

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE
УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ
CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA



NJEMAČKA FONDACIJA
ZA MEĐUNARODNU PRAVNU
SARADNJU

Regionalna *online* konferencija ustavnih sudova

IZDVOJENA MIŠLJENJA U USTAVNIM ODLUKAMA

11. 12. 2020. godine

Zbornik radova

Регионална *online* конференција уставних судова

ИЗДВОЈЕНА МИШЉЕЊА У УСТАВНИМ ОДЛУКАМА

11. 12. 2020. године

Зборник радова

Online Regionale Verfassungsgerichtskonferenz

SONDERVOTEN BEI VERFASSUNGSRECHTLICHEN ENTSCHEIDUNGEN

11. 12. 2020

Tagungsband

Sarajevo, 2021.

IZDVOJENA MIŠLJENJA U USTAVNIM ODLUKAMA
ИЗДВОЈЕНА МИШЉЕЊА У УСТАВНИМ ОДЛУКАМА
SONDERVOTEN BEI VERFASSUNGSRECHTLICHEN ENTSCHEIDUNGEN

Izdavač:

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE
Sarajevo, Reisa Džemaludina Čauševića 6/III

Za izdavača:

ZLATKO M. KNEŽEVIĆ

Urednik:

MIRSAD ĆEMAN

Redakcijski odbor:

MIRSAD ĆEMAN
ZLATKO M. KNEŽEVIĆ
MIODRAG N. SIMOVIĆ
ERMINA DUMANJIĆ
ELVIS LJAJIĆ
AMELA HARBA-BAŠOVIĆ
AZEM KRAJINIĆ

Korektura:

ELVIS LJAJIĆ
AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

Prijevod sa njemačkog jezika:

ANITA ROGOŠIĆ

Prijevod na njemački jezik:

STEFAN PÜRNER

Prijevod sa makedonskog jezika:

EMINA AVDIĆ

Prijelom i dizajn:

AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

ISBN 978-9926-464-21-9

CIP zapis dostupan u digitalnom katalogu Nacionalne i univerzitetske biblioteke
Bosne i Hercegovine u Sarajevu pod brojem COBISS.BH-ID 46273286

Štampanje ove publikacije podržali su Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ)
i Ministarstvo pravde i zaštite potrošača.

Sadržaj - Садржај - Inhalt

Predgovor urednika	5
Vorwort des Redakteurs	7
Vorwort der IRZ	9
Predgovor IRZ-a	11
<u>Златко М. Кнежевић</u>	
Издвојено судијско мишљење у уставном систему Босне и Херцеговине и у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине	13
<u>Hamdija Šarkinović</u>	
Издвојено мишљење у пракси Уставног суда Црне Горе	21
<u>Dr. sc. Mato Arlović</u>	
Уставноправни оквир за издвојено мишљење суца Уставног суда Републике Хрватске	47
<u>Sali Murati</u>	
Презентација издвојених мишљења у одлукима Уставног суда Републике Сјеверне Македоније	79
<u>Снежана Марковић</u>	
Издвојена мишљења судија у Уставном суду Републике Србије Кроз питања и одговоре	85
<u>Michael Eichberger</u>	
Сондervoten beim Bundesverfassungsgericht	103
Издвојена мишљења на Савезном уставном суду Нјемачке	113

PREDGOVOR UREDNIKA

Pandemija virusa COVID-19 koja je početkom 2020. godine poprimila planetarne razmjere i još nije savladana utjecala je i još uvijek sveobuhvatno utječe na funkcioniranje organiziranih formi ljudskog života ovog vremena, a jednako tako se odražava i na naše pojedinačne živote i funkcioniranje uže zajednice.

Prije pandemije Ustavni sud Bosne i Hercegovine je razvio i već niz godina kroz razne projekte realizira kako bilateralnu tako i regionalnu saradnju s ustavnim sudovima država iz okruženja. U tom kontekstu se kao veoma korisna i već etablirana forma godinama održavaju regionalne stručne konferencije ustavnih sudova na kojima su razmatrane aktuelne teme i za sve sudove važna pitanja ustavnopravne naravi.

S obzirom na ograničenja uvedena u borbi protiv pandemije virusa COVID-19 koja su onemogućila održavanje konferencija na uobičajeni način (lično prisustvo učesnika), 11. decembra 2020. godine u saradnji, te uz finansijsku i drugu podršku Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju IRZ (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*) organizirana je Regionalna *online* konferencija ustavnih sudova o temi „Izdvojena mišljenja u ustavnim odlukama“. Konferencija je realizirana preko platforme *Zoom*.

Na konferenciji su učestvovali Ustavni sud Bosne i Hercegovine, te ustavni sudovi Republike Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Sjeverne Makedonije, Republike Slovenije, Republike Srbije i Fondacija IRZ. Pozdravnim riječima Konferenciju su otvorili Zlatko M. Knežević, predsjednik Ustavnog suda BiH, i dr. Stefan Pürner, advokat i rukovodilac Odjeljenja „Jugoistočna Evropa I“ IRZ-a.

Doprinos radu Konferencije i rasvjetljavanju za ovu priliku odabrane teme dali su predsjednici i sudije ustavnih sudova učesnika, te predstavnici i pravni eksperti Fondacije IRZ. Primjerima iz ustavnosudske prakse Konferencija je dala značajan doprinos pravnoj praksi i doktrini ustavnih sudova regije i općenito.

Svrha izdvojenog mišljenja (naročito), ali i izjave o neslaganju (kao druga mogućnost) nije slanje poruke ciljanoj široj, stručnoj ili akademskoj javnosti, nego je to, prije svega, izraz procjene i potrebe da se u konkretnom slučaju i općenito time

doprinosi ustavnopravnoj teoriji i praksi, odnosno afirmaciji pojedinačnog sudijskog mišljenja i integriteta. Naime, ustavnopravna pitanja koja se nađu pred ustavnim sudovima spadaju u najsloženija pravna pitanja, posebno kada je riječ o predmetima apstraktne ocjene ustavnosti, pa su razlike u mišljenjima često posljedica složenosti konkretnog ustavnopravnog pitanja, ali i same ustavne norme. Stoga, obrazloženo izdvojeno mišljenje (poznati su slučajevi u literaturi i u svakodnevnoj praksi kod svih ustavnih sudova) može prije ili kasnije utjecati na šire razumijevanje određenih kategorija, odnosno instituta ustavnog prava, pa i prava općenito, a ponekad čak i na promjenu sudske prakse. Izlaganja učesnika Konferencije su to rasvijetlila i potvrdila.

Nastavljajući dobru praksu, kao i ranije, ovim Zbornikom listi izdanja Ustavnog suda Bosne i Hercegovine dodajemo još jedan vrijedan naslov. Zbornik publiciramo uz finansijsku podršku Fondacije IRZ, te predan angažman dr. Pürnera i njegovog tima, na čemu im iskreno zahvaljujemo.

Njegujući naš standardni pristup, radovi u Zborniku su predstavljeni prema redoslijedu kojim su izloženi na Konferenciji. Formom i sadržajno su onakvi kakvim su ih izlagači dostavili Uređivačkom odboru. Nažalost, zbog uređivačke koncepcije, veoma vrijednu prezentaciju prof. dr. Rajka Kneza, predsjednika Ustavnog suda Slovenije, izloženu u *PowerPointu* nismo u takvoj formi mogli uvrstiti u Zbornik.

Što se tiče jezika i pisma, poštovan je izbor samih autora. Tehničku pripremu i korekturu uradile su službe Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Na kraju, posebno zahvaljujemo Fondaciji IRZ na finansijskoj i drugoj podršci u realizaciji ovakvih projekata proteklih godina.

Urednik
Mirsad Ćeman
Potpredsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

VORWORT DES REDAKTEURS

Die seit Anfang 2020 herrschende Coronavirus-Pandemie hat das Funktionieren der organisierten menschlichen Lebensformen unserer Zeit in großem Maße beeinträchtigt und beeinträchtigt es immer noch. Dies betrifft unser individuelles Leben und das Funktionieren der Gemeinschaft im engeren Sinne gleichermaßen.

Das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina hat bereits vor der Pandemie sowohl eine bilaterale als auch eine regionale Zusammenarbeit mit den Verfassungsgerichten der Nachbarländer entwickelt und diese seit vielen Jahren im Rahmen verschiedener Projekte umgesetzt. In diesem Zusammenhang werden seit Jahren regionale Fachkonferenzen der Verfassungsgerichte durchgeführt, die sich als eine sehr wertvolle Form der Zusammenarbeit bewährt haben, bei denen aktuelle Themen und für alle Gerichte wichtige verfassungsrechtliche Fragen erörtert werden.

Angesichts der Einschränkungen aufgrund der Coronavirus-Pandemie, die die Durchführung von Konferenzen in gewohnter Weise (persönliche Anwesenheit der Teilnehmer) unmöglich machten, wurde am 11. Dezember 2020 in Kooperation und mit finanzieller und sonstiger Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit IRZ e.V. eine virtuelle Regionalkonferenz der Verfassungsgerichte zum Thema „Sondervoten bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen“ organisiert. Die Konferenz fand online über Zoom statt.

An der Konferenz nahmen das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina sowie die Verfassungsgerichte der Republik Montenegro, der Republik Kroatien, der Republik Nordmazedonien, der Republik Slowenien, der Republik Serbien und die IRZ-Stiftung teil. Die Konferenz wurde von Zlatko M. Knežević, Präsident des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina, und Dr. Stefan Pürner, Rechtsanwalt und Leiter des Projektbereichs Südosteuropa I der IRZ eröffnet.

Die Präsidenten und Richter der beteiligten Verfassungsgerichte sowie die Vertreter und Rechtsexperten der IRZ-Stiftung trugen zur Arbeit der Konferenz und zur Beleuchtung der ausgewählten Themen bei. Die Konferenz hat mit Beispielen aus der Verfassungsgerichtspraxis einen wesentlichen Beitrag zur Rechtspraxis und Lehre der Verfassungsgerichte der Region und allgemein geleistet.

Der Zweck eines Sondervotums (insbesondere), aber auch der bloßen Feststellung eines abweichenden Votums (alternativ) besteht nicht darin, eine Botschaft an die allgemeine, fachliche oder wissenschaftliche Öffentlichkeit zu senden, sondern ist vor allem der Einschätzung und dem Bedarf geschuldet, im konkreten Fall, aber auch allgemein einen Beitrag zur Verfassungstheorie und -praxis zu leisten, bzw. ist eine der Bejahung der individuellen richterlichen Meinung und Integrität. Denn verfassungsrechtliche Fragen, die vor den Verfassungsgerichten erörtert werden, gehören zu den komplexesten Rechtsfragen, insbesondere wenn es sich um Fälle der abstrakten Normenkontrolle handelt, sodass unterschiedliche Meinungen oft eine Folge der Komplexität einer bestimmten verfassungsrechtlichen Frage, aber auch der Verfassungsnorm selbst sind. Daher kann ein begründetes Sondervotum (in der Literatur und in der alltäglichen Praxis sind solche Fälle bei allen Verfassungsgerichten bekannt) früher oder später ein breiteres Verständnis bestimmter Kategorien bzw. Institute des Verfassungsrechts und des Rechts im Allgemeinen beeinflussen und manchmal sogar die Rechtsprechung verändern. Die Präsentationen der Konferenzteilnehmer beleuchteten und bestätigten dies.

Nach bewährter Praxis fügen wir mit diesem Sammelband der Liste der Veröffentlichungen des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina einen weiteren wertvollen Titel hinzu. Den Sammelband veröffentlichen wir mit finanzieller Unterstützung der IRZ-Stiftung und dem großen Engagement von Dr. Pürner und seinem Team, wofür wir ihnen herzlich danken.

Gemäß unserem üblichen Ansatz werden die Beiträge im Sammelband in der Reihenfolge veröffentlicht, in der sie auf der Konferenz präsentiert wurden, und in der Form und mit dem Inhalt, wie sie der Redaktion von den Referenten übermittelt wurden. Leider konnte aufgrund des redaktionellen Konzepts die sehr interessante PowerPoint Präsentation von Prof. Dr. Rajko Knez, Präsident des slowenischen Verfassungsgerichts, in dieser Form nicht im Sammelband abgebildet werden.

Hinsichtlich der Sprache und der Schrift wurde die Wahl der Autoren selbst respektiert. Die technische Vorbereitung und Korrektur erfolgte durch die Dienststellen des Verfassungsgerichts von Bosnien und Herzegowina.

Abschließend danken wir der IRZ-Stiftung insbesondere für die finanzielle und sonstige Unterstützung bei der Umsetzung solcher Projekte in den vergangenen Jahren.

Redakteur
Mirsad Ćeman
Vizepräsident des Verfassungsgerichts
von Bosnien und Herzegowina

VORWORT DER IRZ

Die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (kurz: IRZ) unterstützt seit dem Jahr 1992 Transformationsstaaten bei der Reform ihres Rechtssystems, bei der den Verfassungsgerichten eine besondere Bedeutung zukommt. Aus diesem Grund ist die Zusammenarbeit mit diesen Gerichten in der Arbeit der IRZ ebenfalls von großer Bedeutung. Da die Fragen, auf die die Verfassungsgerichte im Bereich der Grund- bzw. Menschenrechte Antworten finden müssen, universell sind, wird die Zusammenarbeit mit den einzelnen Verfassungsgerichten in Südosteuropa durch Regionalkonferenzen, an denen auch Richterinnen und Richter anderer Verfassungsgerichte aus der Region teilnehmen, verwirklicht.

Im Rahmen dieser bereits seit Jahren erfolgreichen Zusammenarbeit wurde am 11. Dezember 2020 unter Beteiligung verschiedener weiterer Verfassungsgerichte der Region pandemiebedingt als virtuelle regionale Verfassungsgerichtskonferenz das Thema „Sondervoten bei verfassungsrechtlichen Entscheidungen“, behandelt, das für kontinentaleuropäische Länder von besonderer Bedeutung ist, da die Möglichkeit solcher Voten relative neu ist.

Dieses Buch dient dazu, die Ergebnisse dieser Veranstaltung auch anderen Interessierten zugänglich zu machen und so die Nachhaltigkeit der Konferenz zu stärken.

Die IRZ bedankt sich bei den Einzelpersonen und Institutionen, ohne deren Unterstützung diese Engagement nicht möglich wäre. Dies ist zum einen das Verfassungsgericht von Bosnien und Herzegowina mit seinem Präsidenten Zlatko M. Knežević, sowie den Vizepräsidenten Mirsad Ćeman und Mato Tadić denen bei dieser Gelegenheit für die stets angenehme und effektive Zusammenarbeit gedankt werden soll. Weiterhin gilt es dem deutschen Ministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zu danken, ohne dessen institutionellen Zuwendung die Arbeit der IRZ nicht möglich wäre, und dem Auswärtigen Amt (AA), das die Tätigkeit der IRZ in der Region mit Projektmitteln aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa unterstützt, aus denen auch die genannte Konferenz finanziert wurde. Besonderer Dank gilt der deutschen Botschaft in Bosnien und Herzegowina, die die Arbeit der IRZ bereits seit Jahren vor Ort engagiert und konstruktiv begleitet.

Dr. Stefan Pürner, Rechtsanwalt
Bereichsleiter „Südosteuropa I“ der IRZ

PREDGOVOR IRZ-a

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu suradnju (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.* – skraćeno: IRZ) od 1992. godine podržava tranzicijske zemlje u reformi njihovog pravnog sustava u kojoj ustavni sudovi imaju poseban značaj. Iz tog razloga, suradnja s tim sudovima ima značajnu ulogu u radu IRZ-a. Budući da su pitanja na koja ustavni sudovi moraju dati odgovor, u području zaštite ljudskih prava univerzalna, suradnja sa pojedinim ustavnim sudovima u jugoistočnoj Europi ostavaruje se u okviru regionalnih konferencija u kojima sudjeluju i sutkinje i suci nekih drugih ustavnih sudova iz regiona.

