipak izvesne zajedničke karakteristike mogu pronaći ne samo u okviru prava država kontinentalne Evrope, nego uključujući i angloameričko pravo.

Danas se doista retko sreću definicije koje barataju *isključivo* vremenom nastanka određenog pravnog odnosa i vremenom donošenja novog zakona, prema kojima nedopuštena retroaktivna primena zakona postoji uvek kada se novi zakon primenjuje na pravni odnos ili stanje nastalo u prošlosti². Štaviše i na nivou pravnih leksikona i enciklopedija, u definisanje pojma retroaktivnosti, uključuju se i dodatni elementi, npr. pojam stečenih prava, vrsta akta u kome je novo pravo sadržano (ustav, zakon ili drugi opšti akt), okolnost da li se radi o supstancijalnom (materijalnom) ili procesnom pravu i sl. Npr: retroaktivnost je primena nove pravne norme na činjenice koje su nastupile pre stupanja na snagu te pravne norme, ali istovremeno se naglašava, da ako je jedan akt (uključujući i radnju) bio nedopušten po starom zakonu, on ipak proizvodi pravno dejstvo, ako je dopušten po novom.³ Retroaktivna primena pravne norme postoji kad se ona primenjuje na slučajeve nastale pre donošenja te norme; u načelu, retroaktivnost je zabranjena za materijalnopravne (supstancijalne) norme, dok je u načelu dopuštena za procesne.⁴ Retroaktivna primena zakona postoji onda kada se prava stečena u prošlosti oduzimaju ili ograničavaju, ili se novim zakonom postavljaju nove obaveze, ili se menja ili, pak, oduzima dejstvo nekom pravnom odnosu ili pravnoj radnji u prošlosti.⁵

Dakle, već na ovom površnom opšte-pravnom obrazovnom nivou, pokazuje se da vreme nastanka jednog pravnog odnosa ili stanja i vreme stupanja na snagu novog zakona *nisu dovoljni za definisanje retroaktivne primene zakona*.

1.3. Dublji uvid u stanje savremene doktrine pokazuje razgraničenje različitih vidova retroaktivnosti i što je još važnije – razgraničenje dopuštene od nedopuštene primene novih zakona na prošlost.

1.3.1. U nemačkom pravu, kao osnov zabrane retroaktivnosti uzima se čl. 103. Osnovnog zakona (Ustava), koji za predmet ima pravo na pravično suđenje i zabranu retroaktivnosti krivičnog zakona. Tumačenje ove odredbe je, na osnovu prakse Ustavnog suda Nemačke prihvaćene u doktrini, razvilo razliku između *prave* i *neprave* retroaktivnosti, a polazi se od definicije retroaktivnosti *koja postoji onda kada se novi zakon primenjuje na činjenično stanje koje je nastalo pre stupanja tog zakona na snagu*. Pri tome se moraju razlikovati prava (*echte Rückwirkung*) i neprava (*unechte Rückwirkung*) retroaktivnost. Prava retroaktivnost postoji onda kada se novi zakon primenjuje na svršeno i perfektuirano pravno stanje ili pravni odnos, dok neprava retroaktivnost postoji onda kada je jedan pravni odnos započet u prošlosti, ali i dalje postoji ili traje u vreme stupanja na snagu novog zakona.⁶ Prava

² Jednu takvu definiciju, v. Dragana Ćorić, *Princip stečenih prava i retroaktivno dejstvo zakona*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2011, str. 54.

³ *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007, Gl. urednik Vladimir Pezo, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, u odrednici *Povratno djelovanje zakona*, str. 1182, dalje cit.: *Pravni leksikon*, Zagreb.

⁴ *Leksikon građanskog prava*, Gl. urednik Obren Stanković, Beograd, 1996, odrednica *Povratno dejstvo zakona*, str. 488, dalje cit: *Leksikon*, Beograd. .

⁵ Nolo's Plain-English Law Dictionary.

⁶ Burghart Hess, *Intertemporales Privatrecht*, Tübingen/Mohr – Siebeck, 1998, str. 290

retroaktivnost je nedopuštena, izuzev onda kada postoji potreba građana da određeni odnosi budu regulisani zakonom a oni to nisu, ili kada je važeći zakon nejasan, ili kada je odredba starog zakona ništava ili kada to zahteva opšti interes. U slučaju nepravde retroaktivnosti, primena novog zakona je dopuštena.

Podvlačim još jednom da je navedeno razlikovanje, kao i da su slučajevi dopuštene retroaktivnosti, rezultat odluka, stavova i tumačenja Ustavnog suda Nemačke povodom inače oskudnog čl. 103. Osnovnog zakona, koji u sebi sadrži samo zabranu retroaktivnosti krivičnog zakona. Taj Sud je pokazao izuzetnu kreativnost, ne samo povodom ove odredbe.⁷ Učenja o pravoj i nepravoj, kao i o dopuštenoj retroaktivnosti su danas u Nemačkoj široko prihvaćena u doktrini, tako da su uključena i u studentsku literaturu,⁸ kao i u pravne rečnike i leksikone⁹.

