

Миф о судебной реформе в Сербии

Виолета Беширевич*

В октябре 2000 года, после нескольких лет имитационной демократии, своим фасадом скрывавшей авторитарное правление С. Милошевича, Сербия ступила на путь подлинной демократизации. После падения авторитаризма одним из основных приоритетов стала адаптация судебной власти к демократической форме правления, поскольку при режиме Милошевича судебная власть стала самой коррумпированной ветвью власти, полностью покорной его воле. Судебная реформа началась в декабре 2008 года принятием пакета соответствующих законов, тогда же началось и полномасштабное переназначение всех судей и прокуроров. К январю 2010 года более 700 из 3 000 судей, имевших постоянную должность, остались неизбранными и были практически смещены в ходе непрозрачной процедуры отбора. Под сильным давлением Европейского Союза правительство в 2011 году начало процесс пересмотра решений, который, однако, вновь оказался фактической имитацией правосудия. Наконец, в 2012 году Конституционный суд Сербии вынес несколько решений, в соответствии с которыми все непереизбранные судьи и прокуроры были переназначены на свои посты, и тем самым практически свёл на нет всю судебную реформу. В результате правосудие в Сербии по-прежнему осуществляется глубоко скомпрометированными судьями, неспособными противиться продолжающемуся воздействию со стороны политиков.

→ Сербия; судебная ветвь власти; судебная система; судебная реформа; независимость судов и судей; политизация судебной системы; отправление правосудия

DOI: 10.21128/1812-7126-2016-5-105-116

1. Введение

Для Сербии, в отличие от других бывших коммунистических стран, падение Берлинской стены в 1989 году не послужило сигналом к существенным политическим переменам в виде освобождения от имитационной модели конституционализма. Трудности и продолжительные задержки на пути к переходу от коммунистического режима к конституционной демократии были вызваны трагедией войны на Балканах, настоятельной потребностью и многочисленными требованиями переосмыслить понятия государства, территории

и народа, а также долгим периодом фрустрации от международного давления, оказываемого на Сербию с тем, чтобы она разобралась с оставленным войной наследием¹.

В октябре 2000 года, после долгих лет имитационной демократии и после падения режима Милошевича, в стране начался процесс демократизации. С тех пор сербское общество развивается в духе демократического переходного периода, одним из главных сюжетов которого, по общему признанию, является судебная реформа. Как правило, переходный период и судебная реформа ассоциируются друг с другом и в общем развитии занимают совсем небольшой срок, однако в Сербии и то, и другое кажется нормальным состоянием. Переходный период затянулся, и тому есть разные причины, но неудачу судебной реформы приписывают именно «политизации судов».

* Виолета Беширевич — профессор права Университета «Унион» в Белграде, Сербия (e-mail: BesirevV@seu.edu). Перевод с английского *Сичинавы Дмитрия Владимировича*. Статья подготовлена на основе ранее опубликованных работ автора: *Beširević V. Dancing with Judiciary?: What Went Wrong with Judicial Reform in Serbia? // European Review of Public Law. Vol. 21. 2009. No. 4 (74). P. 1551–1576; Beširević V., Trbović A. New Challenges of Democracy in Serbia: Global Issues in Local Perspective // New Challenges of Democracy. London : European Public Law Organization & Esperia Publications, 2015. P. 435–481.*

¹ См.: *Beširević V. Transitional Constitutionalism in Serbia: Is the Glass Half-Full or Half-Empty? // Public Law in Serbia: Twenty Years After / ed. by V. Beširević. London : European Public Law Organization & Esperia Publications Ltd, 2012. P. 23–55.*

Главной целью этой работы является показать, почему «политизация судов» является одной из устойчивых черт демократического переходного периода в Сербии. Статья делится на две части. В первой будет обсуждаться направление судебной реформы в Сербии. Во второй части объясняется, почему перенос судебной зависимости, то есть освобождение членов судов от наставничества исполнительной и законодательной власти и подчинение их только законам, в значительной мере игнорируется нынешней реформой.

2. Хоровод судебных реформ

2.1. Зачем Сербии была нужна судебная реформа

Поддержка идеи судебной независимости в Сербии не имеет никакого отношения к текущей судебной реформе. Фактически, ещё Милошевич в конце 1980-х годов первым понял, что коммунизм мёртв, и приготовил сцену для будущей тоталитарной политики под прикрытием имитационных демократических институтов, учреждённых Конституцией Сербии 1990 года.

Таким образом, даже в то время, когда Сербия была частью бывшей «самоуправляющейся социалистической» Югославии, которая функционировала в рамках идеи «единства властей», сербская Конституция уже в 1990 году установила, что судебная власть воплощена в судах и что судьи в своей деятельности являются независимыми и автономными. Это значило, что они стали несменяемыми и не могли быть смещены против воли, кроме как в случае осуждения за уголовное преступление определённого типа, за непрофессиональное исполнение судебных полномочий или из-за устойчивой нетрудоспособности. Те же условия применялись и к общественным прокурорам². Говоря коротко, формально судебная власть в Сербии приобрела благодаря Милошевичу традиционный статус независимого и автономного органа, подчиняющегося только закону.

Однако между провозглашёнными демократическими принципами и реальным поло-

жением судебной власти зияла чудовищная пропасть. А именно, во время правления Милошевича судебная власть стала наиболее коррумпированной ветвью власти и большую часть времени была полностью послушна её воле³. Мы не ставим целью нашей статьи представить список злоупотреблений судебной власти в течение этого периода, однако наиболее разрушительными для сербского общества стали участие судов в фальсификации результатов голосования на местных выборах в 1997 году и президентских в 2000-м, непрофессиональное расследование и вынесение многих сомнительных решений, связанных с наиболее важными правами человека, уголовными и экономическими делами⁴. Кроме того, часто уголовные дела возбуждались против членов оппозиционных партий, журналистов и видных интеллектуалов.