U okviru ove već višegodišnje uspješne suradnje, 11. prosinca 2020. godine je uz sudjelovanje drugih ustavnih sudova iz regiona održana pandemijom uslovljena virtualna Regionalna konferencija ustavnih sudova na temu „Izdvojeno mišljenje u ustavnim odlukama“ koja je za kontinentalno-europske zemlje od posebnog značaja, jer je mogućnost ovakvog glasanja relativno nova.

Ova knjiga ima za cilj da rezultate ovog događaja učini dostupnim i drugim zainteresiranim stranama i na taj način ojača održivost konferencije.

Fondacija IRZ se zahvaljuje kako pojedincima tako i institucijama bez čije podrške ovaj angažman ne bi bio moguć. To su Ustavni sud Bosne i Hercegovine sa predsjednikom Zlatkom M. Kneževićem, kao i potpredsjednicima Mirsadom Čemanom i Matom Tadićem kojima se ovom prilikom zahvaljujemo na uvijek ugodnoj i efektivnoj suradnji. Nadalje, njemačkom Ministarstvu pravde i zaštite potrošača (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* – skraćeno: BMJV) bez čije institucionalne potpore rad IRZ-a ne bi bio moguć, te Ministarstvu vanjskih poslova (*Auswärtiges Amt* – skraćeno: AA), koje djelatnost IRZ-a, posebice u jugoistočnoj Europi, trajno potpomaže projektnim sredstvima iz njemačkog doprinosa Paktu za stabilnost jugoistočne Europe kojim se financirala i ova konferencija. Također, Njemačka ambasada u Bosni i Hercegovini već dugi niz godina angažirano i konstruktivno prati aktivnosti IRZ-a u Bosni i Hercegovini.

Dr. Stefan Pürner, odvjetnik

Rukovoditelj Odjela Jugoistočna Europa I

Златко М. Кнежевић
Предсједник Уставног суда Босне и Херцеговине

ИЗДВОЈЕНО СУДИЈСКО МИШЉЕЊЕ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Увод

Издвојено судијско мишљење представља један од озбиљних алата у поступку судовања. Оно, такође, представља заштиту судијске самосталности и независности у расправљању, али и у одлучењу. По правилу, право на издвојено судијско мишљење налази се на нивоу највиших судова, а скоро увијек у европској правној пракси унутар овлашћења уставних судова.¹ У колективном одлучењу издвојено мишљење представља **право** појединог судије (појединих судија) да на другачији начин од већинске одлуке изнесе свој став о правним или чињеничним разлозима на којима се заснива већинска одлука. Без обзира на то што овај **судијски алат** потиче из англосаксонског система, он се као важан дио уставног судовања налази првенствено у овлашћењима судија уставних судова и унутар европске правне школе. Податак² да унутар организације Европске уније преко двадесет уставних судова у својим законима/правилима предвиђа могућност изјављивања издвојеног мишљења указује нам колико је дубоко укоријењен и у европски правни систем.

1 CDL-AD(2018)030-e Report on Separate Opinions of Constitutional Courts, adopted by the Venice Commission at its 117th Plenary Session (Venice 14-15 Decembar 2018).

2 *Ibidem*.

Разлике постоје у неколико важних елемената. Наиме, издвојено мишљење може бити изјављено против већинске одлуке (негативно или супротстављено мишљење), може бити изјављено у складу с донесеном одлуком, али из другачијих правних основа или тумачења (позитивно или сагласно издвојено мишљење), може представљати саставни дио судијског одлучивања (саставни дио записника о гласању и/или одлучивању), може представљати издвојени дио донесене одлуке (не уноси се у записник о одлучењу, већ само у записник о гласању), може бити јавно објављено као право судије да га јавно објави или јавно објављено уз донесену одлуку (као мишљење које објављује суд) или може бити искључиво затвореног типа (без могућности јавног објављивања).

Овом приликом нећемо говорити о издвојеном мишљењу унутар система редовних судова, без обзира на врло интересантне расправе о праву и могућности редовних судова (или бар највиших редовних судова) да користе издвојено мишљење, поготово тамо гдје се преферира англосаксонски правни систем.

За потребе ове расправе фокусираћемо се на издвојено мишљење у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине.

Уставни основ

Устав Босне и Херцеговине³, у члану VI став 1, установљава Уставни суд Босне и Херцеговине, а у члану VI став 2/б наводи да Уставни суд доноси своја **правила о раду**⁴. Без намјере да детаљније улазимо у расправе о уставноправној природи и карактеру Правила, можемо рећи да она имају карактер органског закона којим Уставни суд регулише питање поступка (између осталог), те тиме и питање права на издвојено мишљење.

Правилима Уставног суда,⁵ у дијелу који се односи на одлучивање, укључујући и институт издвојеног мишљења, предвиђено је следеће:

Члан 43

(Издвојена мишљења)

(1) Сваки судија који је учествовао у разматрању предмета има право да издвоји своје мишљење у складу или супротно одлуци, или да само да изјаву о неслагању или придруживању издвојеном мишљењу.

3 Устав Босне и Херцеговине, www.ustavnisud.ba.

4 *Ibidem*.

5 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, www.ustavnisud.ba.

- (2) *Судија има право и дужност да писано изложи и образложи издвојено мишљење најкасније у року од 15 дана од дана када му одлука буде достављена након утврђивања стручно-техничке редакције текста.*
- (3) *Издвојено мишљење судије се прилаже уз записник са сједнице и улаже у предмет на који се односи, а у донесеној одлуци или рјешењу се констатује да је дато издвојено мишљење.*
- (4) *Издвојено мишљење се прилаже уз одлуку као анекс. Одлука се објављује у службеним гласилима и публикацији Уставног суда заједно са издвојеним мишљењем.*
- (5) *До достављања издвојеног мишљења, или до истека рока из става (2) овог члана, одлука се не отпрема. Ако издвојено мишљење није достављено до истека рока из става (2) овог члана, одлука се отпрема, а накнадно достављено издвојено мишљење се улаже у уставносудски спис и чини његов саставни дио.*

Дакле, Правила Уставног суда предвиђају право на издвојено мишљење, дају могућност двије врсте мишљења (против и у складу), те регулишу рокове достављања, објављивања, као и статус необјављеног издвојеног мишљења.

Примјена у пракси

Када рашчланимо члан 43 Правила, долазимо до закључка да је за поступање Уставног суда предвиђено неколико могућности којим судија може исказати свој став на другачији начин од већинске одлуке.

Оно што је интересантно јесте да унутар института издвојеног мишљења у дијелу *негативног мишљења* постоји степеновање на два различита нивоа: негативно издвојено мишљење и изјава о неслагању.

Позитивно издвојено мишљење може бити или појединачно (индивидуално) изјављено или придружено мишљењу неког другог судије.

Такође, и негативно издвојено мишљење може бити појединачно (индивидуално) или придружено мишљењу неког другог судије.

а) Изјава о неслагању

Изјава о неслагању представља облик негативног мишљења којим се судија изјашњава да није сагласан с одлуком већине. Како је методологија одлучивања Уставног суда у вијећима таква да Мало вијеће (које чине предсједник и двоје потпредсједника, а које одлучује о захтјевима за издавање привремених мјера) доноси одлуке једногласно, а у случају непостојања једногласности о захтјеву се одлучује у Великом вијећу, Велико вијеће чини шест домаћих судија и оно одлучује већином од пет судија, Пленарну сједницу чине све судије Уставног суда (шест домаћих и троје међународних судија) и одлучује се већином од пет судија, указала се потреба за оваквим институтом због сљедећег разлога.

На сједницама Великог вијећа неријетко се одлучује о предметима који су истог или врло сличног чињеничног стања као неки од претходних предмета који на Великом вијећу нису имали потребну већину те су трансферисани на одлучивање на Пленарну сједницу. Одлука Пленарне сједнице представља **водећу одлуку** према којој се накнадно доносе одлуке у чињенично и правно истим/сличним предметима. Судија који је гласао против таквог правног става на Пленарној сједници, а који је по правилу већ писао и приложио негативно издвојено мишљење, има могућност да се изјасни о неслагању, али ради ефикасности поступка и поштовања правног става Пленарне сједнице он само даје **изјаву о неслагању**, коју посебно писмено не образлаже, а која се констатује у донесеној одлуци, као и у записнику о гласању.

Тиме је истовремено сачувана могућност неслагања, али и ефикасност поступања у одлучивању.

б) Негативно издвојено мишљење

Негативно издвојено мишљење представља правни став судије да се одлука већине коси с његовим мишљењем о предмету до тог нивоа да он не може прихватити или диспозитив одлуке или образложење или цијелу одлуку.

У пракси, оно се ријетко изјављује у апелационим предметима (предметима одлучивања по индивидуалним захтјевима грађана у односу на повреде права и слобода гарантованих Уставом, Европском конвенцијом или међународним актима који чине анекс Устава), већ се, ако се изјављује, изјављује у предметима апстрактне контроле уставности, односно оцјене уставности закона.

Наравно да у сложеној уставној конструкцији Босне и Херцеговине и постојању легитимно различитих тумачења уставног текста ово представља

један од врло озбиљних аргумената за даљње теоретске, а неријетко и политичке расправе у вези с конкретним уставним питањем. Из тог разлога, пракса је наметнула врло опрезну, стилски умјерену, али правнички снажну аргументацију која се користи. Ова издвојена мишљења се према аргументацији већинске одлуке увијек односе с поштовањем, али се упорно износи и аргументује супротан став који има судија.

Други облик негативног мишљења је **придруживање негативног издвојеном мишљењу другог судије**.

Овај облик изјављивања издвојеног мишљења користи се када неколико судија чини мањину, када се користе истим аргументима у противљењу већинској одлуци и када у највећој мјери на истовјетан начин артикулишу те аргументе.

с) Позитивно издвојено мишљење

Позитивно издвојено мишљење (мишљење у складу с одлуком) представља врло интересантан и риједак облик неслагања судије с одлуком већине. Како се одлукама може одлучити о више захтјева који се усвајају или одбијају, судија може да се не сложи с аргументацијом која се користи за усвајање или одбијање захтјева.

Дакле, он је сагласан с одлучивањем да се захтјев усвоји или одбије, али мишљења је да је аргументација или непотпуна или неприкладна, те да би требало користити другачију или другу аргументацију (позивање на раније одлуке, ставове Европског суда или другачије тумачење уставног текста када се ради о оцјени уставности).

Такође, постоји и могућност да се више судија придружи овом издвојеном мишљењу.

д) Објављивање издвојеног мишљења

Судије морају доставити издвојена мишљења у писменој форми у року од 15 дана од када им је достављена редакцијски обрађена одлука већине. Уколико се не доставе у том року већ накнадно, она се не објављују, али чине саставни дио списка дотичног предмета.

Структурално, одлука у оваквим случајевима изгледа на следећи начин.

У самој одлуци (за потребе рада назваћемо је одлуком већине) констатује се да је одређени судија/судије издвојио мишљење у сагласности или против.

Након укупног текста одлуке већине и након потписа предсједника, у **склопу одлуке** објављује се издвојено мишљење и оно чини саставни дио одлуке. Код **изјаве о неслагању** у одлуци већине се само констатује да је одређени судија дао изјаву о неслагању, без посебног образложења, како је већ и објашњено.

Основни услов за изјављивање издвојеног мишљења или изјаве о неслагању јесте да само судија који је учествовао у расправљању и одлучивању може изјавити издвојено мишљење.

Карактеристике издвојених мишљења у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине дјелимично су наведене, али их можемо систематизовати на следећи начин.

Судије Уставног суда ријетко користе могућност изјављивања издвојеног мишљења. Оно се, по правилу, изјављује у ситуацијама супротстављених ставова који у највећој мјери потичу из различитих тумачења уставног текста. Када се изјављује у апелационим предметима, оно представља различита тумачења текста Европске конвенције или праксе Европског суда.

Сама по себи, издвојена мишљења представљају допринос расправама и након доношења одлуке већине, а својим стилем и поштовањем доприносе и чувању достојанства те оснажују спровођење одлуке Уставног суда.

Истовремено, њихов допринос представља и могућност да се у даљњој расправи у професионалној и научној заједници изнесени аргументи *pro et contra* провјере, преиспитају и евентуално омогуће другачији приступ правном питању о ком је ријеч.

Наравно да је посебна реакција на издвојено мишљење када одлука оде на Европски суд по апликацији незадовољног апликанта. Тада оно има свој утицај и на расправу пред Европским судом, али то свакако не значи да ће издвојено мишљење претегнути над одлуком већине, већ ће се чути и друга страна конкретног одлучивања.

Издвојена мишљења имају свој несумњив значај када се ради о одлучивању у уставном судству, па и у Уставном суду Босне и Херцеговине. Као и сваки институт у праву, издвојена мишљења, поред несумњиво позитивних доприноса, имају и неке ризичне.

Уколико не постоји **суздржаност** судија у коришћењу и образлагању својих аргумената, а поготово оспоравању аргумената већине, могуће је да се изроди у своју супротност, да наруши снагу коначног одлучења у Уставном суду или у најгорем случају да назначи подјелу међу судијама. Међутим, уставно судство и

јесте мјесто коначног одлучења и тумачења најозбиљнијих уставних или правних питања, мјесто на ком судије имају право, али и дужност, да заступају оно што они мисле и тумаче јер, у складу с кинеском изреком *Да нема вјетра пауци би небо премрежили*, издвојено мишљење служи томе да се сви запитамо кад одлучујемо да ли смо у праву и, ако јесмо, колико смо успјешно то образложили.

Mr. Hamdija Šarkinović
Predsjednik Ustavnog suda Crne Gore

IZDVOJENO MIŠLJENJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Predmet rada je pravni institut izdvojenog/odvojenog mišljenja sudije, odnosno sudija koji se ne slažu sa odlukom za koju su glasala/i većina sudija ustavnog suda, bilo na njenoj izreci ili dijela izreke ili obrazloženja ili dijela obrazloženja. Izdvojeno mišljenje se obrađuje sa istorijskog, komparativnog i pravno-teoretskog aspekta. Ukazano je na razloge koji idu u prilog i protiv izdvojenog mišljenja, sudske nezavisnost i njihov uticaj na integritet suda, kao i predloge za poboljšavanje pravnog okvira izdvojenog mišljenja i njihov uticaj na kreiranje pravnog sistema. U praksi Ustavnog suda Crne Gore izdvojena mišljenja su dozvoljena, ali ne i njihovo objavljivanje, jer je na odluci Ustavnog suda da li će se ono objaviti u „Službenom listu Crne Gore“ ili ne. Praksa Ustavnog suda pokazuje uzdržanost sudija Ustavnog suda u korišćenju mogućnosti da izdvoje mišljenje a i nedefinisiranosti ovog instituta na pravi način.