1.3.2. U francuskom pravu, izvan nedopuštene retroaktivnosti novog krivičnog zakona, koja je postavljena Deklaracijom o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine, nema ustavne zabrane retroaktivnog dejstva zakona. U čl. 2 *Code civil*, međutim, takva je zabrana sadržana: „Zakon uređuje samo budućnost; on nema povratno dejstvo“. Zato se neretko u literaturi nailazi na stav da princip zabrane retroaktivnosti ima slabiji, tj. *zakonski*, a ne ustavni karakter, kao i da se radi o jednom *relativnom* principu.¹⁰ Uprkos relativnosti ovog principa, Ustavni savet Francuske je ovlašćen da kontroliše da li bi eventualna retroaktivna primena prava bila u opštem interesu ili ne i dopustiće je ako utvrdi da je u opštem interesu. *Procesnim* odredbama zakona u Francuskoj se priznavalo retroaktivno dejstvo, ako novi zakon stupi na snagu dok postupak još traje. Pod uticajem *Paul-a Roubier-a*, delovanju novog procesnog zakona negira se *retroaktivna primena*, već se smatra da on ima *trenutno dejstvo (effet immédiat)*. Tako, ako novi zakon predvidi nove sudove, ti sudovi postaju nadležni *za pravne stvari koje su u toku*; isto važi i za promene u sastavu suda, za oblik i dejstvo radnji u postupku, kao i za rokove u kojima se mogu preduzimati, za postupak izvođenja dokaza i sl.¹¹ Trenutno dejstvo procesnih normi se prihvata sa obrazloženjem da su u pitanju postupci koji su u toku, dakle, pravne situacije koje nisu okončane, te da se u toku jednog postupka može govoriti *samo o izgledima, očekivanjima ili mogućnostima, a ne o stečenim pravima*. U procesnom pravu, stečena prava su izuzetak, npr. pravnosnažnošću parnične presude produžava se zastarelost potraživanja koje je presudom utvrđeno.¹²

1.3.3. U američkom pravu, u novije vreme, pored nominalne zabrane retroaktivnosti zakona, Vrhovni sud je razvio doktrinu *primarne* i *sekundarne* retroaktivnosti. Primarna retroaktivnost označava promenu onoga što je predstavljalo zakon u prošlosti, dok sekundarna označava zakon koji je nominalno okrenut ka budućnosti, ali ima povratne efekte.¹³ Ovo učenje, međutim nije rašireno toliko koliko razlikovanje između *retroaktivnog* i *retrospektivnog* dejstva, koje se zasniva na razgraničenju uticaja povratne primene zakona na

⁷ Videti naročito odluku Ustavnog suda BVerfGE 72, 200, 242.

⁸ <http://www.juraexamen.info/ruckwirkungsverbot-echte-und-unechte-ruckwirkung/> (pristupljeno: 14. 06. 2019)

⁹ Npr. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/rueckwirkung-43724> (pristupljeno: 14. 06. 2019)

¹⁰ <http://www.cours-de-droit.net/le-principe-de-non-retroactivite-des-lois-a121611742> (pristupljeno: 14. 06. 2019)

¹¹ Paul Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, Paris, 1929,, str. 542 - 568

¹² Borivoje Poznić – Vesna Rakić-Vodinelić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 75 prihvataju ovaj stav za procesne norme u pravu Srbije, dajući navedene primere i obrazloženje.

¹³ Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: an Equilibrium Approach*, Vol. 110.1055, str. 1068

stečena prava i na okončane činjenične i pravne situacije. Ova dva termina se neretko koriste kao sinonimi i njihova značenja se mešaju. Ni kriterijum klasifikacije nije nesporan. Ponekad se govori o *retrospektivnoj primeni* novog zakona ako taj novi zakon menja buduće pravne posledice prošlih pravnih odnosa ili stanja, dok se pod *retroaktivnom primenom* podrazumeva primena zakona pre nego što je objavljen ili se zakon primenjuje na činjenično stanje koje je u celosti nastalo u prošlosti i koje je svršeno i kompletirano, kako u činjeničnom, tako i u pravnom pogledu, u prošlosti.¹⁴ U suštini, retroaktivnom dejstvu se pripisuje zadiranje u stečena prava i u svršena činjenična i pravna stanja, a retrospektivnom, povratno dejstvo, ali bez diranja u stečena prava ili okončane činjenične i pravne situacije.

1.3.4. Napominje se kako „izgleda“ da se, po pravu EU, takođe pravi razlika između *retroaktivnog* i *retrospektivnog* dejstva, iako „ne sa mnogo reči“, kao i da se termini neretko mešaju.¹⁵ Što se (ne)dopuštenosti retroaktivnosti tiče, Evropski sud za ljudska prava (ECtHR), do sada, ima ambivalentan stav o generalnom principu zabrane retroaktivnosti zakona. Odlukom *Scordino protiv Italije* od 29.07.2004, br. 36813/1997, potvrđenom presudom Velikog veća od 28.03.2006: „...u načelu zakonodavnoj vlasti nije zabranjeno da u civilnoj materiji novim odredbama retroaktivno uređuje prava...“¹⁶ (Naglašavam da se terminom „civilna materija“ ne označava oblast koja na ovim prostorima obuhvata građansko pravo: radi se o autonomnom, konvencijskom pojmu, pod koji potpadaju i upravne stvari, a o tome je Evropski sud za ljudska prava u mnogim odlukama, povodom čl. 6. Evropske konvencije, izneo izričit stav.) Međutim odlukom od 24. jula 2014. godine, u pravnoj stvari *Azienda Agricola Silverfungi S.A.S. i dr. protiv Italije*, Sud je utvrdio povredu čl. 6. Evropske konvencije, koja se sastoji u tome što su se, *sračunatim donošenjem retroaktivnog zakona za vreme trajanja postupka, smanjili izgledi na uspeh aplikanata u postupku pred domaćim sudom*. Iako je Evropski sud prihvatio da je novi zakon bio neophodan da bi se otklonile postojeće pravne neizvesnosti, našao je da javni interes za tim razjašnjenjima nije značajniji od opasnosti retroaktivnog zakonodavstva u konkretnoj pravnoj stvari.¹⁷ Međutim, u istoj pravnoj stvari Sud nije utvrdio povredu čl. 1 Protokola 1, nalazeći da „države imaju široku marginu“ da određuju fiskalnu politiku i da uspostave ravnotežu između socijalne i ekonomske politike. Uopšte u slučajevima poreza, ne samo Evropski sud za ljudska prava, nego i najviši sudovi u pojedinim državama, dopuštaju povratno dejstvo novih poreskih zakona, što je posebna tema.