В то же время те члены судов, которые не собирались соблюдать правила игры и открыто защищали свою полицию, были смещены со своих постов без указания причины или какой-либо процедуры. После запроса в то время председателя Верховного суда страны судьи, являвшиеся членами Общества судей Сербии, которому тем же Судом было отказано в регистрации, подверглись преследованию и были уволены только за то, что состояли в этой неправительственной организации⁵. Следует добавить, что в это время многие несогласные с положением дел судьи и прокуроры просто ушли в отставку сами, не желая профанировать профессию и служить тоталитарному режиму.

2.2. Достижения и провалы судебной реформы

В октябре 2000 года, после нескольких лет имитационной демократии, страна вступила, наконец, на путь действительной демократи-

³ См., например: *Karamarković L. Stanje pravosuđa i uzroci krize // Kriza i reforma pravosuđa / J. Trkulja (прir.). Beograd : Centar za unapređivanje pravnih studija, 2001. S. 9–17.*

⁴ Подробнее см., например: *Ivošević Z. Kriza i obnova sudstva // Kriza i reforma pravosuđa / J. Trkulja (прir.). S. 43–44. См. также: Rakić-Vodinelić V. Pravosuđe i civilno društvo u Srbiji i Crnoj Gori // D. Vujadinović i др. (прir.). Između autoritarizma i demokratije: Srbija, Crna Gora, Hrvatska. Beograd : CEDET, 2004. S. 362–366.*

⁵ *Karamarković L. Op. cit. S. 15.*

² См.: статьи 95–106 Конституции Республики Сербии 1990 года (Official Gazette of the Republic of Serbia. No. 1/1990).

зации. В ситуации, сложившейся после падения авторитарного режима, одним из основных приоритетов стала адаптация судебной власти к демократическому строю. И всё же это намерение вызвало длящиеся уже десять лет напряжённые и крайне поляризованные отношения между правящими политическими силами и складывающейся поставторитарной судебной властью.

Сразу же после формирования демократического правительства в 2001 году судебные реформы были определены как одна из самых приоритетных задач в ходе всеобъемлющих реформ и демократизации государства. Действительно, можно перечислить немало положительных шагов, предпринятых с целью превратить судебную ветвь власти из коррумпированного института, оставшегося без патроната рухнувшей политической верхушки, в исправно функционирующую либерально-демократическую судебную систему. Таким образом, ещё до принятия новой Конституции 2006 года Народная скупщина (парламент Сербии. — *Примеч. ред.*) приняла всесторонний пакет законов о судебной системе, а затем был создан Центр подготовки судей, Совет по судебной реформе, а также одобрена Стратегия судебной реформы⁶.

Не менее важным для консолидации демократических и судебных реформ стало вступление Сербии в Совет Европы и ратификация Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁷ (*далее* — Европейская Конвенция, Конвенция). К этому списку надо прибавить реформу уголовно-процессуального кодекса, отмену смертной казни, роспуск военных судов, установление особых трибуналов по военным преступлениям и организованной преступности в рамках судебной системы, а также обновление Конституционного суда Сербии⁸.

И при всём этом с самого начала сербская судебная реформа страдала от собственных

запущенных болезней и была подвержена значительным злоупотреблениям самого разного рода. Политические сделки в ходе проведения реформ, чехарда с полномочиями по назначению и смещению судей, не доведённая до конца люстрация и неудача в построении новой судебной системы стали знаком того, что демократические силы не принимают реформу всерьёз и не сочувствуют идее подлинной судебной независимости⁹. Принятие в 2006 году новой Конституции страны, вслед за которой в том же году был принят Конституционный закон о введении Конституции в действие, как оказалось, лишь подлило масла в огонь. Не только Конституция сама по себе усилила исключительное влияние исполнительной и законодательной властей на судебную, но, кроме того, и Конституционный закон о введении Конституции в действие сводил стратегию проведения судебной реформы к общему переназначению всех судей и прокуроров, что, с точки зрения верховенства права, является *prima facie* уязвимой идеей.

Судебная реформа была осуществлена путём принятия пакета законов в 2008 году с целью переориентировать последний из оставшихся от эпохи Милошевича институт на выполнение роли, которую и должны играть суды в переходных демократиях — на утверждение правосудия, признание основных прав, экономический прогресс и в конечном счёте на стабильность. Пакет законодательных актов декабря 2008 года включает законы о Высшем судебном совете, о судьях, об организации судов, о Государственном прокурорском совете и о системе органов прокуратуры¹⁰. Помимо назначений судей, власти также предполагали провести основные изменения в судебной системе: с начала 2010 года место 168 существовавших ранее судов в системе судов Сербии заняли 34 суда общей юрисдикции первой инстанции, 26 высших судов и 4 апелляционных суда общей юрисдикции. Начали действовать также новые

⁶ Подробнее см.: American Bar Association and Central European and Eurasian Law Initiative. Judicial Reform Index for Serbia: December 2003 Update. URL: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNTC/UNPAN017593.pdf> (дата обращения: 03.10.2016).

⁷ Сербия ратифицировала Конвенцию в 2003 году.

⁸ Подробнее о переходном конституционализме в Сербии см.: *Beširević V. Transitional Constitutionalism in Serbia: Is the Glass Half-Full or Half-Empty?*

⁹ Подробное обсуждение см.: *Beširević V. Dancing with Judiciary?: What Went Wrong with Judicial Reform in Serbia?* P. 1551–1576.

¹⁰ См.: Закон о судьях, Закон о Высшем судебном совете, Закон об организации судов и Закон о резиденциях и территориальных юрисдикциях судов и прокуратур, опубликованные в издании: Official Gazette of the Republic of Serbia. No. 116/2008.

специализированные коммерческие суды и Высший кассационный суд¹¹.