I. POJAM I VRSTE IZDVOJENOG MIŠLJENJA

1. Pojam izdvojenog mišljenja

Osnovna karakteristika sudske nezavisnosti je pravo sudije da slobodno i nezavisno od bilo koga izrazi i javno saopšti svoje pravno mišljenje, ali kada odlučuje kolektivno sudsko tijelo odluka ako nije jednoglasna predstavlja mišljenje većine koja je za nju glasala i u toj odluci nema mišljenja sudije koje se razlikuje od većinskog. Postavilo se pitanje što je sa pravom sudije da izrazi i javno iznese svoje pravno mišljenje, čime se dovodi u pitanje njegova sudska nezavisnost. U većini pravnih sistema taj problem je riješen tako da su u sudske postupke uveli institut izdvojenog mišljenja, čija je primjena otvorila niz drugih pitanja kojima se još uvijek bave ne samo pravna praksa već i pravna teorija. Institutom izdvojenog mišljenja puno se više bavi pravna teorija u državama

koji se temelje na *common law* sistemu u odnosu na države kontinentalnog prava. Institut izdvojenog mišljenja bio je kroz istoriju više puta osporavan, preispitivan, napušten i ponovo prihvaćen kao sastavni dio procesa donošenja sudskih odluka.¹

Izvjernost rješenja spora u sudskom postupku, što nedvosmisleno predstavlja vrlo snažnu vrijednost, postiže se metodom većinskog glasanja i primjenom doktrine *res iudicata*.² Smerdel navodi kako se do istine dolazi kroz suprotstavljanje argumenata i kontradiktornost, jer nijedan pravni propis nije tako jasan i iscrpan da ga se u slučaju kad je potrebno donijeti tešku odluku ne bi moglo tumačiti različito i niti jedna istina nije takva da je ne bi trebalo preispitati.³

Sudska nezavisnost je pravo sudije da slobodno i nezavisno od bilo koga izrazi i javno iznese svoje pravno mišljenje. Kada sudija odlučuje kolektivno, presuda, ako nije jednoglasna, predstavlja mišljenje većine koja je za nju glasala te toj presudi nema mišljenja sudije koje se razlikuje od većinskog, pa se otvara pitanje što je sa njegovim pravom da izrazi i javno iznese svoje pravno mišljenje, čime se dovodi u pitanje njegova sudačka nezavisnost. Većina pravnih sistema taj problem su riješili tako da su u sudske postupke uveli institut izdvojenog mišljenja, čija je primjena otvorila niz drugih pitanja kojima se još uvijek bave ne samo pravna praksa već i pravna teorija. Institut izdvojenog mišljenja bio je kroz istoriju više puta osporavan, preispitivan, napušten i ponovo prihvaćen kao sastavni dio procesa donošenja sudskih odluka.⁴

Mišljenje manjine, ili izdvojeno mišljenje, ili glasanje protiv (njemački *abweichende Meinung*, *Sondervotum*, francusko mišljenje *disidente*) je mišljenje koje iznosi jedan sudija ili zajedno nekoliko sudija koji se ne slažu s odlukom koju je u tom slučaju donijela većina. Takvo odvojeno izraženo mišljenje može se razlikovati od mišljenja većine zbog svog obrazloženja ili obrazloženja zaključka.⁵ U angloameričkoj pravnoj literaturi razlikuju se izdvojeno mišljenje i mišljenje izdvojenog mišljenja.⁶ Neslaganje u sprovođenju pravde može označiti neslaganje jednog ili više članova vijeća sa većinskim mišljenjem. Neslaganje sudije može, ali ne mora, proizvesti suprotno mišljenje, odnosno formulisanje neslaganja kao izdvojeno mišljenje. U Njemačkoj se na Saveznom ustavnom sudu (Bundesverfassungsgericht, BverfG) razlikuje supstancija

1 Vitale, D., The Value of Dissent in Constitutional adjudication: a context-specific analysis, *Review of Constitutional Studies*, v. 19, no. 1 (2014), str. 7, 3. siječnja 2016.

2 Alder, J., Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, no. 2, 2000., str. 222.

3 Smerdel, B., O sudskoj slozi i izdvojenim mišljenjima, *Informator*, br. 5944, 2011., str. 3.

4 Vitale, D., The Value of Dissent in Constitutional adjudication: a context-specific analysis, *Review of Constitutional Studies*, v. 19, no. 1 (2014), str. 7, 3. siječnja 2016.

5 K.H. Milgramm. *Separate Opinion and Sondervotum in der Rechprechung des Supreme Court of the Unites States und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker&Humbolt, 1985, p. 59.

6 *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn: West Publishing Co, 1979.

izdvojenog mišljenja (*abweichende Meinung*) i njegova prezentacija kao mišljenja, odnosno procesni oblik (*Sondervotum*).⁷ Saglasno mišljenje (njemački *abweichende Meinung nur in der Begründung*, francusko *opion concordate*) je mišljenje u kojem se sudija slaže s rezultatom presude, ali ne i s obrazloženjem.⁸

Cilj rada je određivanje pojma izdvojenog mišljenja, vrste i značaj instituta izdvojenog mišljenja kao i njegova osnovna obilježja.

2. Vrste izdvojenog mišljenja

Tri su vrste izdvojenih mišljenja razvijene u praksi ustavnog sudstva:

- (1) kada sudija prihvata odluku većine o meritumu, ali nije saglasan sa razlozima na kojima je utemeljena (*concurring opinium*);
- (2) kada se sudija protivi odluci o meritumu kao i obrazloženju (*dissenting opinium*);⁹
- (3) u *common law* državama postoji i tzv. *dubitante* koju sudija stavlja kada nije uvjeren u ispravnost odluke, ali ne u tolikoj mjeri da bi izdvojio svoje mišljenje.¹⁰

U prvom slučaju se sudija slaže sa odlukom u meritumu, sa izrekom, ali se u određenoj mjeri ne slaže sa njenim obrazloženjem. Ovdje se radi o „potvrđujućem izdvojenom mišljenju“¹¹, koji odgovara engleskom *concurring opinion* u kojem sudija svoj glas za donesenu odluku obrazlaže razlozima koji se razlikuju od onih izraženih u obrazloženju odluke.¹² U ovakvom posebnom mišljenju sudija iznosi svoje posebne razloge za donošenje sudske odluke, pri čemu može izraziti neslaganje sa pojedinim djelovima obrazloženja, a može iznositi potpuno nove razloge u prilog donesene odluke

7 K. Nedelman, *The Judicial Dissent*, American Journal of Comparative law, 1959. vol 8, p. 417.

8 Julia Laffranque, *Dissenting Opinion and Judicial Independence*, Juridica International law Review, University of Tartu, 162-172.

9 Branko Smerdel, *Ustavno uređenje Europske Hrvatske*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2012, 477.

10 Black's, op. cit., str. 537. Jedan od poznatijih primjera predmet je *Feldman v. Allegheny Airlines* (spor radi naknade štete nastale smrću u vazduhoplovnoj nesreći) koji se vodio pred američkim Saveznim žalbenim sudom za drugi sudbeni kotar (Unites states Court of Appeals for the Second Circuit), u kojem je istaknuti sudac Friendly kao član tročlanoga sudskeg vijeća, u presudi izričito naveo kako ozbiljno sumnja u ispravnost donesene odluke, ali ipak glasa saglasno većini, jer se ta sumnja temelji samo na njegovoj intuiciji i ne može dokazati njezinu opravdanost. *Feldman v. Allegheny Airlines*, tač. 34.

11 Jadranko Crnić, *Komentar ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Zagreb, Narodne novine, 2002, 60.

12 Black's, op. cit., str. 309. i 1125.

koje nedostaju u obrazloženju i isto dopuniti. S obzirom na izloženo, razlikujemo „izdvojeno konkurentno mišljenje“, kojim sudija upućuje na druge razloge iz kojih je glasao za odluku u odnosu na razloge iz obrazloženja, i „izdvojeno odobravajuće (potvrđujuće) mišljenje“, kojim sudac dopunjuje razloge odluke.¹³ U drugom slučaju sudija se ne slaže s većinskim mišljenjem (engl. *majority opinion*, *main opinion*) i glasanje protiv odluke obrazlaže u posebnom pisanom mišljenju u kojem navodi razloge protiv donošenja odluke o sadržaju kako je to utvrdilo sudsko tijelo (engl. *dissenting opinion* ili skraćeno *dissent*).¹⁴

Institut izdvojenog mišljenja u pravnom sistemu Crne Gore ima dvostruko značenje: u širem smislu obuhvata podudarno izdvojeno mišljenje i suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *separate opinion*), a u užem smislu ono označava samo suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *dissenting opinion*).

Pravni sistemi u kojima je sudijama dopušteno izjavljivanje izdvojenog mišljenja razlikuju se s obzirom na pravila njihovog objavljivanja u javnosti odnosno dostupnosti subjektima izvan suda, pa se razlikuju dva osnovna tipa sistema: sistemi u kojima se izdvojeno mišljenje javno objavljuje zajedno s predmetnom sudskom odlukom i sistemi u kojima se sudskoj odluci pridodaje pisano izdvojeno mišljenje samo uz primjerke koji se dostavljaju strankama u postupku.

II. ISTORIJSKO-KOMPARATIVNI ASPEKT

1. Nastanak i razvoj izdvojenog mišljenja

Tradicija tajnosti vijećanja u kontinentalnom dijelu Evrope je nešto poput mita, jer zapravo postoji nekoliko historijskih primjera suprotne prakse. U španskoj pravnoj tradiciji porijeklo neslaganja datira od 15. vijeka, na uredbu iz Medine koja je dopuštala da se zasebna mišljenja, nazvana *voto reservado*, registruju u tajnoj neobjavljenoj knjizi.¹⁵ Ovo je pravilo bilo sačuvano zakonima o građanskom i kaznenom postupku 1881. i 1882. godine, a ostao je na snazi do 1985. godine, kada je upotreba neslaganja proširena na čitav pravosudni sistem.¹⁶ U Italiji, prije ujedinjenja zemlje i usvajanja

13 Crnić, J., op. cit., str. 60.

14 Black's, op. cit., str. 506 i 1125.

15 Chapter XIV of the Ordenanzas de Medina, in La Novísima Recopilación de las Leyes de España, Tomo II, Boletín Oficial del Estado 350 (1976).

16 Lorenzo Luatti, profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo, 163–69 (Giuffrè ed., 1995).

francuskog modela, neki lokalni zakoni nadahnuti su španskim zakonima, pa su u Kraljevstvu Napulja, državama Este i Toskane bila podnesena suprotna mišljenja.¹⁷ U Njemačkoj, u pokrajini Baden, oni koji se nijesu slagali bili su čak objavljeni do sredine 19. vijeka, dok se u državi Württemberg praksa javnog glasanja zadržala sve do Drugog svjetskog rata.¹⁸

Zapadna Njemačka, postala je prva evropska zemlja koja je zakonski prepoznala izdvojeno mišljenje u svom pozitivnom zakonu. Tokom izrade Zakona o sudstvu (Gerichtsverfassungsgesetz) 1877. godine, iznijet je prijedlog da se dopusti izdvojeno mišljenje, ali je odbijeno s obrazloženjem da bi se objavljivanje neslaganja smatralo „nespojivim s autoritetom sudova i dobrim odnosima između sudija „što bi“ podstaklo sujetu i osporavanje.“¹⁹

Pitanje se opet pojavilo tokom stvaranja Saveznog ustavnog suda nakon Drugog svjetskog rata. Kod ove tačke, iako je blagotvorno dejstvo objavljivanja zasebnih mišljenja priznato od strane radnog tijela ustavnog zakona, njegovo uvođenje je u početku odbijeno s obrazloženjem da „povjerenje u pravdu, a posebno u ustavnu pravdu još nije bilo dovoljno razvijeno [...] da bi se spriječila mogućnost parnice s političkog aspekta do kojih mogu doći javne reakcije [...] ako, u parnici koja uključuje politička pitanja, sam sudac utvrdi da bi bilo moguće odlučiti drugačije.

Uprkos ovom početnom odbijanju zakonodavstva da dopusti objavljivanje neslaganja, Savezni ustavni sud, koji je stupio na dužnost u septembru 1951., donio je srazmeru između glasova da i ne, poznatu javnosti, prvi put u odluci od 8. decembra 1952.²⁰, i deset dana kasnije sudac Willi Geiger objavio je izdvojeno mišljenje.²¹

17 Vittorio Denti, Per il ritorno al „voto di scissura“ nelle decisioni giudiziarie, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali* 1, 3-6 (Costantino Mortati ed., 1964).

18 Luisa Paola Oneto, Le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte costituzionale Tedesca, in *Annali della Facoltà di Scienze Politiche di Genova* 1083, 1087 (1976-77).

19 von Mehren, supra note 12, at 209 n. 42.

20 The subject of the decision was of primary importance for the German legal system. It dealt with the compatibility of the European Defense Community Treaties with the Bonn Constitution. The Court decided to reveal the number of yes and no votes to the public in order to stop rumors about a close vote. Twenty judges voted in favor and two against the decision. Kurt H. Nadelmann, Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany, 13 AM. J. COMP. L. 268, 272 (1964).

21 The disagreement between the judges concerned the effects of the decision, as it consisted of an opinion requested by the Federal President. The majority of the judges considered these opinions given during consultation (Gutachtenverfahren) to be binding upon the Court in future cases if the same question is raised again as a conflict of competence. Judge Willi Geiger instead was of the opinion that in a second procedure the Court should not be bound by its previous opinion, because in the consultation proceedings the parties do not have the right to be heard. Jörg Luther, L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca, in *POLITICA DEL DIRITTO* 241, 244 (1994).

Sud je postupno promijenio svoju praksu, na kraju dopustivši objavljivanje anonimnog izdvojenog mišljenja. 1967. godine²² Drugo odjeljenje (Senat) Suda uspostavilo je praksu otkrivanja broja glasova za i ne. Prijedlog za izmjenu statuta o Bundesverfassungsgericht predložila je Savezna Vlada u decembru 1969., koju je Bundestag donio godinu dana kasnije i regulisao detaljno u Poslovniku Suda, izmijenjenom u decembru 1971. godine.²³ Prema novim pravilima, Sud sada ima mogućnost objavljivanja izdvojenih i saglasnih mišljenja (*Sondervotum*), te otkrivanja broja glasova za i ne na anonimnan način.²⁴

U Evropi među ustavnim sudovima raste trend dopuštanja izdvojenih mišljenja, iako se njihova primjena razlikuje od države do države. Izdvojena mišljenja mogu imati oblik izdvojenih, ali i saglasnih mišljenja, tj. mogu izražavati neslaganje samo uz obrazloženje konačne odluke. Čak se i u kontinentalnim, građanskopravnim sistemima, izdvojena mišljenja više ne smatraju izuzetkom od pravila tajnosti pojedinačnih glasova.²⁵ Među državama članicama Savjeta Evrope, 36 izričito regulišu izdvojena mišljenja (uključujući vrhovne sudove u državama u kojima ne postoje ustavni sudovi), a jedanaest ih ne dozvoljava ili nema odgovarajuće odredbe. Među državama članicama Savjeta Evrope, u većini država članica Evropske unije (EU) (naime, više od 20 država), sudije ustavnih sudova imaju pravo da podnesu izdvojena mišljenja kad god nijesu saglasni sa presudom suda (to uključuje i države u kojima sudije vrhovnog suda - u određenoj mjeri - imaju slične funkcije kao sudije ustavnog). Neke države članice EU zabranjuju izdvojena mišljenja ili nemaju odgovarajuće odredbe i odbacuju ovu praksu (Austrija, Belgija, Francuska, Italija, Irska, Luksemburg i Malta).²⁶

Što se tiče Evropskog suda za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima i Pravila Suda (tj. Evropskog suda za ljudska prava) izričito pominju izdvojena

22 See Philip W. Amram, *The Dissenting Opinion Comes to the German Courts*, 6 AM. J. COMP. L. 108, 110 (1957). A well-known example is the Spiegel-decision. See Bundesverfassungsgericht [BVerfGE – Federal Constitutional Court], Case No. 1 BvR 586/62, 610/63, 512/64, DEJURE 20, 162 (Aug. 5, 1966), <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2020%2C%20162&Suche=BVerfGE%2020%2C%20162>.

23 The dissenting opinion was introduced at first by the Rules of the Constitutional Court of the Land of Bayern (in 1948), but here dissents are published without the name of the dissenting judge. Afterwards, it was also introduced by the Rules of the Staatsgerichtshof (the state supreme court) of the Land of Bremen in 1956, but published only on request of the dissenter and is not applied anymore from 1968. Luther, *supra* note 15, at 242.