1.3.5. Pitanjem retroaktivnog dejstva zakona pozabavio se Ustavni sud Crne Gore, u svom rešenju U-I br. 31/16 i 9/17. od 30.10.2018. godine, kada je pokrenuta inicijativa za ocenu ustavnosti nekih odredaba Zakona o tumačima. Grupa sudskih tumača je u inicijativi tvrdila da su, donošenjem ovog Zakona, s obzirom na to da ih obavezuje na polaganje dodatnih ispita iako su već ranije položili ispit za tumače, diskriminirani u odnosu na ona lica koja treba da polažu samo jedan ispit, određen osporenim Zakonom. Takođe su tvrdili i da im je, donošenjem osporenog Zakona, nametnuta dodatna obaveza, iako su pre

¹⁴ Dr. Dörte Fouquet, Jana Viktoria Nysten, LL.M, *Retroactive and Retrospective Changes and Moratoria to RES support*, 2015.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Videti detaljnije stavove 98 – 103 navedene odluke.

¹⁷ www.liberties.eu, *Court of Human Rights Limits Use of Retroactive Legislation*, 08. avgust 2014, Helsinška fondacija za ljudska prava Poljske (pristupljeno: 14.06.2019).

njegovog stupanja na snagu već stekli svojstvo sudskih tumača. Ustavni sud nije prihvatio ovu inicijativu, a u svom obrazloženju, dao je sledeću argumentaciju:

„Naime, po nalaženju Ustavnog suda, nema ustavno-pravnih smetnji da se, u cilju preovlađujućeg javnog interesa – ‘da se oblast tumačenja, koja je do sada bila uređena podzakonskim aktom (Pravilnikom o stalnim sudskim tumačima), cjelovito uredi Zakonom i time u znatnoj mjeri doprinese unaprjeđenju kvaliteta i efikasnosti rada tumača’, kao i da se prelaznim odredbama Zakona propiše rok u kojem će Ministarstvo objaviti prvi poziv za postavljenje tumača u skladu sa ovim zakonom. Pored toga, Ustavni sud je, imajući u vidu obrazloženje iz Predloga Zakona o tumačima, da je *„dosadašnja primjena Pravilnika o stalnim sudskim tumačima, koji je donijet u 2008. godini, ukazala na određene nedostatke i probleme vezane za rad sudskih tumača, koji se prije svega odnose na nedovoljno precizirane uslove za postavljanje tumača i nedostatak normi kojim se reguliše sistem odgovornosti i postupak razrješenja sudskih tumača“* (...) ocijenio da osporeno zakonsko rješenje, kojim je propisano da *“stalnom sudskom tumaču koji je postavljen do dana stupanja na snagu ovog Zakona, a ne prijavi se na poziv iz stava 1. ovog člana, odnosno koji se prijavi na poziv, a ne bude postavljen za tumača u skladu sa ovim zakonom, prestaje svojstvo stalnog sudskog tumača i briše se iz evidencije stalnih sudskih tumača”*, nije diskriminatorско, utemeljeno je na objektivnom i razumnom opravdanju, (*justification test*), i ima legitiman cilj - ‘da se oblast tumačenja, koja je do sada bila uređena podzakonskim aktom (Pravilnikom o stalnim sudskim tumačima), cjelovito uredi Zakonom i time u znatnoj mjeri doprinese unaprjeđenju kvaliteta i efikasnosti rada tumača’. Takođe, zakonodavac je osporenim odredbama čl. 7., 8., 9., 10., 33. i 35. Zakona, po nalaženju Ustavnog suda, uspostavio razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići i ne predstavlja prekomjerni teret za stalne sudske tumače. Osporena zakonska rješenja odnose se na sva lica (stalne sudske tumače postavljene u skladu sa Pravilnikom o stalnim sudskim tumačima¹⁸, koji na dan stupanja na snagu Zakona, tj. 17. avgusta 2016. godine, ne ispunjavaju uslove za postavljenje, iz člana 6. Zakona, i u normativnom smislu među njima, po ocjeni Ustavnog suda, nema diskriminacije.“¹⁹

Ustavni sud se, u citiranom rešenju, nije izjasnio samo o pitanju diskriminacije, već i o pitanju retroaktivnosti. Ranije su uslovi za sticanje svojstva sudskih tumača bili uređeni Pravilnikom. U toku delatnosti ranije postavljenih sudskih tumača, donesen je Zakon koji postojećim tumačima nameće nove obaveze i uslovljava produžavanje njihovog svojstva polaganjem ispita i podnošenjem odgovarajućih prijava i isprava. Ustavni sud se, kao što se može pročitati, nije rukovodio samo vremenskim kriterijumom pri oceni dopuštenosti dejstva novog zakona na postojeće sudske tumače. On je – ne ulazeći u to da li je postupio svesno prihvatajući nemački model retroaktivnosti - zapravo stao da stanovište da je dopuštena primena novog zakona, zato što postoji potreba da se jedna neadekvatno uređena oblast uredi, rukovodeći se principom proporcionalnosti (jer Sud nalazi da se postojećim sudskim tumačima *ne nameće prekomerna obaveza*) i principom preovlađujućeg legitimnog javnog interesa, te da je i kao takva, primena novog zakona dopuštena, a to znači da nije

¹⁸ "Službeni list Crne Gore", broj 80/08.

¹⁹ U-I br. 31/16 i 9/17. od 30.10.2018. godine, str. 8. stav 8.4.

retroaktivna. Ovo je odluka kojom je zapravo postavljen temelj za izgradnju sudskih stavova o pojmu retroaktivnosti i o razgraničenju dopuštene od nedopuštene primene novog zakona na uspostavljene pravne situacije. Takođe, iz ove odluke proizlazi da je Ustavni sud načinio razliku između pravnih odnosa koji su u prošlosti okončani i pravnih odnosa *koji traju* u vreme donošenja novog zakona. Ono što nedvosmisleno proizlazi iz ove odluke jeste da se položaj sudskog tumača, kao lica od javnog poverenja *ne smatra stečenim pravom*. Dakle, kriteriji koje je sud upotrebio jesu: *opšti interes da se jedna neadekvatno uređena pravna oblast potpuno i jasno reguliše; nediskriminatornost novog zakonskog uređenja; trajnost funkcije o kojoj je reč i nedopuštenost tretiranja pozicije lica od javnog poverenja kao stečenog prava*.