В соответствии с новыми конституционными условиями и законами о реформе в декабре 2008 года началось всеобъемлющее переназначение всех судей и прокуроров. Процедуру вёл Высший судебный совет: на 2453 судебных места претендовало 5050 кандидатов¹². Когда к январю 2010 года процесс завершился, более 700 из 3000 судей, бывших несменяемыми, остались непереизбранными и практически были смещены в ходе непрозрачного процесса отбора, без собеседований и обоснования решений в каждом конкретном случае¹³. Среди них были, в частности, восемь судей Верховного суда. Примерно в то же время Народная скупщина Сербии назначила 69 региональных прокуроров, и несколько позже, при назначении Советом генерального прокурора (Прокурора республики), тот впервые назначил на эту должность 88 заместителей республиканского прокурора. Наконец, Государственный прокурорский совет назначил 416 заместителей прокуроров низшего звена для постоянного осуществления прокурорских полномочий, и всё это тоже в рамках непрозрачной процедуры отбора¹⁴.

Конституционный суд Сербии тоже внёс свой вклад в эту пародию на обновление судебной системы. Всего было подано более 1500 частных исков, в которых оспаривалась конституционность принятых решений¹⁵. В июле 2012 года Суд вынес лишь два частных решения по запросам судей, которым было отказано в назначении, тем самым предоставляя полную поддержку процессуальным правам затронутых судей, ссылаясь на Конституцию и Европейскую Конвенцию¹⁶. В то же время Суд отклонил отдельную инициативу,

оспаривающую конституционность самого закона о судьях, который запустил судебную реформу и тем самым косвенно подтвердил конституционность закона.

2.3. Путешествие в реформу и обратно

Под сильным давлением со стороны институтов ЕС в 2011 году правительство начало процесс пересмотра принятых решений. Старт этой «реформе реформы» был дан внесением поправок в Закон о судьях в декабре 2010 года¹⁷. Среди прочих сомнительных решений законодатели продолжили нарушать принцип верховенства права, отказавшись от уже было начатой и предусмотренной процедуры правовой защиты споров в Конституционном суде, и прибегли к несуществующей мере защиты, направив спорные дела на рассмотрение в Высший судебный совет. Попросту говоря, законодатели внезапно перенаправили уже поданные жалобы неизбранных судей в Конституционный суд в виде обращений в Высший судебный совет, наделив полномочиями вести процедуру пересмотра ту самую инстанцию, которая и проводила процедуру переизборов.

Процедура пересмотра судебных решений снова превратилась в пародию на правосудие. При рассмотрении жалоб имели место и такие факты, когда пожелавшие отрешить судей от судебской должности участвовали в заседании суда, и такие, когда подателям петиций не сообщались сведения о дате слушаний, в то время как в конце процесса комиссия по пересмотру недолжным образом использовала собранные показания¹⁸. Более того, несмотря на инициативу объявить неконституционными некоторые спорные поправки к Закону о судьях, устанавливающие процесс судебного контроля, Суд отменил только одну небольшую погрешность и в конечном счёте подтвердил «реформу реформы»¹⁹.

¹¹ См.: Commission of the European Communities. Serbia 2009 Progress Report, SEC. 2009. 1339/2. P. 11.

¹² См.: URL: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=905090> (дата обращения: 03.10.2016).

¹³ См.: Ibid.

¹⁴ См.: URL:http://tuzilastvorz.org.rs/pravda_u_franziciji/SRP/SRP14/2217.pdf (дата обращения: 03.10.2016).

¹⁵ См.: URL:<http://euobserver.com/enlargement/114714> (дата обращения: 03.10.2016).

¹⁶ См.: решение Конституционного суда Республики Сербии (далее — КСРС) по делу *Saveljić*, VIIIУ-102/2010, от 28 мая 2010 года, а также его решение по делу *Tasić*, VIIIУ-189/2010, от 21 декабря 2010 года.

¹⁷ См.: Official Gazette of the Republic of Serbia. No. 101/2010.

¹⁸ Все эти недостатки были отмечены сербскими юристами, которые следили за процессом и опубликовали попавший в их руки в результате утечки черновой вариант, разработанный для ЕС. См.: URL:<http://euobserver.com/enlargement/114714> (дата обращения: 03.10.2016).

¹⁹ См.: КСРС. Решение IVз-1634/2010 от 22 декабря 2011 года.

Но это ещё не конец всей этой истории. Важное прецедентное решение, связанное с судебной реформой, было вынесено Конституционным судом через три года после процедуры перевыборов судей, уже после всеобщих выборов 2012 года, до формирования нового правительства, когда уже стало совершенно очевидно, что националистические и политические партии, некогда бывшие союзниками Милошевича, страстные оппоненты судебной реформы, составят новое парламентское большинство. Так, в июле 2012 года Конституционный суд вернул 194 судьям и 122 прокурорам их должности, сославшись на то, что Высший судебный совет и Государственный судебный совет так и не смогли доказать, что эти судьи и прокуроры не удовлетворяют условиям назначения²⁰. На протяжении нескольких последующих месяцев он вынес ещё несколько решений, продолжая принимать жалобы неизбранных и неперезабранных судей и прокуроров, руководствуясь теми же основаниями²¹. Наконец, когда спустя почти три года после его создания Суд отменил откровенно неконституционный закон о судьях, который способствовал принципиальным нарушениям Конституции в процессе перевыборов, он практически отменил и всю судебную реформу, начатую три года назад²². Как и в других случаях разделения властей, Конституционный суд упустил возможность стать важным игроком с правом вето в правовой системе и столь же важным инструментом, облегчающим переход к демократии²³. Он опирался на расчётливую конъюнктурную стратегию и обретал наступательный дух лишь после радикальных перемен в политической обстановке.

Сейчас, через четыре года после фактического свёртывания столь болезненной судебной реформы, ситуация, как кажется, не улучшилась. В последнем «Отчёте о прогрессе», изданном в связи с возможным вступлением Сербии в Евросоюз, Европейская комиссия отметила следующее: «Судебная система Сербии находится в состоянии подготовки. Достигнут некоторый прогресс во введении квалификационных требований для карьерного роста, в принятии правил оценки деятельности и профессиональных качеств судей и прокуроров. Однако на практике независимость судов не гарантирована. При подборе и назначении судов и прокуроров сохраняется заметное политическое вмешательство. Отправление правосудия замедлено, со значительным числом нерассмотренных дел»²⁴. Рассмотрим теперь правовой контекст, который привёл к такому положению.