24 K. Kelman, *Dissenting opinions in Constitutional court*, German Law Jurnal, 14, 135/1371.

25 Studija koju je pripremio Generalni direktorat za spoljne politike Evropskog parlamenta, *Izdvojena mišljenja na vrhovnim sudovima država članica* (2012), 30f (u daljem tekstu *Evropski parlament, Izdvojena mišljenja* (2012)).

26 Safta, *Uloga izdvojenih i saglasnih mišljenja u ustavnoj nadležnosti*, 5 (1) Časopis o perspektivama poslovnog prava (2016), 207; *Evropski parlament, Izdvojena mišljenja* (2012), posebno 6, 17.

mišljenja (vidi u daljem tekstu). Štaviše, ova mišljenja igraju važnu ulogu u sudskoj praksi suda. Situacija je sasvim drugačija u Sudu pravde Evropske unije gdje izdvojena mišljenja nijesu dozvoljena.²⁷

Države sa pravnim sistemima zasnovanim na kontinentalnoevropskom modelu, poput većine Evrope, Latinske Amerike i djelova Dalekog istoka, imaju ustavne sudove koji su odvojeni od redovnih sudova. U zemljama običajnog prava, koje uključuju većinu engleskog govornog područja (Irska, Ujedinjeno Kraljevstvo, Sjedinjene Države), kao i Kipar²⁸ i Izrael, o ustavnim pitanjima (ili, u slučaju Izraela, kvaziustavna pitanja²⁹) obično - ali ne isključivo - odlučuju redovni sudovi u kontekstu konkretnih slučajeva. Opseg ispitivanja takođe uključuje sljedeće skandinavske (i nordijske) zemlje: Dansku, Finsku, Norvešku i Švedsku, gde sudije vrhovnog suda imaju - u određenoj mjeri - slične funkcije kao i sudije ustavnih sudova.³⁰ Isto se odnosi i na Grčku.³¹

Države običajnog prava, koje slijede britansku praksu odlučivanja o *seriatim* mišljenjima, nude sudijama najviši nivo transparentnosti i slobode izražavanja. Odluke donosi većina, a odgovornost za sastavljanje većinske presude dodjeljuje se sudiji u većini. Otkriće se njegovo ili njeno ime kao i imena sudija koji su saglasni. Saglasna ili suprotna mišljenja/presude podnosi svaki sudija, pojedinačno ili kolektivno, ako presuda nije donijeta jednoglasno. Izdvojena mišljenja/presude se praktično automatski otkrivaju u ovom sistemu, koji koriste, na primjer, Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva, Vrhovni sud SAD-a, Vrhovni (Ustavni) sud Kipra³² i

-
- 27 Laffrankue, Izdvojeno mišljenje na Evropskom sudu pravde - Mogući doprinos Estonije demokratizaciji pravosudnog sistema Evropske unije, *Juridica International*, IKS 2003, str. 14.
- 28 Vrhovni sud je nadležan za ispitivanje ustavnosti bilo kog zakona ili bilo kog sukoba moći ili nadležnosti koji nastane između bilo kojih organa ili vlasti Republike. Pored toga, Vrhovni sud saslušava i određuje bilo kakav pravni lijek predsjednika Republike u vezi sa kompatibilnošću sa ustavom bilo kog zakona koji je donio Predstavnički dom, vidjeti http://www.supremecourt.gov/cy/judicial/sc.nsf/DMLSCourt_en/DMLSCourt_en?OpenDocument.
- 29 Izrael nema pisani ustav, već takozvane osnovne zakone, a Vrhovni sud je smatrao da se drugi zakoni mogu poništiti ako su u suprotnosti sa tim zakonima; vidjeti *United Bank Mizrahi protiv Migdal Cooperative Village* [1995] IsrSC 49 (4) 221, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-Cooperative-Village>.
- 30 Vidjeti Bardsen, Nordijski vrhovni sudovi kao ustavni sudovi; glavne odlike gledano iz norveške perspektive. Zajednički seminar između Ustavnog suda Austrije i Vrhovnog suda Norveške (Beč, oktobar 2015.), 1, u kojem se navodi da nordijske zemlje nemaju određene ustavne sudove, međutim, sudovi imaju svojstva koja označavaju da ih u određenim aspektima treba razmotriti kao ustavne sudove ili kao vrhovne sudove sa funkcijama sličnim ustavnim sudovima. Za Finsku i Švedsku vidjeti CDL (2000) 89, Odgovori na upitnik o izvršenju odluka o ustavnoj ocjeni, str. 51, 155; za Dansku vidjeti CDL-JU (2006) 034, Vrhovni sud Danske, str. 4, i Evropski parlament, Studija o izdvojenim mišljenjima na vrhovnim sudovima država članica, str. 21 fn. 70.
- 31 Evropski parlament, Studija o izdvojenim mišljenjima u vrhovnim sudovima država članica, str. 23.
- 32 Za primjenu tradicionalnog sistema običajnog prava vidjeti Nicolatos/Parparinos/Hadjiprodromou, *Administrativno pravo u Evropi*, Vrhovni sud Kipra (2018), 2; na http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/cyprus/cyprus_en.pdf, str. 27.

Vrhovni sud Izraela³³. Irski pravni sistem služi kao rijedak izuzetak, jer - iako se pravni sistem zasniva na običajnom pravu - Ustav izričito zabranjuje objavljivanje izdvojenih mišljenja u većini ustavnih pitanja. Dok obične sudije i Vrhovni sud Irske u vršenju svoje redovne nadležnosti mogu davati izdvojena mišljenja,³⁴ ustavni slučajevi slijede restriktivni postupak. Prema članovima 26. i 34. Ustava, Vrhovni sud, kada odlučuje o ustavnosti bilo kog zakona na zahtjev predsjednika, ili po žalbi nižeg suda, donosi jedinstveno mišljenje. Nijedno drugo mišljenje, „bilo da je saglasno ili izdvojeno, neće biti izrečeno, niti će postojanje bilo kog drugog mišljenja biti objelodanjeno“.³⁵

Od preostalih 56 zemalja (61 država članica Venecijanske komisije bez Kipra, Irske, Izraela, Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Država), 12 nema odredbu o izdvojenim mišljenjima ili izričito zabranjuje izdvojena mišljenja, kada je u pitanju ustavna nadležnost (Alžir, Andora, Austrija, Belgija, Francuska, Italija, Lihtenštajn, Luksemburg, Malta, San Marino, Švajcarska, Tunis). Velika većina država članica Venecijanske komisije dozvoljava izdvojena mišljenja u ustavnoj nadležnosti. Druga mogućnost da se otkrije da odluka nije usvojena jednoglasno jeste prosto otkrivanje raspodjele glasova u odluci.³⁶ Ovo će biti detaljnije razmotreno u nastavku.

2. Evropske države u kojima nije dozvoljeno izdvojeno mišljenje

Belgijski pravosudni sistem inspirisan je principom tajnosti rasprava, koji se tumači kao zabrana objavljivanja pojedinačnih mišljenja. Kasacioni sud je prepoznao da je tajnost razmatranja princip belgijskog zakona i nedavno je potvrdio da su sudije dužne da ga sačuvaju. Štaviše, sud je smatrao da je svako kršenje takve tajne, uključujući objavljivanje pojedinačnih stavova sudija o odluci koju treba donijeti, kažnjivo u skladu sa čl. 458. krivičnog zakona.

Iako zakletva koju belgijske sudije polažu ne pominje izričito tajnost razmatranja³⁷, sudovi, uključujući i Ustavni sud, striktno slijede princip: izdvojena mišljenja se nikada ne objavljuju³⁸.

33 Vidjeti npr. *United Bank Mizrahi protiv Migdal Cooperative Village* [1995] IsrSC 49 (4) 221, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>.

34 U nekim slučajevima mogu čak slijediti praksu *seriatim* mišljenja: vidjeti McGinley, Potraga za jedinstvom: Uticaj postupaka traženja konsenzusa na apelacionim sudovima, u *Adelaide reviziji zakona*, br. 11/1987, 203-214; Laffrankue (2003), op. cit., na 165.

35 Član 26 (2) (2^o) Ustava.

36 Vidjeti, na primjer, stav 30 (2) Zakona o Saveznom ustavnom sudu Njemačke.

37 Vidjeti B. Nelissen, Lojalnost sudstva kroz nezadovoljstvo ili zašto je trenutak savršen za Belgiju da prihvati izdvojena mišljenja, u *Elektronskom časopisu o uporednom pravu*, 2011; Čl. 2, Decret du 20 juillet 1831.

38 Ustavni sud se u početku zvao „Arbitražni sud“ i bio je nadležan samo za suđenje u slučaju sukoba između različitih državnih vlasti; prema nekim autorima, ovo je objasnilo odluku o

Budući da ne postoji holandski ustavni sud³⁹, jedina relevantna praksa u pogledu izdvojenih mišljenja je praksa redovnih sudova. Holandski sudovi tradicionalno slijede princip tajnosti razmatranja, koji je takođe odobren zakonodavstvom i tumači se kao zabrana objavljivanja pojedinačnih mišljenja.⁴⁰ Međutim, o principu se raspravljalo više puta. Iako se čini da reforma nije na putu, pridržavanje tajnosti nije nekontroverzno.⁴¹

Austrija se strogo pridržava tajnosti razmatranja, kako na običnom, tako i na ustavnom nivou. Prema zakonu o Ustavnom sudu, njegova razmatranja i glasanja nijesu javna. Slična zabrana je takođe utvrđena u zakonu o upravnom sudu, a i ostali sudovi slijede isti princip. Iako je sudijama neistomišljnicima dozvoljeno da imaju svoje stavove i zbog toga se njihovi razlozi evidentiraju, oni se drže u tajnosti: samo viši sudovi (u slučaju redovnih sudova) i kolege imaju pristup privatnim registrima.⁴²

Ova tradicija tajnosti, međutim, nije ostala bez osporavanja. Od šezdesetih godina prošlog vijeka, naučnici su to više puta dovodili u pitanje i čini se da mnogi autori podržavaju reformu, dok je Ustavni sud u cjelini protiv takve promjene.⁴³

zabrani izdvojenih mišljenja, s obzirom na to da je glavna funkcija Suda bila da pacifikuje različite institucije. Međutim, nadležnosti Suda su vremenom proširivane (i njegovo ime je u skladu sa tim izmijenjeno u *Cour Constitutionnelle*) bez ikakvih promjena vezanih za tajnost njegovih rasprava. Vidjeti M.-F. Rigauk, *La Cour constitutionnelle et les opinion separees*, 17. februara 2012., dostupno na <http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>.

- 39 Zapravo, holandski pravni sistem ne predviđa bilo koji oblik ocjene ustavnosti - upravo suprotno, Član 120 Ustava izričito zabranjuje sudsku kontrolu kompatibilnosti zakona donijetih u Parlamentu sa Ustavom: vidjeti P. van Dijk, *Ocjena ustavnosti u Holandiji*, u *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2009; G. van der Schiff, *Ocjena ustavnosti sudstva u Holandiji: Most koji je predaleko?*, u *Njemačkom pravnom časopisu*, br. 11/2010, 275-290.
- 40 Vidjeti Čl. 7 (3), *Wet op de rechterlijke organisatie* (18. aprila 1827. i naknadni amandmani); N. F. van Manen, *Tajna suda u Holandiji*, u *Pregled prava Univerziteta u Sijetlu*, br. 24/2000, 568-576; M. Malsch, *Demokratija u sudovima: Laičko učešće u evropskim sistemima krivičnog pravosuđa*, Ashgate 2009, str. 88.
- 41 Holandsko udruženje pravnika je 1973. godine raspravljalo o poželjnosti objavljivanja izdvojenih mišljenja, pri čemu ga je podržala velika većina učesnika (vidi van Manen, cit. Delo, str. 570). Za noviju diskusiju, pogledajte MA Loth, *Popravka kasacionog pokretača: Oblik i funkcija presude Hoge Raad i njenog Parket* (prim. prev. grana administracije zakona koja se bavi krivičnim gonjenjem krivičnih djela), na <http://www.pembaruanperadilan.net/v2/content/2012/04/Marc-Louth-Repairing-The-Engine-of-Cassation.doc>.
- 42 T. Antić, op. cit., str. 846.
- 43 Vidjeti Maier, op. cit., na 30; *contra*, B. Bierlein, Rad predstavljen na Svjetskoj konferenciji o ustavnoj pravdi 2011. godine, dostupan na http://www.venice.coe.int/VCCJ/Rio/Papers/AUT_Bierlein_E.pdf, str. 10; 1998. godine održana je parlamentarna istraga o izdvojenim mišljenjima, što je dovelo do objavljivanja niza radova koji se bave ovim pitanjem u *Journal fur Rechtspolitik*, n. 7/1999.

Francuski pravosudni sistem pridržava se principa tajnosti vijećanja, koje je eksplicitno protumačeno kao zabrana objavljivanja neslaganja.⁴⁴ Francuski Conseil d'État prepoznao je da je princip tajnosti opšte načelo francuskog javnog prava, zabranjujući čak i predstavljanje a odluku kao „jednoglasnu“, jer bi to rezultiralo otkrivanjem pojedinačnog glasanja svakog od sudija koji učestvuju u vijeću.⁴⁵

Italija slijedi princip tajnosti vijećanja i pojedinačnih mišljenja kako na redovnom sudstvu, tako i na ustavnom nivou, jer nijedan sudija ne smije objaviti izdvojeno mišljenje. Načelo tajnosti je zakonom izričito priznato, kako u građanskom tako i u međunarodnim krivičnim suđenjima i njegova važnost je takva da onaj sudija koji ga ne poštuje odgovara za krivično djelo.⁴⁶ Međutim, od 1988. godine (kada je donesen novi zakon o građanskoj odgovornosti sudija), neslaganje i osnovi prema tome, mogu se evidentirati na zahtjev neistomišljenika, ali se čuvaju u zapečaćenom obliku omotnice.⁴⁷ Isti principi važe i pred Kasacionim sudom i pred Ustavnim sudom.

Isti je slučaj i sa Luksemburgom i Maltom. U Luksemburgu i Malti ni u redovnom ni ustavnom sudstvu nije dozvoljeno izdvojeno mišljenje.⁴⁸

3. Evropske države u kojima je dozvoljeno izdvojeno mišljenje

Njemačka je jedan od najpoznatijih primjera zemlje koja slijedi građanskopravnu tradiciju, ali omogućava ustavnim sudijama da daju izdvojena mišljenja. Iako su sudije koje sjede u redovnim sudovima dužne da poštuju tajnost razmatranja i glasanja, ustavne sudije predstavljaju izuzetak od ovog pravila.

Istorijski gledano, Njemačka se nije uvijek pridržavala principa tajnosti, međutim, od XIX vijeka ovo je postalo opšte pravilo. Kada je stvoren Ustavni sud, nijesu bila

44 W. Mastor, op. cit., at 171 (citing an 1827 decision annulling a judgment to which a dissent had been joined). The principle was first recognized in the XIV century and was shortly abandoned between 1793 and 1795.

45 See Conseil d'Etat, 17 nov. 1922, Lebon 1922 849, cited in J.-P. Ancel, *Les opinions dissidentes*, available at http://www.courdecassation.fr/IMG/File/opinions_dissidentes_jp_ancel.pdf; Conseil d'Etat, 15 October 1965, in Mazel, *Droit administratif*, 1965, n. 377, cited in Lécuyer, op. cit., at 199.

46 See Art. 276, Code of Civil Procedure; Art. 125(4), Code of Criminal Procedure. Art. 685 of the Criminal Code criminalizes the publication of the names and votes of judges sitting in criminal cases.

47 See Art. 125(5), Code of Criminal Procedure, and Art. 131(2), Code of Civil Procedure, as amended by Law 117/1988 and subsequently by the Constitutional Court, Judgment n. 18/1989.