1.4. Dakle, kao što se vidi, pored osnovnih elemenata definicije retroaktivne primene zakona koji obuhvataju vreme nastanka pravnog odnosa ili stanja i vreme stupanja na snagu novog zakona, valja uzeti i dodatne elemente: *stečena prava, činjenično stanje na kome se zasniva pravni odnos, karakter nove norme (supstancijalni ili procesni), svršenost pravnih situacija i dodatno, u ovom konkretnom slučaju – činjenicu da Ustavni zakon ne sadrži pravilo o rešavanju intertemporalnog sukoba novog i starog teksta Ustava, povodom dana od kada se računaju mandati predsedniku Vrhovnog suda*. Kad je reč o predstojećem izboru predsednika Vrhovnog suda, posebno ću razmotriti činjenicu da je zabrana više od dvostrukog izbora – *ustavna zabrana, koja se neposredno primenjuje*.

1.5. Pitanje na koje nastojim da odgovorim jeste: kakav je rezultat testiranja ovih elemenata primene novog zakona na to od kada se moraju računati mandati predsednika sudova.

2. Test stečenih prava

2.1. *Da li se odbijanje primene čl. 42. st. 1 Zakona o Sudskom savjetu i sudijama, odnosno čl. 124. st. 5. Ustava, koji zabranjuju više od dvostrukog izbora istog lica za predsednika suda, može opravdati stečenim pravima?* Iako o pojmu stečenih prava nema opšteprihvaćene definicije – postoje izvesni zajednički elementi, koji mogu poslužiti kao kriterijum za razgraničenje stečenih prava od ostalih. Stečena prava su subjektivna prava koja ne mogu biti derogirana, ograničena ili ostavljena bez pravne zaptite. Da bi se pravo smatralo stečenim, pravna situacija koja konstituiše pravo mora biti okončana, a to znači da su morale nastupiti sve pravne činjenice, neophodne za punovažan nastanak tog prava. Ovaj kriterijum je opšteprihvaćen, a u svakom drugom pogledu, postoje razlike.²⁰ Jedna druga definicija stečenih prava zasniva se na istoj ideji: stečena prava su privatna prava za koja se smatra da ne mogu biti derogirana, ograničena niti ostavljena bez pravne zaštite, usled pravnih promena koje nastupe posle nastanka prava. O samom pojmu postoje tri grupe teorija: stečenim pravom se smatra samo ono koje je pribavljeno voljom titulara (npr. ugovorom), nadalje stečeno pravo je ono koje je nastalo kad su nastupile sve pravne činjenice za nastanak tog prava, dok treća grupa teorija predstavlja kombinaciju prve dve.²¹ Kao što se vidi, prva definicija je šira, a zajednički im je element kompletiranje pravne situacije, tj. okolnost da su nastupile sve

²⁰ Ovako se pojam definiše u: Pravni leksikon, Zagreb, odrednica Stečena prava, str. 1526.

²¹ Tako, Leksikon, Beograd, odrednica Stečena prava, str. 694

pravne činjenice, neophodne za punovažan nastanak prava. Prilikom nabiranja stečenih prava, u oba izvora uključuju se konkretna prava koja su istovremeno i *ljudska prava*.

2.2. Da li se funkcija predsjednika suda može smatrati stečenim pravom? *Prima facie*, odgovor je negativan: niti se radi o subjektivnom pravu, niti o pravu koje se ne može derogirati. Naprotiv, funkcija je vremenski ograničena, a može prestati na osnovu ustavnih i zakonskih razloga i pre isteka mandata, te se zbog toga ne može ni govoriti o okončanoj pravnoj situaciji. *Uostalom, Venecijanska komisija je u svom izveštaju o ograničenju mandata predsjednika država, na osnovu međunarodnih dokumenata, izrično stala na stanovište da mogućnost istog kandidata da bude ponovo izabran nije ljudsko pravo, te time nije ni stečeno pravo.*²²

2.3. Takođe, za definisanje stečenog prava, relevantan je osnov sticanja. Položaj predsjednika suda je javna funkcija koja znači delatnost, odnosno vršenje poziva, službe, zadatka. *Ona se ne ugovara niti se stiče već se poverava izborom ili imenovanjem koje vrši nadležni organ.*²³

2.4. Evropski sud za ljudska prava je u slučaju *Baka protiv Mađarske*, dobio priliku da uspostavi izvesne principe koji se odnose na pravni položaj javnih funkcionera, *za vreme trajanja njihovog mandata*. Baka je bio predsednik mađarskog Vrhovnog suda u vreme ustavnih promena. Jedna od ustavnih promena se sastojala u tome što je promenjen naziv Vrhovnog suda u tradicionalni naziv *Küria*.²⁴ Baka se javno suprotstavljao ustavnim promenama koje su sprovedene pod okolnostima koje su ugrožavale nezavisnost sudija. Pre isteka njegovog mandata kao predsednika Vrhovnog suda, bio je smenjen, a potom mu je bio uskraćen pristup sudu radi zaštite njegovih prava. Evropski sud je utvrdio da je u ovom slučaju povređen čl. 6 Evropske konvencije (onemogućavanje pristupa sudu), kao i čl. 10. Konvencije (Baki bila ograničena sloboda govora). Ovaj slučaj je interesantan za konkretnu debatu u Crnoj Gori utoliko što je Sud našao da predsednik suda, kao javni funkcioner ima *legitimna očekivanja da okonča mandat na koji je izabran, ako nema ustavnih i zakonskih razloga za prevremeno okončavanje mandata*. I to je najviše do čega je, u pogledu javnih funkcionera, dosegao Sud: funkcioner ima *legitimno očekivanje* da ispuni *tekući mandat*, uz navedeni uslov.²⁵

2.5. Izvesno je, dakle, da se u slučaju predstojećeg izbora predsjednika Vrhovnog suda ne radi o stečenom pravu, pa čak ni o tome da je ugroženo legitimno očekivanje da se okonča tekući mandat, jer nema izgleda da tekući mandat predsjednika Vrhovnog suda bude protivpravno

²² Venice Kommission , *Report on Term-Limit, Part 1 – Presidents*, 16 – 18 mart 2018, str. 16, naročito tačka 81.