3. Политизация судов в Сербии

Хотя статус и организация судебной власти прежде всего являются предметом законодательного процесса, ключевой контекст для обсуждения этих вопросов определяет действующая Конституция Сербии, принятая в 2006 году.

В результате изнурительной борьбы между двумя главными демократическими партиями, а также нежелания осознавать наследие нескольких войн и значение трагической гибели первого демократического премьер-министра (имеется в виду убийство премьер-министра Сербии Зорана Джинджича 12 марта 2003 года. — *Примеч. пер.*) сербскому обществу пришлось ждать целых шесть лет, чтобы избавиться от реликтов милошевичевской Конституции, принятой в 1990 году. 10 ноября 2006 года Народная скупщина промульгировала новую Конституцию Сербии²⁵. Конституция была разработана в ответ на косовский кризис и введена в действие после того, как Сербия (с известной неохотой) после роспуска государственного союза Сербии и Черногории вновь стала полностью независимым государством²⁶. В целом, многие аспекты

²⁰ См.: КСРС. Решение VIIIУ-413/2012 от 11 июля 2012 года.

²¹ См., например: КСРС. Решения VIIIУ-364/2011, VIIIУ-570/2011, VIIIУ-727/2011, VIIIУ-413/2012, VIIIУ-420/2012; VIIIУ-486/2012. Решения были приняты осенью 2012 года.

²² Статья 102(5) закона о судьях опускает одно из требований статьи 144(1) Конституции, связанное с назначением председателя Высшего кассационного суда (мнение Общей сессии Высшего кассационного суда).

²³ Подробнее о политике сербского Конституционного суда см.: *Beširević V. "Governing without Judges": The Politics of the Constitutional Court in Serbia // International Journal of Constitutional Law. Vol. 12. 2014. No. 4. P. 954–979.*

²⁴ Commission of the European Communities. Serbia 2015 Progress Report. SWD(2015) 211 final. P. 11.

²⁵ Official Gazette of the Republic of Serbia. No. 83/2006.

²⁶ Союз между Сербией и Черногорией прекратил существование 3 июня 2006 года вслед за референдумом,

этой Конституции соответствуют европейским стандартам, хотя имеются и некоторые положения, которые находятся ниже этих стандартов, а также нечёткие или противоречивые положения, явно разрабатывавшиеся в спешке²⁷. То же, несомненно, верно и для положений, определяющих роль судебной системы в нарождающейся сербской демократии.

Когда Венецианская комиссия в своём «Мнении о Конституции Сербии» пришла к выводу, что состав Высшего судебного совета, предусмотренного статьёй 153 Конституции Сербии, «кажется рецептом для политизации судебной системы», она указала на то, что именно стало бы чётким признаком стремления демократических сил адаптировать пост-милошевичевские суды к демократическому правлению²⁸. Исключительное влияние законодательной и исполнительной ветвей на судебную практику не только в составе «независимых» органов, наделённых полномочиями назначения и смещения судей. Дополнительные средства политизации судебной власти обеспечены конституционными положениями о разделении властей и некоторыми аспектами персональной независимости судей.

3.1. 0 принципе сдержек и противовесов

Недостатки конституционных положений, обеспечивающих разделение властей, прежде всего объясняются их неопределёнными формулировками, вызывающими разные интерпретации с точки зрения реальных отношений между разными ветвями власти. Статья 4 Конституции, устанавливающая разделение властей (то есть институциональное разделение властных полномочий и функций ветвей власти с учётом того, что Сербия имеет парламентскую форму правления), включает сочетание нескольких принципов, связи между которыми неочевидны. Статья 4 «Разделение властей» гласит:

организованным в Черногории, когда 55,54 % черногорцев проголосовали за независимость. На основании Конституционной хартии Сербии и Черногории, Народная скупщина Сербии провозгласила Сербию преемником Сербии и Черногории.

²⁷ См.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Opinion on the Constitution of Serbia. No. 405/2006. Strasbourg, 19 March 2007. § 5.

²⁸ См.: Ibid. § 70.

«Правовая система имеет единый характер.

Организация власти основана на разделении власти на законодательную, исполнительную и судебную.

Отношения между тремя ветвями власти должны основываться на их равновесии и взаимном контроле.

Судебная власть независима».

Хотя для настоящего обсуждения это не принципиально, можно сразу же заметить неуместность положения о единстве правовой системы (правопорядка). Разные авторы могут приписывать этому понятию различные значения, но в принципе его, прежде всего, связывают с кельзенианской концепцией единства правопорядка, которая касается не горизонтального распределения властей, а иерархической системы независимых правил²⁹. Идея единства правопорядка как таковая должна включаться в ряд конституционных норм, устанавливающих иерархию правовых норм в правовой системе Сербии. Что интересно, идентичное положение фактически повторяется в статье 194(1) Конституции, где речь идёт об иерархии внутренних и международных правовых актов. В статье 4 оно просто находится не на своём месте.

И тем не менее неудачное размещение положения о единстве правовой системы не является главной проблемой статьи 4. Помимо обеспечения обоснованности и взаимной обусловленности как предварительного условия для правовых норм, разработчики сербской Конституции в этой статье установили также разделение властей между традиционными ветвями власти — законодательной, исполнительной и судебной. Модель, принятая в статье 4(2), следует за классической доктриной разделения властей, которая, как правило (хотя в какой-то мере и ошибочно), ассоциируется с учением Монтеस्कье, согласно которому правление, основанное на распределении полномочий между различными ветвями власти, считается необходимым условием сохранения свободы³⁰.

²⁹ См.: *Kelsen H. Pure Theory of Law* / transl. by M. Knight. Berkeley : University of California Press, 1967. P. 193–214.