48 European Parliament, *Dissenting Opinion in the Supreme Courts of the Member States*, 2012, 19.

predviđena izdvojena mišljenja: odbijen je nacrt predloga kojim bi se sudijama u manjini dalo pravo da objavljuju svoje suprotno mišljenje. Izdvojena mišljenja pojavila su se kroz praksu. U nekim slučajevima, Sud je objavio rezultate glasanja, kršeći privid jednoglasnosti, čuvajući u tajnosti identitet i razloge sudija u manjini. Godine 1966. prvi put je donijeta odluka u odnosu 4 naprema 4 glasa: sud je stoga odlučio da u presudu uvrsti stavove obje grupe sudija. Isto se ponovilo 1969. godine, što je na kraju dovelo do promjene zakona.⁴⁹

U svom trenutnom tekstu, izmijenjenom i dopunjenom 1970. godine, zakon o Ustavnom sudu izričito daje sudijama u manjini pravo da objave svoje izdvojeno mišljenje (*Sondervotum*).⁵⁰ Iako se ovo pravo u početku koristilo u velikoj mjeri (u prvoj godini nakon izmjena i dopuna izdato je 17 izdvojenih mišljenja od ukupno 72 presude), entuzijazam za njegovo korišćenje se naknadno smanjio. Danas se izdvojeno mišljenje priloži za približno 6% svih odluka, obično onih o najkontroverznijim slučajevima (koji uključuju osjetljiva politička pitanja, poput abortusa ili azila, ili složena pravna pitanja).⁵¹

Ako je institucija izdvojenih mišljenja u početku bila prilično kontroverzna, ona je sada dobro prihvaćena i njena svrsishodnost se više ne dovodi u pitanje: kritike uglavnom ciljaju stil i način na koji se izrađuju izdvojena mišljenja, a ne samu instituciju. Njemački advokati saglasni su da su sudije dužne da budu lojalne sudu i vijeću čiji su dio, te da se izrazito polemična mišljenja trebaju izbjegavati. U isto vrijeme, čini se da je BVerfG pronašao pohvalan kompromis između tajnosti i široke upotrebe izdvojenih mišljenja držeći se svoje tradicije kolegijalnosti u procesu donošenja odluka. Sudije ulažu napore da postignu zajedničko rješenje i usvoje jednoglasnu odluku, međutim, kada takvi naponi ne uspiju, neslaganja ne treba sakriti, već se mogu javno objaviti, omogućavajući koherentnije obrazloženje u presudi većine i osiguravajući transparentnost. Štaviše, u nekoliko slučajeva neistomišljenici su se pokazali korisnim kao osnova na kojoj bi se mogle graditi naknadne promjene u tumačenju Ustava.

U Španiji, tradicionalnoj zemlji građanskog prava, sve sudije imaju pravo da objavljuju izdvojena mišljenja. Istorijski gledano, Španija nije slijedila tradiciju tajnosti u istoj mjeri kao i Francuska, iako je većina presuda donijeta bez ikakve mogućnosti objavljivanja izdvojenih mišljenja. S jedne strane, sudije neistomišljenici mogli bi svoj glas zabilježiti u zasebnom registru, na koji se predsjednik tribunala zakleo da će čuvati tajnu. Praksa takozvanog *voto reservado* zadržana je do nedavno u Zakoniku o parničnom postupku i Zakoniku o krivičnom postupku. Glasovi i razlozi su se stoga

49 Vidjeti Mastor, op. cit., na 122; Valters, op. cit.

50 Vidjeti § 30 (2) (tekst na njemačkom jeziku).

51 Walters, op. cit.; Rorig, op. cit., na 2-4. Takođe vidjeti Prilog 1.

mogli otkriti sudijama koji čine dio Vrhovnog suda samo u slučaju žalbe. S druge strane, bilo je i nekih (izolovanih) slučajeva u kojima su objavljena izdvojena mišljenja.⁵²

Ustav iz 1978. godine izričito predviđa objavljivanje izdvojenih mišljenja zajedno sa presudom Tribunal Constitucional (čl. 164): stoga je pravo ustavnih sudija da objave svoje protivne stavove uključeno u Ustav. Ovo pravilo, koje nije bilo uključeno u prvobitni nacrt Ustava, usvojeno je jednoglasno, jer se smatralo garancijom transparentnosti i ograničenjem ovlašćenja većine.⁵³ Organski zakon o Ustavnom sudu dalje precizira da izdvojena mišljenja uključuju i izdvojena i saglasna mišljenja.⁵⁴

Naknadno, mogućnost usvajanja izdvojenih mišljenja proširena je i na redovne sudove. Od 1985. godine čl. 260 *Ley Organica del Poder Judicial* (Organski zakon o pravosuđu) omogućava redovnim sudijama da objavljuju svoja izdvojena mišljenja.⁵⁵ Ova reforma pokrenuta je praksom ustavnih sudija, kao i davno uspostavljenom tradicijom javnih neslaganja.

Upotreba izdvojenih mišljenja španskih ustavnih sudija neprestano raste, dostigavši nivo od oko 3% od ukupnog broja presuda u periodu od 1992. do 1993. godine i oko 4% svih presuda donijetih između 1980. i 2008. godine.⁵⁶ Iako neke sudije teže da iskoriste mogućnost izrade izdvojenog mišljenja češće od drugih, predsjednici imaju tendenciju da ne objavljuju pojedinačna mišljenja tokom svog mandata, čak i kada su to ranije činili. Izdvojena mišljenja su obično priložena uz presude koje odlučuju o vrlo osjetljivim pitanjima. Prema učenjacima, upotreba izdvojenih mišljenja nije uticala na kredibilitet ili autoritet Ustavnog suda, iako je ponekad navodila medije da „politizuju“ neko pitanje.⁵⁷ Štaviše, u nekim slučajevima izdvojena mišljenja su naknadno postala većinsko mišljenje, vodeći ka razvoju u tumačenju zakona.

52 Mastor, op. cit., 114-117. Takođe T. Freikes, *La pratique des opinion disidentes en Espagne*, u *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2000, dostupno na <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-vievs-disidentes-enespagne.52543.html> (pozivajući se na statut Ustavnog suda Druge španske republike).

53 Mastor, op. cit., na 118.

54 Vidjeti Lei Organica 2/1979 del Tribunal Constitucional, čl. 90, izmenjen i dopunjen Lei Organica 6/2007.

55 Vidjeti čl. 260, Lei Organica 6/1985 del Poder Judicial; suprotno praksi u mnogim državama (npr. SAD), sve sudije moraju potpisati konačnu odluku, čak i ako nijesu saglasni. Štaviše, prema čl. 206, ako sudija izvjestilac nije saglasan sa većinom, mora odbiti sastavljanje presude i napisati obrazloženo neslaganje.

56 Vidjeti Freikes, op. cit. Brojevi su, međutim, mnogo veći ako se uzmu u obzir samo odluke donijete u obliku presude (*sentencia*), koje se kreću između 16 i 20% od 2004. godine. Za više podataka vidjeti Prilog 2 i C. Guerrero Pico, *L'opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional spagnolo* (1994-2009), na https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf.

57 Vidjeti Freikes, op. cit.

Letonija slijedi sistem centralizovane sudske revizije, sa posebnim Ustavnim sudom. Iako obične sudije ne smiju objavljivati svoje neslaganje kada kolegijalno odlučuju, ustavne sudije imaju ovu mogućnost. Prema Zakonu o Ustavnom sudu, presude se donose većinom, a razmatranja se odvijaju *in camera* (bez prisustva javnosti). Međutim, svaki sudija koji je glasao protiv mišljenja izraženog u presudi „pismeno će izraziti svoje izdvojeno mišljenje koje će biti priloženo slučaju, ali neće biti objavljeno na sjednici suda“ (Odjeljak 30). U skladu sa Poslovníkom Suda, izdvojena mišljenja moraju biti napisana, potpisana i predstavljena predsjedavajućem sudske sjednice u roku od dvije nedjelje (najkasnije) od objavljivanja presude (pravilo 221). Iako se presude uručuju strankama u slučaju i objavljuju u Službenom listu u roku od pet dana od usvajanja, izdvojena mišljenja prvo se distribuiraju svim sudijama koje su sjedile u odlučujućem vijeću (pravilo 222) i objavljuju se samo naknadno i sva zajedno.⁵⁸

U Ujedinjenom Kraljevstvu se odluke sudija tradicionalno izdaju *seriatim*: sudije dostavljaju svoje pojedinačno mišljenje odvojeno, a odluke se donose većinom. Kaže se da ova praksa zavisi od činjenice da je Dom lordova tradicionalno saslušavao žalbe nižih sudova, koji, kao i svi ostali članovi parlamentarnih odbora, imaju pravo da slobodno izraze svoje mišljenje.⁵⁹ Štaviše, proces donošenja odluka u Domu lordova nije favorizovao kolektivne odluke, jer nije postojao poseban kolegijalni postupak. Istorijski gledano, postojala su dva izuzetka od pravila koja dozvoljavaju izdvojeno mišljenje: u Sudskom odboru Privinskog savjeta (gdje neslaganja prvobitno nijesu bila dozvoljena, dok se od 1966. godine može objaviti samo jedno manjinsko mišljenje) i u određenim krivičnim procesima (gdje su izdvojena mišljenja, po opštem pravilu, zabranjena).⁶⁰

Sudski sistem Ujedinjenog Kraljevstva nedavno je pretrpio neke velike promjene. Zakonom o ljudskim pravima iz 1998. godine, Ujedinjeno Kraljevstvo je uvelo oblik „slabe“, difuzne ustavne ocjene zasnovane na ECHR (EKLJP) (a ne na nacionalnom ustavu). Pored toga, 2009. godine, Apelacioni odbor Doma lordova zamijenjen je formalno nezavisnim Vrhovnim sudom. On takođe ima posljednju reč (na nacionalnom nivou) u vezi sa kompatibilnošću postojećeg zakonodavstva sa ECHR (EKLJP) i sudskom praksom ECHR (EKLJP). Vrhovni sud slijedi tradiciju *seriatim* odluka, čak i kada odlučuje o slučajevima zasnovanim na Zakonu o ljudskim pravima (za koje bi

58 Vidjeti Zakon o Ustavnom sudu, usvojen 9. juna 1996. godine, dostupan na <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&mid=9>, i Poslovník o radu dostupan na <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&mid=10>. Takođe vidjeti Kelemen (2011), op. cit., na 126.

59 Vidjeti Kirby, op. cit.; Lee, op. cit.

60 Vidjeti T. Ingman, Engleski pravni proces, OUP 2011, str. 98; Joha, op. cit., str. 234-236; Lee, op. cit., na 311.

se moglo reći da su slučajevi ocjene ustavnosti⁶¹). Ipak, čini se da postoje neki dokazi o novom trendu ka donošenju pojedinačnih presuda ili pojedinačnih presuda većine. Međutim, iako je prikladnost prakse izdavanja *seriatim* mišljenja nedavno osporena, pravo sudija da daju izdvojena ili saglasna mišljenja je van rasprave.⁶²

U Ruskoj Federaciji, član 70 Zakona o Ustavnom sudu⁶³ predviđa usvajanje zaključnih odluka o slučaju koji se razmatra na zatvorenoj konferenciji. Sudije i druge osobe prisutne na zatvorenoj konferenciji neće imati pravo da otkriju sadržaj rasprave ili rezultate glasanja. Na osnovu člana 72, odluke se donose javnim glasanjem, većinom glasova. Nije dozvoljeno da se sudije uzdrže od glasanja. Odbrom člana 76 Propisano je da sudija Ustavnog suda, koji se ne slaže sa odlukom, može pismeno izraziti svoje mišljenje. Sudija je dužan da mišljenje priloži uz materijale koje se objavljuje i uz odluku suda. Sudija koji je glasao za usvojenu odluku ili meritorn odluke, ali koji je bio u manjini kada je glasao o bilo kojem drugom pitanju ili o motivima koji stoje iza odluke, može pismeno izraziti svoje mišljenje o svom neslaganju sa većinom glasova sudija. Ovo pismeno neslaganje takođe će biti priloženo uz materijale slučaja i objavljeno u Biltenu Suda.

Ostale države u kojima se primjenjuje izdvojeno mišljenje su: Albanija, Armenija, Azerbejdžan, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Hrvatska, Kipar, Češka Republika, Danska, Estonija, Finska, Grčka, Mađarska, Island, Kosovo, Latvija, Moldavija, Monako, Norveška, Poljska, Portugalija, Rumunija, Ruska Federacija, Srbija, Slovačka Republika, Švedska, Sjeverna Makedonija, Turska, Ukrajina.⁶⁴

61 Pogledajte npr. Lord A. Lester, *Uticao Zakona o ljudskim pravima na javno pravo*, u Beatson et al. (Ur.), *Ustavna reforma u Ujedinjenom Kraljevstvu: praksa i principi*, Hart Pub. 1998, 105-107; S. Gardbaum, *Novi model konstitucionalizma Komonvelta*, u Američkom časopisu za uporedno pravo, br. 49/2001, 707-760.

62 Za analizu prakse *seriatim* mišljenja, vidjeti B. Hale, *Presuda Vrhovnog suda*, 2010, na http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_100930.pdf. Stopa jednoglasnih presuda u Domu Lordova između 1970. i 2009. godine iznosila je 81,2%, a na Vrhovnom sudu Velike Britanije 82%: C. Hanretti, *Izdvojena mišljenja u UKSC*, dostupna na <http://uksblog.com/dissenting-opinions-in-the-uksc>.

63 Federal Constitutional Law No. 1-FKZ on the Constitutional Court (21/7/1994, amendments 8/2/2001).

64 Venice Commission, Council of Europe, *Report on separate opinions of Constitutional Court*, Strasbourg, 2018, Opinion No. 932/2018.

III. IZDVOJENO MIŠLJENJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

1. Istorijat izdvojenog mišljenja

Ustav SFRJ iz 1963. godine u Glavi XIII, (čl. 241-251) i Ustav SRCG iz 1963. godine, u Glavi XI, čl. 218-224 ne sadrže odredbe o izdvojenom mišljenju. Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore iz 1963. godine⁶⁵ u članu 64 je propisano da Ustavni sud odlučuje većinom glasova svih članova Suda i da član Ustavnog suda ima pravo da traži da se njegovo odvojeno mišljenje unese u zapisnik ili priloži zapisniku. Poslovnik Ustavnog suda Crne Gore iz 1963. godine⁶⁶ ne sadrži odredbe o načinu glasanja u Ustavnom sudu.

Ustav Republike Crne Gore iz 1974. godine, u glavi VI, čl. 409-429 propisuje nadležnost Ustavnog suda i u članu 424 st. 2 propisuje da član Ustavnog suda koji izdvoji mišljenje ima pravo i dužnost da ga pismeno izloži i obrazloži.

Ustav Crne Gore iz 1992. godine, odredbama člana 116 propisano je da Ustavni sud odlučuje većinom glasova sudija i da se odluka Ustavnog suda objavljuje zajedno sa mišljenjem sudija koji nijesu glasali za odluku.