²³ Tako, Zoran Ivošević, *Pravni položaj javnih funkcionera*, Pravni zapisi, Godina III, 1/2012, str. 90, 91.

²⁴ Uzgred, promena naziva Vrhovnog suda Srbije u Vrhovni kasacioni sud u Ustavu Srbije iz 2006. godine, poslužila je kao opravdanje za skraćivanje mandata ranijeg predsjednika tog suda i izbor novog, ali nikakav spor nije vođen pred domaćim sudom, pa nije bilo ni prilike da se ECtHR o tome izjašnjava.

²⁵ *Baka protiv Mađarske*, br. 20261/2012, presuda Velikog veća od 23. juna 2016. godine, naročito videti stavove 172 – 192.

skraćen, budući da gotovo u celosti konzumiran. U svakom trenutku svojih dosadašnjih mandata, aktuelni predsednik Suda je imao *samo legitimno očekivanje da mandat na koji je izabran okonča, bez mešanja drugih vlasti ili trećih lica. I svaki dosadašnji mandat je ispunio legitimno očekivanje, tj. nije bio ugrožen*. Posle isteka postojećeg mandata, očekivanje da se dobije treći, *ne može biti legitimno* zbog delovanja čl. 124. st. 5. Ustava. Postojeća situacija ne sprečava primenu ove ustavne odredbe, njena primena ne bi bila retroaktivna, jer ne bi dirala ičija stečena prava. Tih prava ovde, jednostavno, nema. Postojeći kandidat je pravno i faktički konzumirao dva mandata, a treći izrično zabranjuje Ustav.

3. Test činjeničnog stanja

3.1. U prethodnoj tački objašnjeno je da, u korist javnog funkcionera ne može nastati i da nije nastalo nikakvo subjektivno pravo koje se ne može derogirati. *Test činjeničnog stanja služi da se utvrdi da li je u prošlosti nastupilo konačno činjenično stanje, na kome je zasnovano - ne neko pravo - nego tek legitimno očekivanje da se jednom povereni mandat okonča bez protivpravnog mešanja trećih*. Jedan od razloga zbog kojih je retroaktivna primena zakona načelno nedopuštena leži u tome što bi se novi zakon primenio na „stare“ činjenice, tj. na činjenice koje su nastale i okončale se u prošlosti (prestale da postoje). Koje bi, u ovom slučaju bile relevantne činjenice? To je najpre identitet suda za koji se konkuriše, identitet javne funkcije, identitet fizičkog lica koje konkuriše i činjenice o ispunjenosti uslova za datu javnu funkciju. Činjenice relevantne za prvi mandat sadašnjeg predsednika Vrhovnog suda, nastupile su *pre* stupanja na snagu Amandmana na Ustav I – XVI iz 2013, a činjenice relevantne za drugi mandat, *posle* tog momenta. Tvrdnja pa se da je samo jedan mandat konzumiran je neosnovana, jer ovde se radi o *istim* činjenicama, o čemu se izlaže u narednoj tački.

3.2. Dakle, pitanje je da li postoji ili ne postoji identitet činjeničnog stanja u vreme oba konzumirana mandata sadašnjeg predsednika Vrhovnog suda. Karakter, uloga i identitet Vrhovnog suda Crne Gore nisu se promenili – isti su kao što su bili po ranijem ustavnom tekstu. I tada je bio, a i danas je najviši sud Crne Gore.²⁶ Funkcija predsednika Suda je i tada i danas bila identična. Isto to važi i za fizičko lice koje je u prethodna dva mandata obavljalo funkciju predsednika Suda. Materijalni uslovi za poveravanje javne funkcije su u bitnom isti. Nadležnost organa koji je aktuelnog predsednika Vrhovnog suda birao u prethodna dva mandata nije deo činjeničnog stanja. Za prvi mandat izbor je izvršila Skupština, a za drugi Sudski savjet, što je *irelevantno*, jer kad je u pitanju ustavna nadležnost organa za izbor, tu bez izuzetka važi princip *trenutnog dejstva* novog ustava i ne utiče na relevantno činjenično stanje.

²⁶ Isti status Vrhovni sud Crne Gore ima od 2007. godine; do tada je formalno i veoma ograničeno mogao biti pod dejstvom izvesnih odluka Saveznog suda SRJ, odnosno Suda Državne zajednice Srbije i Crne Gore, ma kako da je ta zavisnost bila slaba i bez praktičnog dejstva. Prvi mandat je aktuelni predsednik Vrhovnog suda Crne Gore, započeo posle 2007. godine, što nije sporno.