³⁰ Обсуждение доктрины разделения властей у Монтеस्कье см., например: *Martinez J.S. Horizontal Structuring* // *The Oxford Handbook of Comparative Constitu-*

Непосредственно за конституционным положением о разделении властей следует положение о связанном с ним механизме сдержек и противовесов. Статья 4(3) выдвигает идею баланса и равновесия: «Отношения между тремя ветвями власти должны основываться на равновесии и взаимном контроле». Это положение вызвано пониманием факта, о котором писал ещё Дж. Мэдисон: разделение властей ещё не означает совершенно жёсткого разделения ответственности³¹. И всё же, несмотря на разумную цель, трактовка этой конституционной нормы не свободна от интерпретационных проблем. Дело не только в том, что как таковой общий этот принцип относится скорее к конституционной теории, чем к тексту конституции. Дело в том, что, избежав определения субъекта сдержек и противовесов (как это сделано, например, в Основном законе Германии)³², разработчики Конституции оставили место для интерпретации, которая может опрокинуть с ног на голову как всю логику разделения властей, так и логику сдержек и противовесов.

Спешу заметить, что основное беспокойство, возникающее в связи с упомянутым правилом о сдержках и противовесах, имеет мало общего с отношением между законодательной и исполнительной ветвями власти. Здесь стоит обратить внимание на то, что в Конституции Сербии предусмотрена парламентская система правления с относительно слабым президентом (хотя он и избирается прямым голосованием). Конституционный шаблон пытается ограничить власть при помощи различных способов регулирования отношений между законодательной и исполнительной властями, с одной стороны, и между правительством и президентом, с другой стороны, включая полномочия президента на-

значать премьер-министра, президентское право отлагательного вето, полномочия законодательного собрания формировать правительство, прибегать к механизмам вотума доверия, парламентского запроса и т.д. Однако ясно, что основной принцип сербского парламентаризма следует в русле современных парламентских систем, где нет противостояния законодательной и исполнительной ветвей власти, а, как правило, «политические партии делят между собой и структурируют правительство»³³.

Из-за фундаментальной проблемы, связанной с широкой формулировкой сдержек и противовесов в статье 4(3), если трактовать эту норму совместно с конституционным положением статьи 4(4) Конституции о независимости судов, возникает некая текстуальная трудность. Некоторые авторы считают, что текст поддерживает точку зрения, согласно которой судебная власть в Сербии не свободна от политического влияния³⁴. Однако эта точка зрения необязательно является правильной и окончательной.

В классической конституционной теории высказывания типа «отношения между тремя ветвями власти должны основываться на балансе и взаимном контроле» и «судебная власть должна быть независимой» не противоречат друг другу. Во-первых, когда речь идёт о сдержках и противовесах как в президентской, так и в парламентской системах, судебная власть также является субъектом сдержек и противовесов, пусть даже другие ветви власти уравновешивают её сравнительно в меньшей степени³⁵. Взаимозависимость всех трёх ветвей власти отражается в полномочиях политических ветвей власти назначать судей или в полномочиях исполнительной и законодательной власти осуществлять некоторые виды правосудия. Например, Президент США должен получить согласие Сената

tional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. Oxford : Oxford University Press, 2102. P.548—551.

³¹ См.: *Madison J. Federalist no. 47 // Hamilton A., Madison J., Jay J. The Federalist Papers. New York : Bantam Books, 1982.*

³² Статья 20 (абз. 2 и 3) Основного закона Германии гласит: «2. Вся государственная власть исходит от народа. Она осуществляется народом путём выборов и голосований, а также через специальные органы законодательства, исполнительной власти и правосудия. 3. Законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом».

³³ *Sajó A. Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism. Budapest : CEU Press, 1999. P.84.*

³⁴ См., например: *Rakić-Vodinelić V., Knežević-Bojović A., Reljanović M. Reforma pravosuđa u Srbiji: 2008—2012. Beograd : Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu ; Službeni glasnik, 2012. S. 41; Marković R. Ustav Republike Srbije iz 2006 — kritički pogled // Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. Vol. LIV. 2006. Br. 2. S. 5-46, 9.*

³⁵ См.: *Sajó A. Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism. P.75.*

для назначения судей Верховного суда, в то время как в Германии имеется состоящая из трёх частей система назначения, в которой участвуют исполнительная власть (на федеральном и земельном уровнях), парламент и комитеты отбора судей. До недавнего времени высшим апелляционным судом в Великобритании были «судебные лорды», апелляционный комитет, состоявший из членов Палаты лордов. А во Франции административные трибуналы действуют в рамках исполнительной ветви власти, и, хотя они не всегда считаются судами в собственном смысле слова, эти трибуналы участвуют в деятельности, которую можно отнести к отправлению правосудия³⁶. Кроме того, судебные решения, как правило, затрагивают действия исполнительной власти, влияют на законодательные тенденции и могут определять трактовку конституции³⁷.

Во-вторых, принцип, провозглашённый в статье 4(4): «Судебная власть должна быть независимой», — можно интерпретировать различными способами, но, как показывает Смилов, он чаще всего указывает на четыре основные идеи, на которых строится статус судебной ветви власти: разделение властей, верховенство права, осуществление правосудия как символ суверенитета и необходимость в независимых и беспристрастных арбитрах при разрешении споров³⁸. Хотя понятие независимости суда, как правило, имеет несколько связанных значений, оно подразумевает, что а) правосудие может осуществляться только судьями и что б) судебная власть подчиняется только закону, принятому законодательным органом, состоящим из легитимно избранных представителей.

Тем самым понятие независимости суда не исключает каких бы то ни было форм зависимости судебной ветви власти от других (особенно от исполнительной, которая предоставляет судьям залы заседания и заработную плату), но подчёркивает, что судьи, осуществляя свои полномочия, связаны только законом³⁹. Таким образом, положение статьи 4(3)

Конституции, которая требует, что отношения между тремя ветвями власти должны основываться на балансе и взаимном контроле, и положение статьи 4(4), которая говорит о судебной независимости, в принципе, не выдвигают противоречащих ценностей.