Ustavom Crne Gore iz 2007. godine⁶⁷ u članu 151 st. 1 propisano je da Ustavni sud odlučuje većinom glasova svih sudija. Zakon o Ustavnom sudu iz 2008. godine,⁶⁸ odredbama člana 70 propisano je da sudija koji je glasao protiv usvojene odluke odnosno rješenja, čijoj se izreci odnosno obrazloženju protivi, ima pravo na izdvojeno mišljenje, koje je sudija dužan da usmeno najavi na nejavnom dijelu redovne sjednice, nakon donošenja odluke, odnosno rješenja. Sudija koji je izdvojio mišljenje može da zahtijeva da se to mišljenje objavi zajedno sa odlukom odnosno rješenjem koje se objavljuje i da je sudija dužan da, u roku od sedam dana od dana donošenja odluke odnosno rješenja, sačini pisano obrazloženje izdvojenog mišljenja i priloži ga spisima ustavno-sudskog predmeta i da nakon dostavljanja obrazloženog izdvojenog mišljenja odluka odnosno rješenje se otpremaju na objavljivanje. Ako izdvojeno mišljenje nije priloženo spisima ustavno-sudskog predmeta, odluka odnosno rješenje će se dostaviti na objavljivanje. Izdvojeno mišljenje dostavljeno nakon isteka propisanog roka od sedam dana prilaže se spisima ustavno-sudskog predmeta. Izdvojeno mišljenje sudije

65 „Službeni list SRCG“, br. 43/63.

66 „Službeni list SRCG“, br. 44.

67 „Službeni list Crne Gore“, br. 1/2007.

68 „Službeni list Crne Gore“, br. 64/08.

odnosno sudija se objavljuje u biltenu u kojem je objavljena odluka odnosno rješenje povodom kojeg je mišljenje izdvojeno, kao i na web stranici Ustavnog suda.

Amandmanom XV na Ustav Crne Gore⁶⁹ kojim je dopunjen član 151 Ustava Crne Gore propisano je da Ustavni sud o ustavnoj žalbi odlučuje u vijeću sastavljenom od troje sudija. Vijeće može odlučivati samo jednoglasno i u punom sazivu. Ako se u vijeću ne postigne saglasnost, o ustavnoj žalbi odlučuje Ustavni sud saglasno čl. 151 st. 1 Ustava.

Zakonom o Ustavnom sudu Republike Crne Gore,⁷⁰ odredbama člana 40, propisano je da svaki sudija može izdvojiti mišljenje u kojem navodi razloge zbog kojih se u potpunosti ili djelimično slaže sa donijetom odlukom, ali smatra da postoje i dodatni razlozi koje je u odluci trebalo navesti, odnosno razloge zbog kojih je u potpunosti ili djelimično protiv donijete odluke, koje se zajedno sa odlukom na koju se odnosi, obavezno objavljuje na internet stranici Ustavnog suda, a da sudija koji je izdvojio mišljenje ima pravo da zahtijeva da se to mišljenje objavi u „Službenom listu Crne Gore“, zajedno sa odlukom na koju se odnosi.

2. Izdvojena mišljenja u Ustavnom sudu

2.1. Prvo izdvojeno mišljenje u Ustavnom sudu Crne Gore⁷¹ je napisano na Odluku Ustavnog suda Republike Crne Gore U. br. 53/06 od 11. jula 2006. godine,⁷² kojom je utvrdio da odredbe čl. 23 i 24 Zakona o manjinskim pravima i slobodama („Službeni list RCG“, br. 31/06) nijesu u saglasnosti sa Ustavom Republike Crne Gore. Svoju odluku Ustavni sud je temeljio na tome da osporenim zakonskim odredbama „nije uređen način ostvarivanja prava i sloboda..., već je istim propisano pravo pripadnika manjina,... čiji osnov nije sadržan u Ustavu Republike Crne Gore“, te da takvo „propisivanje u suštini predstavlja oblik revizije Ustava...“ Pored toga, osporene odredbe, po mišljenju Suda, suprotne su ustavnim odredbama kojima se propisuju da se biračko pravo ostvaruje na izborima i da je ono opšte i jednako (čl. 32 st. 2 i 4 Ustava), kao i to da nemaju uporište u članu 73 Ustava.

U razlozima izdvojenog mišljenja, između ostalog, stoji da propisivanje kojim se obezbeđuje dodatni broj mandata poslanika za pripadnike manjina u lokalnom i republičkom parlamentu, preko predstavnika izabranih sa manjinske izborne liste nije narušen, „nasuprot izraženom stavu Suda, ni jedan ustavni princip... A određivanje

69 „Službeni list CG“, br. 38/2013.

70 „Službeni list CG“, br. 11/2015.

71 Hamdija Šarkinović, „Pola vijeka ustavnog sudstva u Crnoj Gori“, Pravni život, 12/2013.

72 Izdvojeno mišljenje sudije Veselina Rackovića, od 11. jula 2006. godine.

broja poslanika koji bi dobili mandate pod posebno postavljenim uslovima, takođe nije suprotno Ustavu a i međunarodnim standardima s obzirom na to da se radi o specifičnoj grupi koja ima posebnu zaštitu i pitanje je politike svake države u kojoj mjeri će se ona ostvarivati“.

Ovo izdvojeno mišljenje je uticalo na to da se kozmetičkim izmjenama označenog Zakona, sa istim sadržajem uspostavi zastupljenost nacionalnih manjinskih zajednica u Parlamentu Crne Gore, na narednim izborima, koji su još na snazi.

Broj izdvojenih mišljenja u Ustavnom sudu je povećan u 2017, 2018. i 2019. godini. Tako je 2017. godine izdvojeno 20 izdvojenih mišljenja, od kojih su dva zajedničko izdvojeno mišljenje sudija Miodraga Iličkovića i Milorada Gogića i 18 izdvojenih mišljenja sudije Hamdije Šarkinovića. Ukupno tri izdvojena mišljenja su objavljena u „Službenom listu Crne Gore“. U 2018. godini je bilo 16 izdvojenih mišljenja, od kojih sudija Šarkinović devet, sudija Budimir Šćepanović i sudija Gogić po jedno i zajedničko sudije Miodraga Iličkovića i Milorada Gogića četiri. U 2009. godini sudija Hamdija Šarkinović je podnio pet izdvojenih mišljenja, dok je jedno podnio sudija Milorad Gogić.

2.2. U predmetu U-I br. 23/14 od 10. februara 2016. godine Ustavni sud donio je odluku o ukidanju odredbe člana 43. stav 6. Zakona o izboru odbornika i poslanika („Službeni list Republike Crne Gore“, br. 4/98., 17/98., 14/00., 9/01., 41/02., 46/02., 48/06. i „Službeni list Crne Gore“, br. 46/11. i 14/14.) i člana 5. stav 1. Zakona o izboru Predsjednika Crne Gore („Službeni list Crne Gore“, br 17/07.). U izdvojenom mišljenju, pored ostalog, stoji: „smatrajući je, isključivo sa ustavnopravnog stanovišta, potpuno pogrešnom, više političkom nego pravnom formom rješavanja jednog izuzetno važnog ustavnog spora, jer se zasniva na krajnje problematičnom pravnom stanovištu, pa se većinsko mišljenje može označiti kao pogrešno i ustavnosudski neprihvatljivo, sa sljedećih razloga:

1) Na osnovu izloženog proizilazi da obrada ličnih podataka koja podrazumijeva dobrovoljnu saglasnost lica datu u pismenoj formi, usmeno na zapisnik ili iskazanom konkludentnom radnjom, kojom lice nakon što je informisano o namjeri obrade, izražava pristanak da se njegovi podaci obrađuju za određenu namjenu i da data saglasnost može biti povučena u svakom trenutku, ne predstavlja povredu odredaba člana 43 st. 1 i 2 Ustava i čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer zakonita obrada ličnih podataka podrazumijeva dobrovoljnu saglasnost lica datu u pismenoj ili usmenoj formi, pa samim tim odredbe člana 43 stav 6 Zakona o izboru odbornika i poslanika i člana 5 stav 1 Zakona o izboru Predsjednika Crne Gore nijesu nesaglasne s navedenim odredbama Ustava i Evropske konvencije.

2) Na osnovu izloženog proizilazi da odredbama člana 43 stav 6 Zakona o izboru odbornika i poslanika i člana 5 stav 1 Zakona o izboru Predsjednika Crne Gore, kojim

je propisano davanje potpisa birača za podršku izbornoj listi pred članovima opštinske izborne komisije, odnosno da se potpis birača za podršku kandidatu za predsjednika Crne Gore daje u opštinskoj izbornoj komisiji pred dva člana komisije, na propisanom obrascu nijesu povrijeđene odredbe člana 45 st. 3 i 4 Ustava, kojim je propisano da je biračko pravo opšte i jednako, izbori slobodni i neposredni, a glasanje tajno, i člana 3 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim je propisano pravo na slobodne izbore. Naime, u konkretnoj situaciji radi se o pravu na kandidovanje, koje je jasno odvojeno od faze glasanja kao centralne izborne aktivnosti, jer je smisao faze kandidovanja davanje podrške jednoj listi/kandidatu u cilju njihove izborne participacije, pri čemu podnošenje potpisa treba da im omogući da se nađu na glasačkom listiću i realizuju svoje pasivno pravo kandidovanja. Svaki birač, uključujući i onog koji je potpisom podržao neku listu/kandidata ima apsolutnu slobodu da bira za koga će glasati na dan kada se održavaju izbori.

3) Na osnovu izloženog proizilazi da odredbama člana 43 stav 6 Zakona o izboru odbornika i poslanika i člana 5 stav 1 Zakona o izboru Predsjednika Crne Gore, kojim je propisano davanje potpisa birača za podršku izbornoj listi pred članovima opštinske izborne komisije, odnosno da se potpis birača za podršku kandidatu za predsjednika Crne Gore daje u opštinskoj izbornoj komisiji pred dva člana komisije, na propisanom obrascu nijesu povrijeđene odredbe člana 47 Ustava, kojim je zajemčeno pravo na zaštitu podataka o ličnosti, čija je upotreba zabranjena van namjene za koju su prikupljeni, i čl. 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim je propisano pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Naprotiv, navedenim odredbama garantuje se sloboda mišljenja i izražavanja iz razloga koji sam naveo u prethodnom pitanju, kako ne bi došlo da potvrđivanja izborne liste/kandidata jer se to može postići na način propisan zakonom ili ovjerom potpisa kod nadležnog suda (rješenje Republike Srbije), kod nadležnog ministarstva (rješenje Republike Slovenije), kod Državne izborne komisije (rješenje Republike Makedonije), ili putem Knjižica kod Centralne izborne komisije (rješenje Republike Kosovo). Pogrešan je stav Suda da se to može uraditi primjenom Zakona o biračkom spisku koji je ustanovljen kao jedinstvena elektronska zbirka ličnih podataka crnogorskih državljana koji imaju biračko pravo (lično ime birača, jedinstveni matični broj birača, datum i mjesto rođenja, državljanstvo, pol, mjesto prebivališta i adresa, datum prijave posljednjeg prebivališta), a ne i potpis birača.

Rezultat navedene odluke Ustavnog suda Crne Gore je preko hiljadu podnijetih krivičnih prijava zbog falsifikovanja potpisa, protiv kandidata za predsjednika Crne Gore, koje još nijesu procesuirane, pa je nekoliko NVO pokrenulo postupak za izmjene i dopune Zakona o izboru odbornika i poslanika.

3. Ustavni sud Crne Gore je na sjednici od 27. juna 2017. godine donio odluku u predmetu U-II br. 36/15, kojom je ukinuo Sporazum o realizaciji rekonstrukcije seoskog vodovoda „Završ, Đurička Rijeka“, broj 031-613., od 20. septembra 2013. godine, koji su zaključili predsjednik Opštine Plav i predsjednik Režijskog odbora i da prestaje da važi danom objavljivanja ove odluke u „Službenom listu Crne Gore“.

U pravnom sistemu Crne Gore nema definicije što se podrazumijeva pod pojmom drugi propis i opšti akt kao mogućim predmetom ocjene njegove saglasnosti sa Ustavom i zakonom. To i nije zadatak ni ustavotvorca niti zakonodavca, već onoga ko tumači pravne propise, bilo sa ciljem da ih objasni ili da ih primijeni na konkretne društvene odnose. Analizirajući normativni dio ustavnog poretka uočava se da ne sadrži njegovo pojmovno određenje, a unutar sebe sadrži slične pojmove koji se ponekad koriste kao sinonimi, a nekad su kao pojmovi širi po obuhvatu i poklapaju se sa pojmom drugi propis ili se odnose na propise koji su opštenormativni akti, a u ustavnopravnom smislu nijesu drugi propisi. Pod pojmom opšti akt u pravu se mogu podvesti svi pravni propisi koji kao pravni akti sadrže opšte odredbe i koji na opšti način regulišu društvene odnose i može se uzeti kao generalni pojam za sve pravne propise i šire od toga, jer je on širi od pojma opšti pravni akt. Pravna teorija je dala odgovor na ova pitanja prihvatajući koncepciju hijerarhije pravnih propisa, dajući im u okviru hijerarhije određeni rang, polazeći od pravne snage koju im je ustavotvorac i zakonodavac Ustavom Crne Gore odredio.

Ustavom je propisano da opština ima svojstvo pravnog lica i da donosi statut i opšte akte.⁷³ Zakonom o objavljivanju propisa i drugih akata⁷⁴ propisano je da se zakoni i drugi propisi koje donose nadležni organi Crne Gore, kao i drugi akti za koje je to određeno zakonom, propisom Vlade Crne Gore ili za koje odluče ti organi, objavljuju u „Službenom listu Crne Gore“. Nadalje, Zakonom je propisano da se akti privrednih društava, ustanova, nevladinih organizacija i drugih pravnih lica, objavljuju na način koji odrede ti subjekti, ako zakonom nije drugačije određeno,⁷⁵ da je objavljivanje zakona, drugih propisa i akata u „Službenom listu Crne Gore“ djelatnost od javnog interesa.⁷⁶ Pored ostalih akata, u „Službenom listu“ objavljuju se uredbе, odluke i drugi akti Vlade,⁷⁷ akti regulatornih organa, drugih pravnih lica i subjekata (savjeta, komisija i sl) donešeni u izvršavanju javnih ovlašćenja,⁷⁸ i propisi organa opštine, Prijestonice,

73 Ustav Crne Gore, član 115, st. 1 i 2.

74 Zakon o objavljivanju propisa i drugih akata Crne Gore, član 2.

75 Isto, član 3.

76 Isto, član 4.

77 Isto, član 5, alineja 5.

78 Isto, alineja 10.

Glavnog grada i gradske opštine (u daljem tekstu: organi lokalne samouprave), kao i drugih akta za koje je to određeno zakonom i njihovim statutima.⁷⁹

Pojam opšteg pravnog akta akademik Radomir Lukić definiše kao akt koji sadrži pravnu normu koja se odnosi na neodređeni broj slučajeva, da je opšteobavezujuća i da su svi subjekti koji ispunjavaju uslove predviđene u opštoj pravnoj normi dužni da se ponašaju po njoj. Opšti akt je izvor prava, a „izvor prava u formalnom smislu jeste ono o čemu se nalaze opšteobavezujuće pravne norme, tj. norme koje važe za sve određene situacije istog tipa predviđene u toj normi.“⁸⁰

Ustavni sud Crne Gore je izrazio svoj stav o ovom pitanju u odluci U-I br. 30/15, od 24. jula 2014. godine:

„6. Odredbom 149. stav 1. tačka 2. Ustava ustanovljena je nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata, odnosno drugih propisa. Da bi jedan akt imao karakter opšteg pravnog akta ili drugog propisa potrebno je da sadrži određene pravne elemente koji ga kao takvog određuju. Za pravilno određenje pravne prirode svakog pravnog akta neophodno je cijeniti ne samo njegovu formalnu strukturu, već i sadržinu koja, u suštini, opredjeljuje pravnu prirodu akta u slučaju kada se naziv akta po smislu ne slaže sa njegovom sadržinom. Opšti akt se donosi na osnovu zakonskog ovlašćenja i u granicama ovlašćenja sadržanih u zakonu i sadrži tačno određene djelove: naziv akta, naziv organa koji ga donosi, pravni osnov, odredbe kojima se na opšti način uređuju prava i obaveze za neodređeni broj lica i odredbe o načinu objavljivanja i stupanja na snagu. Opšti akt koji je donijet od strane nadležnog organa i po postupku predviđenom za njegovo donošenje, po ocjeni Ustavnog suda postaje opšteobavezan samo ako je na odgovarajući način objavljen i ako je stupio na snagu, jer je primjena opšteg pravnog akta Ustavom uslovljena njegovim zvaničnim objavljivanjem i stupanjem na snagu (po isteku *vacatio legis*-a). Samo opšti pravni akt koji je stupio na snagu u skladu s Ustavom može se primjenjivati i proizvoditi pravno dejstvo *erga omnes*.“⁸¹

Pod pojmom „drugi propis“ podrazumijevamo akt koji „nije ni zakon ni drugi propis“, jer ne uređuje odnose na apstraktan način, ne primjenjuje se na širi krug adresata i nema opšteobavezni karakter, odnosno akt koji na opšti način uređuje pravne odnose za neodređeni broj adresata koji sadrži opšta pravila ponašanja. Osnovni elementi za razlikovanje opštih i pojedinačnih akata su sljedeći: za opšti akt je karakteristično da u njemu sadržana norma predviđa odnose (životne situacije) koji

79 Isto, alineja 11.

80 Radomir D. Lukić, Budimir Košutić, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Beograd, Službeni glasnik, 2008., str. 160.