3.3. U pitanju je *trajno* činjenično stanje, uspostavljeno prvim izborom aktuelnog predsednika Suda, koje traje i danas.²⁷ *Novi zakon koji određuje buduće opterećujuće pravne posledice vezane za činjenično stanje nastalo u prošlosti (tzv. nepravna retroaktivnost) su dopušteni i nisu suprotni vladavini prava kada ostvaruju ciljeve zbog kojih se donosi novi zakon.*²⁸ Radi se, povodom citiranog zaključka, o pravnoj stvari u kojoj je činjenično stanje nastalo u prošlosti, identično onom koje postoji u sadašnjosti, a za to isto činjenično stanje su novim zakonom bile predviđene teže pravne posledice od onih koje su postojale po ranijem. Bitni elementi ovog stava jesu: (a) bitno isto činjenično stanje nastalo u prošlosti, a nepromenjeno u sadašnjosti; (b) predviđanje težih posledica istog činjeničnog stanja novim zakonom i (c) ostvarivanje postavljenih ciljeva novog zakona. U slučaju aktuelnog predsednika Vrhovnog suda, postoji identitet činjeničnog stanja (a); novim zakonom jeste predviđena opterećujuća (teža) posledica već konzumiranih mandata, jer je zabranjen novi, treći mandat, a ta posledica je strogo individualnog i privatnog karaktera i vezana za određeno fizičko lice; ona, pak, ne rezultira gubitkom stečenog prava, jer očekivanje ili mogućnost ili izgled nije isto što i stečeno pravo (b); opterećujuća posledica je rezultat *zaštite legitimnog javnog interesa, a to je cilj koji se postiže ograničenjem broja mandata* (c). Zbog toga je neophodno u analizu uneti ciljno tumačenje zabrane više od dvostrukog mandata, što će biti učinjeno u tački 6. ovog teksta.

3.4. Uz navedeno, budući da su „stare“ i „nove“ činjenice identične, nije ni potrebno posezati za dopuštenom retroaktivnošću. Jer, novi zakon se primenjuje na „nove“ činjenice, identične „starim“. Ukratko, u odnosu na raniji tekst Ustava, od činjeničnog stanja promenilo se *samo vreme*, a puka vremenska dimenzija nije dovoljna za da bi se tvrdilo da bi primena novog zakona (Ustava) bila retroaktivna.

4. Test karaktera norme

4.1. *Da li je ustavna norma koja ograničava broj mandata javnog funkcionera materijalnopravna (supstancijalna) ili je, pak, procesnopravna?* Ona predstavlja zabranu, odnosno smetnju za treći (i bilo koji dalji naredni) izbor, pa se stoga može definisati kao *posebna procesna pretpostavka*, a budući da je negativno postavljena, kao *procesna smetnja* za donošenje odluke nadležnog organa o ponovnom izboru lica koje je konzumiralo već dva mandata. *Zabrana je upućena organu koji bira funkcionera* (Sudskom savjetu), a ne kandidatu. Dakle, nadležni organ ne sme da izvrši izbor – može samo da odbije predlog (ako predlog bude dat) ili, ako postoje smetnje koje se tiču urednosti ili blagovremenosti prijave – da prijavu odbaci.

4.2. Ustavna norma koja zabranjuje treći i svaki dalji mandat konkretnog javnog funkcionera, a koja ima procesnu prirodu, deluje trenutno, što znači da novi Ustav stupanjem na snagu amandmana, drugačije uređuje trajno činjenično stanje nastalo u prošlosti, a održano do

²⁷ Ovakav je stav Ustavnog suda Nemačke, u odluci BVGFg BESCHLUS 2 VBL, 13702 OD 07.07.2010.

danas, tako što tom činjeničnom stanju pripisuje drugačije posledice, kako je to definisao *Paul Roubier*. Norme procesnog karaktera - ne samo funkcionalne već naročito organizacione - svuda deluju i primenjuju se trenutno, stupanjem na snagu i njihova primena nije retroaktivna.

5. Test svršenosti pravne situacije

5.1. Ovaj test predstavlja kombinaciju testa stečenih prava i testa činjeničnog stanja. Ako je u prošlosti stečeno pravo koje se ne može derogirati zato što su nastupile sve činjenice koje je stari zakon propisivao za punovažno sticanje tog prava, bila bi zabranjena primena novog zakona.

5.2. Javna funkcija nije stečeno pravo. Činjenice na osnovu kojih je funkcija poverena prvi put identične su sadašnjim činjenicama, i nisu svršene u prošlosti na način koji dovodi do sticanja prava, jer ovde stečenog subjektivnog prava nema, *što čini ne samo dopuštenom, već upravo obaveznom primenu ustavne norme* iz čl. 124. st. 5. Ustava Crne Gore.

6. Test popunjavanja pravne praznine

6.1. *Zašto je zakonom i Ustavom ograničen mandat predsednika sudova i predsednika Vrhovnog suda na dva?* Vrlo je verovatno da su dosadašnji nalazi Venecijanske komisije da mandate javnih funkcionera valja ograničiti (iako je stav eksplicitno zauzet za predsednike država) bili inspiracija za promenu Ustava u ovom pogledu.²⁹ Radi se odista o lekovitom rešenju za demokratiju. Ako je za demokratiju važno ograničiti broj mandata predsednika države, za vladavinu prava i nezavisnost sudija i sudova, podjednako je lekovito i legitimno ograničiti broj mandata predsednika sudova. Neograničeni mandati pretvaraju položaj predsednika suda u zanimanje i pogoduju koncentraciji personalne moći, koja tada zamenjuje moć institucije. To je *ratio legis* ograničenja mandata za svaku javnu funkciju podložnu akumulaciji lične moći i uticaja. Ovaj fenomen ne mora nužno zavisiti od individue koja funkciju obavlja, on je sistemska stvar.