И всё же в Сербии такое конституционное устройство может вызвать к жизни непредвиденные последствия, особенно если трактуется в контексте иных конституционных положений о назначении членов судов и об аспектах, связанных со сроком их пребывания в должности.

3.2. Конституционный рецепт для политизации судов

Предметом основной обеспокоенности является предусмотренная Конституцией преувеличенная роль парламента и правительства в процессе назначения судей и тот факт, что принцип несменяемости судей применяется избирательно. Рассмотрим следующие обстоятельства.

Система, согласно которой задача избрания судей должна быть возложена на самоуправляемый орган судебной власти, включена в Конституцию Сербии с некоторыми аномалиями, которые в значительной степени поощряют политизацию судов⁴⁰. Бутафорская роль, которую играет Высший судебный совет согласно Конституции, хорошо иллюстрируется его составом и процессом избрания. В Совет входит 11 членов, в том числе председатель Высшего кассационного суда, министр юстиции и председатель судебного комитета Народной скупщины, которые являются членами *ex officio*, а также шесть судей, один действующий адвокат и один профессор-юрист, которые являются избираемыми членами. Шесть судей избираются не коллегами, а Народной скупщиной, адвокат — не ассоциацией адвокатов, а также Скупщиной, профессор — не юридическими факультетами, а опять же Скупщиной. Статус, состав и процесс избрания Совета государственных прокуроров

³⁶ См.: *Martinez J. S.* Op. cit. P.568.

³⁷ См.: *Sajó A.* Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism. P.95.

³⁸ См.: *Smilov D.* The Judiciary: The Least Dangerous Branch? // *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. P.862.

³⁹ См.: *Holmes S.* Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion // *From Liberal Values to*

Democratic Transition: Essays in Honor of János Kis / ed. by R. Dworkin et al. Budapest ; New York : CEU Press, 2004. P.3—14, 6.

⁴⁰ Законодательные органы и правительство также играют существенную роль в назначении общественных обвинителей и их заместителей.

очень близки к установленным для Высшего судебного совета⁴¹.

Следует прояснить следующее обстоятельство: хотя в развитых демократических государствах нередко считается, что исполнительная власть и депутаты-законодатели участвуют в процессе назначения и смещения судей, в условиях переходного периода — с учётом традиционных «дружеских связей» между судьями и другими высшими чиновниками — их участие в этом процессе, независимо от оправданности этого участия с точки зрения системы сдержек и противовесов, нежелательно. Таким образом, судебные советы должны состоять из судей (или, соответственно, прокуроров) и меньшинства несудебных участников, номинируемых предпочтительно парламентом⁴². В число членов *ex officio* могут входить высшие судьи и прокуроры, но не депутаты и не министры юстиции⁴³. Только таким образом можно добиться переноса зависимости, то есть подчинения судей только закону.

Ложная независимость Высшего судебного совета — не единственный пример зависимости суда от политических ветвей власти⁴⁴. Для того чтобы осознать степень конституционных проблем с судебной ветвью власти, важно отметить, что принцип несменяемости судей закреплён избирательно. Так, в статье 146 Конституции сказано, что «судьи занимают полномочия на постоянный срок», что в прямом смысле текста, как кажется, означает назначение на срок до ухода на пенсию. И всё же в статье 147 Конституция вводит «временных судей на трёхлетний срок» — это судьи, впервые избранные на данный

пост. Тем самым Конституция различает две категории судей: избранных в первый раз и несменяемых.

Процесс выбора судей, избранных впервые, проходит под двойным контролем законодателей: во-первых, как показано выше, Народная скупщина избирает прямым или непрямым образом всех членов Высшего судебного совета, который номинирует судей для избрания, а, во-вторых, избираются они самой Народной скупщиной⁴⁵. Тот факт, что решение о подтверждении их полномочий после испытательного срока производится Высшим судебным советом, лишь частично смягчает опасения по поводу их независимости на протяжении испытательного срока.

Ситуация вокруг избрания несменяемых судей также сомнительна. Высший судебный совет, члены которого избираются парламентом, должен избирать судей на несменяемые должности⁴⁶. Отметим, что Высший судебный совет также принимает решение о прекращении полномочий судьи, причём это решение можно оспорить перед Конституционным судом⁴⁷. Помимо этого положения, Конституция не содержит каких-либо правил смещения судей или их дисциплинарной ответственности. Этот вопрос определяется законодательством⁴⁸. Этот анализ можно продолжить. Единственным судом, эксплицитно упоминаемым в тексте Конституции, является Высший кассационный суд. Народная скупщина также избирает его председателя и, кроме того, принимает решение о прекращении его полномочий⁴⁹. Как ни странно, никаких иных подробностей насчёт организации судебной системы в Конституции нет.

3.3. Тупики всеобщего переназначения судей и прокуроров

Последний фактор, предопределивший неудачу судебной реформы в Сербии, связан с

⁴¹ См.: статью 153 Конституции Республики Сербии.

⁴² См.: EU Parliament. Directorate-General for External Policies. Judicial Reform in Countries of South East Europe. EP-Expol-B-2005—33, 13 September 2006. P. 11—13. URL: <http://www.Pedz.Uni-Mannheim.De/Daten/Edz-Ma/Ep/06/Pe381.386-En.pdf> (дата обращения: 03.10.2016). В документе, в частности, говорится: «Если оградить от политического давления только суды, а прокуроров оставить на милость политического вмешательства, то прокуроры не смогут вести расследования и возбуждать в суде дела против коррумпированных правительственных чиновников» (Ibid. P. 12).

⁴³ См.: Ibid. P. 13.

⁴⁴ Подробное обсуждение этих вопросов см.: *Beširević V. Dancing with Judiciary?: What Went Wrong with Judicial Reform in Serbia?*

⁴⁵ См.: статью 147 Конституции Республики Сербии.

⁴⁶ См.: Ibid.

⁴⁷ В этом случае судья не может подать классический конституционный иск-апелляцию в случае неизбрания. См. статью 148 Конституции Республики Сербии.