81 Arhiv Ustavnog suda Crne Gore.

će se desiti, dok pojedinačni akt konkretni odnos zatiče, opšti akt reguliše niz u osnovi ponovljenih odnosa, a pojedinačni odnos koji je neponovljiv i opšti akt unaprijed reguliše odnose (prije nego se dese), a pojedinačni akt ih reguliše po nastanku.

Na osnovu navedenog, „ostali propisi“ bi se definisali kao određeni akti koji na opšti (apstraktan) način uređuju pravne odnose za neodređeni broj adresata, koji sadrže opšta pravila ponašanja u određenim područjima života i djelovanja i koji se obavezno objavljuju u „Službenom listu“ kako bi proizveli pravne posljedice.

4) Ustavni sud Crne Gore je na sjednici od 24. februara 2017. godine donio rješenje u predmetu U-II br. 56/14, o neprihvatanju inicijative za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti odredbe člana 14. stav 1. Ugovora o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i Islamske zajednice u Crnoj Gori, broj 01-427., od 30. januara 2012. godine, koji su zaključili Vlada Crne Gore i Islamska zajednica u Crnoj Gori.

5) Ustavni sud Crne Gore je na sjednici od 29. maja 2017. godine donio odluku u predmetu U-I br. 28/15 i 39/16 kojom je ukinuo odredbe člana 234 stav 1 tačka 1 i člana 235 stav 1 tač. 1 i 2 te stav 3 Zakona o prekršajima („Službeni list Crne Gore“, br. 1/11, 6/11, 39/11 i 32/14), kojim je propisano da se „Naplata novčane kazne može se izvršiti: pasivnim izvršenjem preko Registra novčanih kazni u skladu sa članom 235. ovog zakona;“ i da „(1) Osuđenom, odnosno kažnjenom za prekršaj iz oblasti bezbjednosti saobraćaja, dok ne plati sve novčane kazne i troškove postupka koji su evidentirani u Registru novčanih kazni, neće se dozvoliti: registracija ili produženje važenja registracije motornog vozila; izdavanje ili produženje važenja vozačke dozvole.“

1. Članovima 234 stav 1 tačka 1 i 235 stav 1 tač. 1 i 2 te stav 3 Zakona o prekršajima uveden je Registar pravosnažnih izrečenih a neuplaćenih novčanih kazni i obavezno uskraćivanje izdavanja određenih dozvola i dokumenata licima registrovanim zbog nenaplaćene novčane kazne. Registar je elektronska baza podataka o osuđenim licima kojima je pravosnažno izrečena novčana kazna a koji tu kaznu nijesu platili u određenom roku. Cilj propisivanja ovih odredbi jeste povećanje efikasnosti naplate novčanih kazni izrečenih počiniocima prekršaja. U tu svrhu propisano je obligatorno uskraćivanje izdavanja dokumenata i dozvola zbog neuplaćene novčane kazne. Osim toga, ostavljena je mogućnost da se posebnim zakonima propišu i uskrate drugi dokumenti i dozvole kao posljedica neuplaćene novčane kazne. Naime, za postupanje organa državne uprave po članu 235 stav 1 tačka 1 i 2 te stav 3 nije odlučujuće da li je prekršaj počinjen vozilom za koje bi se uskratila registracija ili produženje valjanosti registracije vozila. Vlasnik vozila, bilo to fizičko ili pravno lice, nije ograničen u svom pravu svojine ili drugim pravima nad vozilom, ako je prekršaj počinio neko drugi, zaposljeni kod pravnog lica, lice koje ga je iznajmilo ili osoba kojoj je vozilo dato na korištenje.

2.1. Polazeći od opšte svrhe prekršajnopравниh sankcija da građani poštuju pravni sistem, da se izrazi društveni prijekor učiniocu zbog izvršenog prekršaja i da se utiče na njega i sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaj (član 6 ZOP), u slučaju članova 234 stav 1 tačka 1 i 235 stav 1 tač. 1 i 2 te stav 3 Zakona o prekršajima riječ je o mjerama koje otklanjaju uslove koji omogućavaju ili podsticajno djeluju na izvršenje novog prekršaja. Drugim riječima, osporeni članovi 234 stav 1 tačka 1 i 235 stav 1 tač. 1 i 2 i stav 3 Zakona o prekršajima usmjereni su na ostvarivanje dva, međusobno povezana, legitimna cilja:

Prvi: preventivno djelovanje radi sprečavanja činjenja prekršaja i

Drugi: djelotvorno sankcionisanje počinioca prekršaja, osobito u situacijama kad su se blaže sankcije i/ili druge zaštitne mjere pokazale nedjelotvornim.

2.2. Prema tome, osporenim članovima ne može se poreći legitimnost cilja u javnom interesu.

3. Pitanje efikasnosti naplate kazni nije ustavnopravno pitanje, već pitanje svrshodnosti rješenja/modela propisanih osporenim zakonskim odredbama. Izbor metoda kojima se nastoji uticati na ubrzanje naplate prekršajnih kazni, skraćivanje vremena, kao i sigurnost naplate i rasterećenje prekršajnih sudova legitimno je pravo zakonodavca, utemeljeno na ovlaštenju iz člana 82 stav 2, a u vezi s članom 16 Ustava.

4. Mogućnost nekog alternativnog rješenja sama po sebi ne čini Zakon o prekršajima nesaglasnim s Ustavom, pod uslovom da je rješenje koje je ponudio zakonodavac ostalo unutar ustavnopravno prihvatljivih granica. Ustavni sud nije nadležan davati svoju ocjenu o tome je li ono najbolje za uređenje dotičnog pitanja, odnosno jesu li zakonodavna ovlaštenja u tom pitanju trebala biti iskorištene na drugačiji način.

5.1. Sljedstveno prethodnom, mjere osporene članovima 234 stav 1 tačka 1 i 235 stav 1 tač. 1 i 2 te stav 3 Zakona o prekršajima, kao svojevrsne zaštitne mjere, predstavljaju ograničenje svojinskih prava adresata osporene norme. Međutim, polazeći od legitimnog cilja zbog kojih su ta ograničenja propisana, ocjenjujem da su ona srazmjerna cilju koji se njihovim propisivanjem želio postići. Drugim riječima, za njihovo propisivanje postoji razumno i objektivno opravdanje.

5.2. Prema tome, članovi 234 stav 1 tačka 1 i 235 stav 1 tač. 1 i 2 te stav 3 Zakona o prekršajima saglasni su s načelima vladavine prava i pravne sigurnosti objektivnog pravnog poretka u području prekršajnog zakonodavstva, samim tim nijesu povrijeđene odredbe člana 24 i 58 Ustava Crne Gore i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

5.3. *In conclusion*, sudsko odlučivanje u predmetu U-I br. 28/15 i 39/16, posmatrano s ustavnopravnog stanovišta, pogrešno je i neprihvatljivo.

6) U predmetu U-I br. 34/18, U-III br. 1970/18 i U-III br. 1987/18, od 27. septembra 2019. godine, pokazao je neadekvatno regulisanje, odnosno nepotpuno regulisanje instituta izdvojenog mišljenja Poslovníkom Ustavnog suda.

Navedenom odlukom ukinute su odredba člana 119. stav 2. Zakonika o krivičnom postupku („Službeni list Crne Gore“, br. 57/09. i 49/10.), u dijelu koji glasi: „a ako i poslije toga odbije da svjedoči, može se zatvoriti. Zatvor traje dok svjedok pristane da svjedoči ili dok njegovo saslušanje postane nepotrebno ili dok se krivični postupak završi, ali najduže dva mjeseca“ i prestaje da važi danom objavljivanja ove odluke, kao i rješenja Apelacionog suda Crne Gore, Kvsž.br. 143/18, od 2. decembra 2018. godine i Kvs. br. 328/18, od 28. novembra 2018. godine (ustavna žalba U-III br. 1970/18) i rješenje Apelacionog suda Crne Gore, Kvsž. br. 144/18, od 2. decembra 2018. godine i rješenje Višeg suda u Podgorici, Kvs. br. 329/18, od 28. novembra 2018. godine (ustavna žalba U-III br. 1987/18).

U veoma kratkom i bespredmetnom obrazloženju izdvojenog mišljenja nije ukazano na esencionalni dio, a to je da nije imalo nijednog razloga za ukidanje navedenih odredbi Zakona, a da je ukidanjem rješenja Apelacionog suda Ustavni sud protivno zakonu naredio oslobađanje poslanika koji su bez odobrenja Parlamenta stavljeni u pritvor, jer Ustavni sud ima kasatorno dejstvo, pa će ova odluka postati primjer kako ne treba donositi odluke, da bi se prikrilo nezakonito djelovanje redovnih sudova.

Ovaj predmet je karakterističan po tome što Poslovník Ustavnog suda ne sadrži odredbe o institutu izdvojenog mišljenja, pa je na navedenu odluku sudija najavio izdvojeno mišljenje, ali ono nije objavljeno do 29. novembra 2020. godine, više od godinu dana, zbog čega nije moglo biti objavljeno u „Službenom listu Crne Gore“. Odredbama člana 152 st. 2 ustava Crne Gore propisano je da kada Ustavni sud utvrdi da zakon nije u saglasnosti sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, odnosno da drugi propis nije saglasan sa Ustavom i zakonom, taj zakon i drugi propis prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda.⁸² Odluka

82 Prijedlog sudije Šarkinovića za izmjenu i dopunu Poslovníka Ustavnog suda Crne Gore, Su. br.: Član 1.1) Sudija ima pravo na izdvojeno mišljenje ako većina sudija na sjednici Ustavnog suda prihvati odluku ili rješenje čijoj se izreci i/ili čijem se obrazloženju sudija protivi. 2) Sudija koji na sjednici Ustavnog suda izdvoji mišljenje u pogledu izreke i/ili obrazloženja odluke i rješenja i usmeno ga obrazloži na sjednici Ustavnog suda, dužan je da ga pisano obrazloži. 3) Izdvojeno mišljenje može izraditi i više sudija zajedno ako se protive izreci i/ili obrazloženju odluke ili rješenja zbog istovjetnih pravnih razloga koji su usmeno obrazloženi na sjednici Ustavnog suda (zbirno izdvojeno mišljenje). Zbirno izdvojeno mišljenje potpisuju svi sudije koji su izdvojili svoja mišljenja. Član 2.1) Izdvojeno mišljenje sudija je dužan usmeno najaviti na sjednici Ustavnog suda nakon što predsjednik Ustavnog suda, poslije provedenog postupka glasanja, objavi da je odluka, odnosno rješenje, čijoj se izreci i/ili obrazloženju sudija protivi. 2) U slučaju iz stava 1. ovog člana, sudija koji je najavio izdvojeno mišljenje ima pravo istovremeno

je objavljena po isteku roka od godinu dana,⁸³ nakon što ju je sudija izjavio u pisanoj formi, usljed interesovanja sredstava javnog informisanja.⁸⁴

ZAKLJUČAK

1. Institut izdvojenog mišljenja u istoriji je imao korektivni i reformski uticaj na razvoj pravnog sistema. Mišljenje većine je po formi i suštini kolektivno, sastavljeno i uređeno gledište većine. Međutim, kada je u pitanju izdvojeno mišljenje, sudija je sasvim sam i može izraziti svoju ličnost, svoju filozofiju i svoja necenzurisana uvjerenja. Izdvojena mišljenja su moćno oružje protiv grešaka, ona često objašnjavaju mišljenje većine. „Sudije su ljudska bića i oblačenjem sudijske odjeće njihova ljudska osjećanja ne nestaju.“ Sala za konferencije nije molitveni sastanak na kome se očekuje da svi klimnu glavom „Amin“; to je više bojno polje na kome se suprotstavljene filozofije sučeljavaju prsa u prsa. Svaki pojedinac iz opšte javnosti i svaki član advokatske komore treba da poželi „borbenog sudiju“ koji će dati sve od sebe da pravda bude zadovoljena. Gotovo svako pitanje ima dvije strane; advokat ne može uvijek biti na strani pobjednika, niti se bilo koji pojedinac opšte javnosti može osloniti na to da će uvijek biti na strani većine.⁸⁵ Jedna od važnih uloga izdvojenog mišljenja u razvoju američke jurisprudencije je njegov uticaj na zakonodavstvo. Na primjer, neslaganje g. sudije Iredell u predmetu Chisholm protiv Georgia (Džordžije)⁸⁶ postalo je dio vrhovnog zakona zemlje u jedanaestom amandmanu⁸⁷ Saveznog Ustava.

2. Izdvojena mišljenja su recept koji je nepohodan da bi bilo koji sud bio zdrav i dok sud ima jednog ili dvojicu sudija sa dubokim ubjeđenjima i snažnim osećanjima

zahtijevati da se donesena odluka ili rješenje, zajedno s izdvojenim mišljenjem, objavi u „Službenom listu Crne Gore“. 3) Sudija je dužan pismeno obrazložiti i dostaviti predsjedniku Ustavnog suda izdvojeno mišljenje u roku petnaest dana od dana donošenja odluke, odnosno rješenja na sjednici Ustavnog suda. 4) Do dostave izdvojenog mišljenja ili do isteka roka iz stava 3. ovog člana, odluka, odnosno rješenje ne otprema se na objavu. Ako izdvojeno mišljenje nije dostavljeno predsjedniku Ustavnog suda do isteka roka iz stava 3. ovog člana, odluka odnosno rješenje otprema se radi objave u „Službenom listu“, a naknadno dostavljeno izdvojeno mišljenje uvezuje se u ustavnosudski spis i čini njegov sastavni dio. 5) Ovjereni prijepis odluke, odnosno rješenja, sa izdvojenim mišljenjem otprema se učesnicima u postupku i prije isteka roka iz stava 3. ovog člana.

83 Obavještenje sudije Su. br. 777/20 od 24. 11. 2020.

84 Dnevni list „Vijesti“, od 7. novembra 2020. godine, tekst „Stavljanje u pritvor nije ukinuto“.

85 Jesse W. Carter, *Dissenting Opinions (Izdvojena mišljenja)* 4, Hastings L. J. 118 (1953). Dostupno na: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol4/iss2/5.