6.2. Činjenica da je ustavnim promenama ograničen broj mandata predsednika Vrhovnog suda, kao i razlog za to, ključni su za ciljno tumačenje. A ovakvo tumačenje je potrebno u

²⁹ „In those democracies where the president exercises important functions of State, a system of constitutional checks and balances ensures that he or she cannot exercise arbitrary power while in office, and in any event the term of office is limited. The constitutions of democratic countries with presidential systems of government, as are to be found in particular in Latin America, generally either prohibit the immediate reelection of an incumbent President or at least limit it to one further term, as is the case in the Constitution presently in force in Belarus. Even democracies where the President's functions are largely ceremonial tend to limit the possibility of continuous terms of office. The undesirability of unlimited terms for the president is recognised in new (e.g. the Republics of Albania, Armenia, South Africa, Lithuania, Poland, Russia, Ukraine, etc. etc.) as well as in old democracies. (Para 12)“, Venice Kommission, *Report on term-Limit, Part 1 – Presidents*, 16 – 18 mart 2018, str. 11.

situaciji kada Ustavni zakon za sprovođenje amandmana na Ustav Crne Gore ne sadrži prelaznu odredbu o uračunavanju prethodnih mandata. Ne sadrži je zato što primena novih ustavnih odredaba nije retroaktivna (videti tačku 7. ovog tekst za objašnjenje i obrazloženje). Ali, u slučaju sumnje o tome, pravnu prazninu treba popuniti. Budući da precedenti o ovome pitanju ne postoje, pravna praznina se popunjava ili analogijom ili pomoću *argumentum a contrario*. Analogija sa predsednikom Republike Crne Gore, u ovom slučaju nije svrsishodna, s obzirom da je on na svoj prvi mandat izabran kao predsednik federalne jedinice jedne šire zajednice, a ne vidim mesta analogiji sa nekim drugim javnim funkcionerima. Ostaje nam, zato, *argumentum a contrario*. Do usvajanja ustavnih amandmana, po ustavnom sistemu iz 2007. godine, broj mandata predsednika Suda nije bio ograničen. Novim ustavnim uređenjem ograničen je na dva, koje je isto lice već konzumiralo. Cilj ograničenja je *legitiman, zato što se sastoji u izbegavanju ili ograničenju uspostavljanja personalne moći predsednika Suda radi boljih stvarnih garancija vladavine prava i nezavisnosti sudija i sudova*. Dakle, suprotno stanovištu da se imaju uzeti u obzir samo mandati ostvareni po novom ustavnom uređenju, činjenica da nema prelaznih odredaba i uzimajući u obzir legitimni cilj ograničenja, obavezuje onog ko primenjuje normu da *uračuna oba mandata i spreči treći, tj. da na naredni izbor predsednika Vrhovnog suda, primeni imperativnu normu iz čl. 124. st. 5. Ustava*.

7. Test ustavne zabrane

7.1. Zabrana više od dvostrukog izbora svih predsednika sudova, izuzev Vrhovnog suda, je *zakonska zabrana* (čl. 42. st. 1. Zakona o sudskom savjetu i sudijama), dok je ista zabrana, kad je u pitanju predsednik Vrhovnog suda, *ustavna zabrana*. Između ovih vrsta zabrane, po kriterijumu akta u kome su sadržane, bitne su razlike.

7.2. Ustav, za razliku od zakona, hijerarhijski nižeg, ima *originernu (izvornu) konstitutivnu moć, koja proističe iz samog pojma konstitucionalizma* (pod uslovom da se ustavom ne derogiraju niti ograničavaju ljudska prava, niti se njime snižava dostignuti nivo stvarnog uživanja i zaštite tih prava i pod uslovom da su poštovana proceduralna pravila za donošenje ustava – što važi kako za nove ustave, tako i za promene, tj. za amandmane na postojeći). Zakoni uvek imaju *derivativnu (izvedenu, prenesenu) moć, jer se donose pod ustavom propisanim uslovima, proceduri i ograničenjima – njihova moć počiva na ustavu, dok moć ustava proističe iz ustava samog, kao tvorevine volje suverenih građana*.³⁰ Ustavnost zakona se može preispitivati, ustavnost ustava – ne (sa izuzetkom ograničenja ljudskih prava i poštovanja ustavne procedure, što se tehnički postiže preispitivanjem jednog zakona – u ovom slučaju to bi bio Ustavni zakon za sprovođenje Amandmana I – XVI na Ustav Crne Gore). U konkretnom slučaju se nije postavilo pitanje koje bi se ticalo ljudskih prava niti procedure

³⁰ “Prema tome, dva inicijalno suprotstavljena obeležja mogu opstajati jedno uz drugo, takvi kakvi jesu: ustavna moć nacije je neograničena, nacija uvek ima pravo da promeni ustav; ali ustav mora odrediti sredstva i načine kojima se vrši promena ustava – i time je ta moć ograničena.” Arnaud Le Pillouer, *Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle*, Revues d'histoire des facultés de droit et de culture juridique, str. 123 – 141, citirana recenica, str. 135. (Napomena: pod reči *nation* ovde se podrazumeva država.)

donošenja Amandmana I – XVI (2013) na Ustav Crne Gore, te su svi amandmani, inkorporisani u Ustav, snabdeveni originernom konstitutivnom moći. U pravnom pogledu, to je ono što ustav čini hijerarhijski najvišim pravnim aktom u državama vladavine prava, naročito onim koje imaju pisane ustave.

7.3. Pored toga što ustav uopšte, tako i Ustav Crne Gore ima originernu, izvornu moć, on sadrži redovno i *konkretna ustavna pravila koja su neposredno primenjiva, tj. ona koja nisu posredovana zakonom i koja se primenjuju onako kako su ustavom definisana.* Na pitanje koja su to pravila, Ustav Crne Gore, odgovara u čl. 16, koji glasi:

„Zakonom se, u skladu sa Ustavom, uređuju:

- 1) način ostvarivanja ljudskih prava i sloboda, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje;
- 2) način ostvarivanja posebnih manjinskih prava;
- 3) način osnivanja, organizacija i nadležnost organa vlasti i postupak pred tim organima, ako je to neophodno za njihovo funkcionisanje;
- 4) sistem lokalne samouprave;
- 5) druga pitanja od interesa za Crnu Goru.“

Podvlačim da čl. 16. Ustava nije promenjen amandmanima iz 2013. godine.