⁴⁸ Эта лакуна в Конституции была одним из факторов, создавших реальную угрозу независимости судей во время судебной реформы.

⁴⁹ См.: статьи 143 и 144 Конституции Республики Сербии.

общим переназначением всех судей и прокуроров. Прежде всего, избранная стратегия осуществления судебной реформы уязвима с точки зрения конституционности, особенно в тех случаях, когда она нарушает принцип несменяемости судей и доктрину приобретённых прав. Известно, что при конституциях переходного периода основными конституционными проблемами являются преемственность и обратная сила закона. Таким образом, процедура всеобщих перевыборов вызывала обвинения в нарушении принципа несменяемости судей, а затем и дискуссии о конституционной преемственности и прерывности, о запрете обратной силы закона, о верховенстве права и доктрине приобретённых прав⁵⁰.

Далее, всеобщие перевыборы предусмотрены конституционным законом о вступлении в силу Конституции Республики Сербии, а не самой Конституцией. В наши намерения не входит подробно останавливаться на конституционных вопросах, потому что их следует обсуждать развернуто и в качестве отдельного сюжета. Но нужно сказать, что в условиях переходного периода новая сербская Конституция должна была бы быть сочетанием как универсальных нейтральных конституционных правил, так и особых правил и институциональных положений, цель которых — разрыв с прошлым. В отсутствие этого ничто не мешает настаивать на ценностях и структурах прошлого в контексте действовавшей тогда конституции, хотя это ставит нас в парадоксальную позицию: мы не можем найти выход из несправедливости прошлого или же можем, но только используя те меры, которые содержатся в воображаемой конституции, состоящей из ценностей и иерархий прошлого⁵¹. Мы неизбежно приходим к конституционной дискуссии, насыщенной доктринальными конституционными принципами и различными теориями создания конституций. Нужно сказать, что принцип несменяемости судей применительно к поставленной судебной власти подлежит обсуждению с раз-

личных конституционно-правовых и политологических точек зрения, а в условиях хрупкой демократии этот принцип может привести к дальнейшей поляризации общества. Поэтому процедуры общего переизбрания следует избегать.

Однако этого процесса следует избегать не только из-за его уязвимости с конституционной точки зрения. От него следует отказаться также по следующим причинам: а) в этой процедуре отсутствуют защищённые от злоупотреблений критерии избрания судей и прокуроров; б) в рассматриваемом нами случае в ходе переизбрания ничего не было сделано для устранения nepотизма и влияния «дружеских связей», пустивших очень глубокие корни в судебной системе Сербии; в) в осуществление правосудия неизбежно примешивается элемент неопределённости, а это ставит под угрозу принцип судебской независимости и беспристрастности, по крайней мере во время ожидания процедуры переизбрания.

Мы не отрицаем саму необходимость судебной реформы. Наоборот, после падения авторитарного режима это задача первоочередной важности. Тем не менее следует использовать другие, менее глобальные и радикальные стратегии.

С исторической точки зрения закон о «люстрации» можно было бы принять ещё в 2001 году. Согласно законопроекту, это позволило бы уволить судей, скомпрометировавших себя сотрудничеством с предыдущими режимами или коррупцией, подобно тому, как это было сделано в бывшей Чехословакии. Это можно было бы провести даже и в 2003 году, когда был принят и действовал люстрационный закон⁵².

Кроме того, вопрос об ответственности судей за прошлые нарушения закона мог бы быть поставлен в ходе уголовного процесса, инициированного за уголовное преступление, квалифицируемое как нарушение закона судьёй и предусмотренное статьёй 243 старого Уголовного кодекса Сербии, как это было сделано в Восточной Германии, Польше и Чехии⁵³. В случаях, где имел место срок

⁵⁰ См., например: *Marinković T.* O ustavnosti opšteg reizbora sudija // *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu.* Vol. LVII. 2009. Br. 1. S. 283–291.

⁵¹ Общее обсуждение влияния переходного периода на возникающие демократические конституции см., например: *Sajó A.* Preferred Generations: A Paradox of Restoration Constitutions // *Cardozo Law Review.* Vol. 14. 1993. P. 847–863.

⁵² Закон о «люстрации» никогда не применялся, а ныне уже и не действует.

⁵³ Подробнее см.: *Vodinelić V.* Pravosuđe bez prava // *Kriza i reforma pravosuđa / J. Trkulja (prir.).* S. 18–33.

давности, можно было бы заимствовать опыт решения из венгерской практики: в Венгрии при невозможности применить «исправляющее» уголовное правосудие стали выносить «декларативные» решения, которыми устанавливалось, что некоторые судьи в прошлом совершали преступления, за которые, однако, не могут нести ответственность из-за истёкшего срока давности⁵⁴.

В случае коррумпированности судей или неисполнения судьями или прокурорами морального долга альтернативой процедуре общего переназначения могли бы стать индивидуальные уголовные и дисциплинарные дела согласно соответственно сербскому уголовному кодексу, законам о судьях и законам о прокуратуре или же применению действовавшего в то время (а теперь уже ставшего достоянием истории) закона об ответственности за нарушение прав человека.

Наконец, если по каким бы то ни было причинам общие перевыборы являются единственным решением укрепления системы правосудия в Сербии, их следует проводить так, чтобы правосудие и демократия были ближе друг к другу, то есть путём прозрачной процедуры, сопровождаемой всеми процессуальными гарантиями права на справедливое судебное разбирательство. Вместо этого процедура была сосредоточена в руках немногих участников и свелась к непрозрачному процессу отбора, без индивидуальных собеседований и без оглашения причин, по которым прекращались полномочия судей.