Zakonsko uređenje predsednika sudova potpada pod tačku 3) čl. 16. Ustava. Po stupanju na snagu ustavnih promena donet je Zakon o Sudskom savjetu i sudijama („Sl. list CG“, 11/2016, 28/2018 i 42/2018), radi usklađivanja sa ustavnim amandmanima, na osnovu čl. 2. st. 1. Ustavnog zakona za sprovođenje Amandmana I do XVI na Ustav Crne Gore („Sl. list Crne Gore“, br. 38/13) - iako rokovi predviđeni za to nisu bili poštovani. U Zakonu o Sudskom savjetu i sudijama iz 2016. godine *nije uređena* materija Vrhovnog suda Crne Gore i njegovog predsednika, iz čega proizlazi da je *zauzet legislativni stav da, u pogledu „način osnivanja, organizacije i nadležnosti“ Vrhovnog suda nije potrebno donošenje zakona* (čl. 16. tačka 3) Ustava. Zbog toga, nema sumnje da se *odredbe čl. 124. Ustava neposredno primenjuju*, uključujući i odredbu sadržanu u st. 5. čl. 124. *o ograničenju izbora istog lica na funkciju predsednika Vrhovnog suda – na dva mandata: „Isto lice može biti birano za predsjednika Vrhovnog suda najviše dva puta.“*

7.4. Dakle, zabrana o kojoj je reč jeste ustavna zabrana koja *ima originernu (izvornu) pravnu moć i koja deluje neposredno, trenutno, momentom stupanja na snagu Amandmana I – XVI na Ustav Crne Gore*, te se time *primenjuje na zatečeno činjenično i pravno stanje, tj. i na već konzumirane mandate aktuelnog predsednika Vrhovnog suda Crne Gore.* Ne može se postavljati pitanje retroaktivnog dejstva Ustava upravo zato što je on akt originerne moći građanskog suvereniteta, a posebno se ne može postaviti pitanje retroaktivnosti onih ustavnih

odredaba koje neposredno deluju. *Neposredna primena Ustava na zatečene pravne situacije nije retroaktivna primena i to nikad ne može biti.*

7.5. Dva mandata aktuelnog predsednika Vrhovnog suda jesu konzumirana ne samo zbog opisanog delovanja neposredno primenjive i već *neposredno primenjene* ustavne norme iz čl. 124. Ustava. Takvu *neposrednu primenu* je već izvršio Sudski savjet svojom odlukom o izboru predsednika Vrhovnog suda Crne Gore od 24.07.2014. broj 01-477/2014. Zbog čega tvrdim da je već tada Sudski savjet neposredno primenio Amandmane I – XVI, kada to nije izrično naglasio u navedenoj odluci? To tvrdim na osnovu činjenice da je Ustavni zakon stupio na snagu, danom proglašenja, tj. 31. jula 2013. godine, na osnovu čl. 9. (po kome Ustavni zakon stupa na snagu na dan proglašenja). O izboru istog lica za predsednika Vrhovnog suda, navedenom odlukom Sudski savjet je odlučio *gotovo godinu dana kasnije od dana stupanja na snagu Amandmana I – XVI na Ustav Crne Gore. Odredba o zabrani više od dvostrukog mandata je tada važila, tj. proizvodila je dejstvo.*

U samoj odluci o izboru predsednika Vrhovnog suda od 24.07.2014, stoji :

*„Izbor imenovane kandidatkinje, osim dugogodišnjeg radnog iskustva u vršenju sudijske i tužilačke funkcije, a naročito uspješno vršenje najodgovornijih funkcija u crnogorskom pravosuđu - **funkcije predsjednika Vrhovnog suda Crne Gore** (podvukla autorica ovog teksta) i Sudskog savjeta Crne Gore, Vrhovnog državnog tužioca i predsjednika Tužilačkog savjeta, opredijelili su odlični rezultati rada kako u pogledu kvaliteta, tako i u pogledu kvantiteta. Osim toga, dosadašnji **predsjednički** angažman kandidatkinje karakteriše kolegijalan odnos prema sudijama, administraciji, učesnicima u postupku i strankama, rukovođenje i sposobnost organizovanje posla **u Vrhovnom sudu Crne Gore** (podvukla autorica ovog teksta), kao i praćenje rezultata rada nižestepenih sudova, unapređenje efikasnosti i ažurnosti sudskog sistema.“*

7.6. Dakle, sam Sudski savjet u odluci o izboru od 24.07.2014. godine izrično piše *da je isto lice pre izbora od 24.07.2014. već bilo na funkciji predsednika Vrhovnog suda, čime je jasno stavio do znanja da je taj izbor bio drugi izbor istog lica za istu funkciju istog organa – predsednika Vrhovnog suda. Zbog toga bi treći izbor, pored toga što bi bio protivan Ustavu (čl. 124. st. 5), značio i to da Sudski savjet deluje protiv činjeničnog stanja koje je sam utvrdio (venire contra factum proprium). A, tako nešto visoki organ sudske vlasti ne sme sebi dopustiti, jer bi ne samo sebe kompromitovao i ugrozio javno poverenje, nego bi kompromitovao i sãmu vladavinu prava i originernu moć Ustava, kao najvišeg pravnog akta.*

Zaključak

- Ni po jednom od testiranih kriterijuma nije bilo opravdanja da se ne primeni odredba čl. 42. st. 1. Zakona o sudskom savjetu i sudijama, na izbor predsednika sudova, zato što se *ne može osnovano tvrditi da ova odredba ima retroaktivno dejstvo.*

- Ni po jednom od testiranih kriterijuma, nema opravdanja da se *ne primeni odredba čl. 124. st. 5 Ustava o najviše dva mandata predsednika Vrhovnog suda Crne Gore, koja ima originernu konstitutivnu moć i koja se neposredno primenjuje. Ona se mora primeniti i ona isključuje izbor aktuelnog predsednika Suda na treći mandat. Ni po jednom od testiranih kriterijuma, primena ove odredbe nije retroaktivna.*
- U ovom tekstu nisam se koristila vanpravnim argumentacijom. Imam, međutim, potrebu da upravo u ovoj prilici podsetim na mudru misao jednog teoretičara prava: ***„Odluka ne samo da ne sme ići protiv zakona; ona ne sme ići protiv zdravog razuma prosečnog čoveka.“***