4. Заключение

Независимость судебной власти, точнее её свобода от воздействия со стороны законодательной и исполнительной ветвей, является обязательным требованием для любого справедливого осуществления правосудия в конституционной демократии. Несмотря на более чем десятилетний период попыток адаптировать свою судебную власть к демократии, Сербии это пока по-прежнему не удалось. Как подтверждает ежегодный отчёт Европейской комиссии о реформах, проводимых в Сербии в интересах вступления в Европейский Союз, дело не только в том, что правосудие в Сербии до сих пор осуществляется

в высшей степени скомпрометированными себя судьями. Проблема состоит также в том, что «конституционные и правовые рамки по-прежнему допускают непопустительное политическое влияние, затрагивающее независимость судов, особенно касающееся карьеры должностных лиц»⁵⁵. Тем временем граждане Сербии по-прежнему надеются на прогресс в отношении уменьшения большого числа скопившихся нерассмотренных гражданских, уголовных, коммерческих и административных дел, а также на сокращение влияния со стороны коррумпированных судей и чиновников.

Библиографическое описание:

Беширевич В. Миф о судебной реформе в Сербии // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 5 (114). С. 105–116.

The myth of judicial reform in Serbia

Violeta Beširević

Professor of Law, Union University Law School, Belgrade, Serbia (e-mail: BeširevV@ceu.edu).

Abstract

In October 2000, after years of façade democracy widely identified with Milošević's autocratic rule, Serbia entered a genuine process of democratization. In the aftermath of the authoritarian regime, one of the top priorities was to adapt judiciary to democratic governance, because during the period of Milošević rule, the judiciary became the most corrupted branch of the government, completely deferential and obedient to its will. The judicial reform was implemented upon the set of laws adopted in December 2008 and the comprehensive reapportionment of all judges and prosecutors initiated at the same time. By January 2010, more than 700 of the 3,000 judges, who had permanent tenure, left non-elected and practically dismissed in non-transparent selection process. Under strong pressure from EU institutions, in 2011 the government initiated a decision to review process which amounted to travesty of justice again. Finally, in 2012 the Serbian Constitutional Court delivered several decisions by which it reinstated all unelected judges and prosecutors to their posts and practically nullified the entire judicial reform. As a result, justice in Serbia is still administered by highly compromised judiciary incapable to resist still present undue political influence. The main aim of this article is to demonstrate that the major cause of unsuccessful judicial reform is 'politicization of judiciary'. The article is divided into two parts. The first part will present the path of judicial reform in Serbia. The second part will address the legal grounds enabling 'politicization of judiciary' to be one of the enduring features of the transition in Serbia.

⁵⁴ См.: *Vodinić V.* Op. cit.

⁵⁵ European Commission. Serbia 2014 Progress Report. P. 41. URL: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20140108-serbia-progress-report_en.pdf (дата обращения: 03.10.2016).

Keywords

Serbia; judiciary; judicial reform; independence of courts and judges; politicization of judiciary; administration of justice.

Citation

Beshirevich V. (2016) Mif o sudebnoy reforme v Serbii [The myth of judicial reform in Serbia]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 5, pp. 105–116. (In Russian).

References

Beširević V. (2009) Dancing with Judiciary? What Went Wrong with Judicial Reform in Serbia? *European Review of Public Law*, vol. 21, no. 4, pp. 1551–1576.

Beširević V. (2012) Transitional Constitutionalism in Serbia: Is the Glass Half-Full or Half-Empty? In: Beširević V. (ed.) *Public Law in Serbia: Twenty Years After*, London: European Public Law Organization & Esperia Publications Ltd, pp. 23–55.

Beširević V. (2014) Governing without Judges: The Politics of the Constitutional Court in Serbia. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, no. 4, pp. 954–979.

Beširević V., Trbovich A. (2015) New Challenges of Democracy in Serbia: Global Issues in Local Perspective. In: *New Challenges of Democracy*, London: European Public Law Organization & Esperia Publications, pp. 438–449. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Books, 1982.

Holmes S. (2004) Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion. In: Dworkin R. et al. (eds.) *From Liberal Values to Democratic Transition: Essays in Honor of János Kis*, Budapest; New York: CEU Press, pp. 3–14.

Ivošević Z. (2001) Kriza i obnova sudstva. In: Trkulja J. (prir.) *Kriza i reforma pravosuđa*, Beograd: Centar za unapredjivanje pravnih studija, pp. 43–44. (In Serbian, cyrillic).

Karamarković L. (2001) Stanje pravosuđa i uzroci krize. In: Trkulja J. (prir.) *Kriza i reforma pravosuđa*, Beograd: Centar za unapredjivanje pravnih studija, pp. 9–17. (In Serbian, cyrillic).

Kelsen H. (1967) *Pure Theory of Law*, M. Knight (transl.), Berkeley: University of California Press.

Marinković T. (2009) O ustavnosti opšteg reizbora sudija. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. LVII, no. 1, pp. 283–291. (In Serbian, cyrillic).

Marković R. (2006) Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. LIV, no. 2, pp. 5–46. (In Serbian, cyrillic).

Martinez J. S. (2102) Horizontal Structuring. In: Rosenfeld M., Sajó A. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 548–551.

Rakić-Vodinelić V. (2004) Pravosuđe i civilno društvo u Srbiji i Crnoj Gori. In: Vujadinović D. et al. (eds.) *Između autoritarizma i demokratije: Srbija, Crna Gora, Hrvatska*. Beograd: CEDET, pp. 362–366. (In Serbian, cyrillic).

Rakić-Vodinelić V., Knežević-Bojović A., Reljanović M. (2012) *Reforma pravosuđa u Srbiji: 2008–2012*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu; Službeni glasnik. (In Serbian, cyrillic).

Sajó A. (1993) Preferred Generations: A Paradox of Restoration Constitutions. *Cardozo Law Review*, vol. 14, no. 4, pp. 847–863.

Sajó A. (1999) *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: CEU Press.

Smilov D. (2012) The Judiciary: The Least Dangerous Branch? In: Rosenfeld M., Sajó A. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 859–873.

Vodinelić V. (2001) Pravosuđe bez prava: odgovornost sudija za kršenje zakona. In: Trkulja J. (prir.) *Kriza i reforma pravosuđa*. Beograd: Centar za unapredjivanje pravnih studija, pp. 18–33. (In Serbian, cyrillic).