86 SAD 419 (1793).

87 Sudska moć Sjedinjenih Država se ne tumači tako da se proširuje na bilo koju pravnu tužbu ili parnični postupak koje su protiv neke od Sjedinjenih Država pokrenuli ili procesuirali državljani neke druge države ili državljani ili subjekti bilo koje strane države.

koji se ne plaše da izraze svoje stavove, drugim članovima tog određenog suda, po inerciji, usljed lošeg prosuđivanja ili nedostatka ispitivanja, neće biti dozvoljeno da se opuste u stanju uma ekvivalentnom staroj i lažnoj ideji da „ono što je bilo dovoljno za naše djedove, dovoljno je i za nas“. Sve dok postoji neistomišljenik u bilo kom sudu, ostale sudije će pažljivo ispitivati svoje stavove o bilo kojoj određenoj temi. Ukoliko izdvojeno mišljenje ukaže na greške u većinskom mišljenju, neminovno će doći do promjene propisa ili pravnog stava i uticati na poboljšanje pravnog sistema. Sudija, koji nije saglasan sa stavovima većine, čuti, izbjegava dužnost ne samo u odnosu na sebe, već i širu stručnu i laičku javnost. On izbjegava dužnost u odnosu na sebe tako što neće stati i boriti se za ono u što vjeruje, izbjegava dužnost u odnosu na širu javnost koja je, u većini slučajeva, odgovorna za njegovo imenovanje za sudiju kao i njegov dalji položaj u sudu. Javnost ima pravo da zna koji su stavovi sudija i uvjerenja u različitim oblastima zakona, i da je dužnost sudije da vidi, da li su ti stavovi i uvjerenja stvar javne evidencije putem objavljenih izdvojenih mišljenja.

3. Izdvojeno mišljenje igra zaštitnu ulogu kada je u pitanju nepravедno zakonodavstvo ukazujući na to gdje je takvo zakonodavstvo neustavno. Sprječavanje zakona koje donosi zakonodavno tijelo da uveliko ulaze u prava pojedinca zagarantovana Ustavom je jasna, ali često zanemarena dužnost sudova. Izdvojeno mišljenje takođe služi kao kočnica reakcionarnim tendencijama nekih sudija da drže na snazi protivustavno donijeto zakonodavstvo u cilju unaprjeđenja javnog zdravlja, morala i blagostanja. Odličan primjer izdvojenog mišljenja koje je kasnije postalo zakon se može naći u slučaju *Minersville School Dist. (Minersville školski okrug) protiv Gobitis*⁸⁸, gdje je Vrhovni sud Sjedinjenih Država smatrao, uz izdvojeno mišljenje sudije Stone, da statut koji zahtijeva obavezni pozdrav zastave od strane školske djece nije protivustavno ograničavao slobodu vjeroispovijesti. Ovaj slučaj je odbačen četiri godine kasnije u predmetu *Odbor za obrazovanje Zapadne Virdžinije protiv Barnetta*⁸⁹, koji je slijedio obrazloženje neslaganja sudije Stone-a u slučaju *Minersville*. Postoje mnogi drugi primjeri koji bi ovdje mogli biti izloženi.

4. Još jedna uloga izdvojenog mišljenja je da je to prognoza za stvari koje dolaze. Autori izdvojenog mišljenja obično su ljudi koji gledaju unaprijed - ne unazad, niti u neposrednu sadašnjost - već u budućnost. U članku koji je napisao sudija William O. Douglas, sudija saradnik Vrhovnog suda Sjedinjenih Država, je rekao:⁹⁰

„Izvjесnost i jednoglasnost u zakonu mogući su kako u fašističkom tako i u komunističkom sistemu. Oni nijesu samo mogući; oni su neophodni; jer je potpuna

88 310 SAD 586 (1940).

89 319 SAD (1943).

90 J. Am. Jud. Socy., 104, 107.

potčinjenost političkom režimu nužni uslov za opstanak sudstva pod bilo kojim sistemom. Ne mogu se zamisliti Hitlerovi sudovi koji učestvuju u javnoj raspravi o principima Der Fuehrer, s manjinom od jednog do četvorice koji osuđuju ili prekoraavaju same principe. Ne može se zamisliti sudija komunističkog suda koji bi se suprotstavio uredbama Kremlja.

Neslaganje među sudijama jednako je istinito za karakter demokratije kao i sama sloboda govora. Izdvojeno mišljenje podjednako je istinski američko kao i Otisovo denunciranje opštih naloga, kao što su i Thomas Paine-ovi, Thomas Jefferson-ovi ili James Madison-ovi podnesci za građanske slobode...

Kada pređemo na ustavna pitanja, neizvjesnost se nužno povećava. Sudija od kojeg se traži da objasni ili tumači Ustav često odbija sjaj kojim su ga posuli njegovi prethodnici. Jer sjaj može, prema njegovom mišljenju, uvrijediti duh Ustava ili učiniti nasilje nad njim. To je bilo iskustvo ove generacije kao i svih prethodnih. To će isto biti iskustvo i onih koji dolaze. I tako bi trebalo i da bude. Jer, Ustav je taj, a ne neko njegovo tumačenje, koji smo se zakleli da ćemo braniti... Ustav je napisan za sva vremena i za sve vjekove. Izgubio bi svoj veliki karakter i postao slab kad bi mu se dozvolilo da bude obavijen uskim, legalističkim pojmovima koji su dominirali razmišljanjem jedne generacije.“

5. Institucija izdvojenog mišljenja nije zaživjela u praksi Ustavnog suda Crne Gore. Propisi koji regulišu izdvojeno mišljenje su neadekvatni te je potrebno izvršiti izmjene i dopune Poslovnika Ustavnog suda Crne Gore, kako se ne bi dešavalo da se blokira rad Ustavnog suda od sudije koji izjavi da će da ponese izdvojeno mišljenje i poslije odustane. Uzdržanost sudija za podnošenje izdvojenih mišljenja dokazuje da se pojedine sudije nijesu oslobodili komunističkog nasljeđa, a i pojedina izdvojena mišljenja ne sadrže ozbiljnu analizu kojom bi se na zadovoljavajući način upoznala laička i stručna javnost, pa je potrebno njihov kvalitet podići na višem nivou. Neophodno je propisati obavezu da se izdvojeno mišljenje objavi u „Službenom listu Crne Gore“, ukoliko zahtijeva sudija izvjestilac, kao i na website Ustavnog suda, jer se sam sudija stavlja na provjeru kod pravničke i političke javnosti.

Dr. sc. Mato Arlović
Sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske

USTAVNOPRAVNI OKVIR ZA IZDVOJENO MIŠLJENJE SUCA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Sadržaj

Sažetak

I. Uvod

II. Ustavnopravni okvir za izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske

1. Prva faza od 1991. - 1999. godine
2. Druga faza od 1999. - do danas
3. Odredbe Poslovnika Ustavnog suda koje razrađuju izdvojeno mišljenje

III. Pojmovno određenje izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda

IV. Subjekti, sadržaj, vrste (oblici) i obilježja instituta izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske

1. Subjekti prava na izdvojeno mišljenje
2. Sadržaj prava na izdvojeno mišljenje
3. Vrste (oblici) izdvojenog mišljenja
4. Obilježja prava na izdvojeno mišljenje

V. Zaključna razmatranja

Literatura

Sažetak: U ovom radu obrađuje se institut izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske. Suci Ustavnog suda Republike Hrvatske imaju pravo (ustavne snage) na izdvojeno mišljenje, ako se ne slažu s odlukom odnosno rješenjem - njihovom izrekom i/ili njihovim obrazloženjem koju je izglasala većina sudaca. Rad obrađuje ustavnopravni okvir koji uređuje institut izdvojenog mišljenja kao prava kojim se može koristiti sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske. Zatim, njegovo pojmovno određenje, značaj i ulogu u ostvarivanju ustavnopravnog poretka, posebice njegove vrednote, vladavine prava, te načela ustavnosti i zakonitosti i pravne sigurnosti s jedne strane, a s druge strane utjecaj tog instituta na neovisnost i samostalnost suca Ustavnog suda te demokratizaciju ustavnog sudovanja. Nadalje, u radu su obrađeni subjekti, sadržaj i obilježja prava na izdvojeno mišljenje te vrste i oblici njegova iskazivanja. Završni dio rada osvrće se (kritički) na prednosti i nedostatke korištenja prava na izdvojeno mišljenje.

Ključne riječi: izdvojeno mišljenje, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske, vladavina prava i pravna sigurnost, ustavnost i zakonitost, tumačenje ustava i njegovih odredbi.

I. Uvod

Ustavno sudovanje u bitnom se razlikuje od redovnog sudskog postupka koje provode suci redovnih i specijaliziranih sudova u sklopu sudbene vlasti kao jedne od sastavnica od triju državnih vlasti u Republici Hrvatskoj. O razlici između redovnog sudskog spora i ustavnog spora kao objektivnog spora kasnije će biti više riječi. U ovom uvodu ukazat ću samo na neke razlike u pogledu izdvojenog mišljenja koje imaju suci, a tiču se donošenja sudskih odluka, odnosno rješenja u postupcima pred sudovima sudbene vlasti i onih koje u ustavnosudskom postupku donose suci Ustavnog suda Republike Hrvatske. Razlika je u tome što sudske odluke i rješenja sudbene vlasti donose suci pojedinci i/ili kolektivno (sudsko vijeće) tijelo sastavljeno do više sudaca. Za razliku od njih odluke i/ili rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske kao rezultat provedenog ustavnog sudovanja uvijek donosi kolektivno (ustavno vijeće ili plenarna sjednica svih sudaca Ustavnog suda) tijelo Ustavnog suda. Odluke i rješenja Ustavnog suda koje donose ustavnosudska vijeća u pravilu se donose jednoglasno. Uskrata makar jednog glasa za odluku i/ili rješenje koje u vijeću podržava većina sudaca za posljedicu ima upućivanje tog predmeta na višu instancu, i u krajnjoj liniji na plenarnu sjednicu svih sudaca. Prethodna obilježja kod odlučivanja o predmetima u postupcima ustavnog sudovanja ima za posljedični učinak da se sudac Ustavnog suda može koristiti pravom na izdvojeno mišljenje tek na plenarnoj sjednici (osim kada je u iznimnim slučajevima moguće na vijeću donijeti odluku/rješenje većinskim glasanjem) kada

se odluka odnosno rješenje Ustavnog suda može donijeti većinom glasova svih sudaca u skladu s Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Naravno, ako se i kada se ne slaže s izrekom i/ili njezinim obrazloženjem odluke odnosno rješenja koju je izglasala većina sudaca Ustavnog suda svojim glasovima.

Donošenje odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske u kolektivnom tijelu (ustavnosudskom vijeću i/ili u plenumu) tradicionalna je praksa ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj. Ta praksa ima svoj *ratio legis* koji proizlazi iz krajnjeg cilja koji treba postići ustavno sudovanje sudeći u ustavnim sporovima objektivne prirode. Naime, taj cilj je u postupcima ustavnog sudovanja provođenje apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti vezan uz zaštitu objektivnog Ustavom utvrđenog pravnog poretka, a u postupcima konkretne kontrole zaštita Ustavom utvrđenih i zaštićenih ljudskih (i manjinskih) prava i sloboda za koje podnositelji ustavnih tužbi smatraju da su im povrijeđena. Nadalje, donošenje ustavnosudskih odluka i rješenja u kolektivnim tijelima daje veći dignitet samim sudionicima ustavnog spora. Drugo, donošenje odluke i/ili rješenja u kolektivnom tijelu rezultat je ustavnog sudovanja gdje je o konkretnom ustavnosudskom predmetu raspravu provodilo više sudaca tumačeći moguću povredu ustavnih i/ili zakonskih akata odnosno njihovih pojedinih odredbi na koje u svojem podnesku upire podnositelj zahtjeva odnosno prijedloga za ocjenu ustavnosti i/ili zakonitosti, ili podnošenjem ustavne tužbe zbog (eventualne) povrede ustavom zajamčenih ljudskih prava i sloboda. Činjenica da je o odluci i/ili rješenju prije njezinog izglasavanja raspravljalo i zauzelo stajališta više sudaca prije njezinog izglasavanja samo po sebi daje joj „posebnu težinu i autoritet“.¹

No, i u takvim postupcima kod donošenja ustavne odluke odnosno rješenja ne mora doći do jednoglasnosti. Moguće je, i događa se, da kod tumačenja ustavnih i zakonskih normi te zauzimanja relevantnog stajališta dođe do razilaženja između sudaca o tome kako primijeniti objektivno pravo, što u konačnici dovodi do razilaženja u glasovanju sudaca koji su članovi tog kolektivnog (ustavnosudskog) vijeća. Kad je riječ o takvom ustavnosudskom tijelu (u pravilu Sjednici svih sudaca Ustavnog suda) gdje je dozvoljeno izglasavanje odluke/rješenje većinom glasova svih sudaca, sudac Ustavnog suda koji želi (zbog svog neslaganja s odlukom/rješenjem koje je izglasala većina sudaca) izdvojiti mišljenje, mora izdvojeno mišljenje najaviti i pisano ga izraditi u primjerenom roku utvrđenim Ustavnim zakonom Ustavnog suda Republike Hrvatske i Poslovnikom Ustavnog suda Republike Hrvatske.² Izdvojeno mišljenje

1 Vidjeti pobliže kod Antić Teodor, „Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske“, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka (1991.) v. 37, br. 2. 837-873 (2016.), str. 838.

2 Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 49/02. - pročišćeni tekst). Poslovnik Ustavnog suda Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 181/03., 16/06.,

suca Ustavnog suda bit će objavljeno zajedno s odlukom/rješenjem koja je donesena većinom glasova sudaca na Sjednici suda. U kasnijem tekstu ovog rada ukazat će se na ustavnu činjenicu da svako suprotno glasanje glasanju većine sudaca koji su na Sjednici donijeli odluku nema za posljedicu izdvojeno (pisano) mišljenje suca koji je glasao protiv.

Izdvojeno mišljenje sudaca u nešto drukčijem postupku njegova davanja i postupanju nakon toga s njim prisutno je i u sudovanju sudova u sklopu sudbene vlasti Republike Hrvatske. Ovaj rad izdvojeno mišljenje sudaca sudbene vlasti neće obrađivati, naprosto stoga što je predmet njegovog istraživanja izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda Republike Hrvatske i to u okviru zadanog ustavnopravnog okvira. No, da bi bolje sagledali razliku između izdvojenog mišljenja suca Ustavnog suda i suca sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj u svrhu boljeg razumijevanja izdvojenog mišljenja suca Ustavnog suda, otvorit ću prostor čitatelju za moguću njihovu usporedbu. Temeljem citiranih zakonskih odredaba koje se odnose na izdvojeni glas članova vijeća u postupcima pred redovnim sudovima, s jedne strane, i s druge strane temeljem izloženog o izdvojenom mišljenju suca Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj u nastavku rada.

Pitanje „izdvojenog glasa“ (mišljenja) suca člana vijeća sudova uređuju se izrijekom samo zakonima koji uređuju parnični i kazneni postupak.³

Pitanju izdvojenog mišljenja hrvatski zakonodavac pristupa tako da ga je, do izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku iz 2019., nazivao odvojenim mišljenjem i uređivao ga u članku Zakona kojim se uređivalo pitanje zapisnika o vijećanju i glasanju.⁴

30/08., 123/09., 63/10., 121/10., 19/13., 37/14. i 2/15. - redakcijski pročišćeni tekst Ustavnog suda Republike Hrvatske od 15. veljače 2015.

3 Izdvojeno mišljenje kod sudaca sudbene vlasti hrvatski zakonodavac naziva izdvojenim glasom. Zakon o kaznenom postupku („Narodne novine“ broj 152/08., 76/09., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. - pročišćeni tekst na snazi od 27.07.2017. i 126/19. - pročišćeni tekst na snazi od 1.1.2020. godine), izdvojeni glas regulira člancima 164. stavak 5. i 166. stavak 3. Oni glase: „članak 164. stavak 5.: Na zahtjev člana vijeća koji je izdvojio glas, njegovo pisano obrazloženje izdvojenog glasa priložit će se pisanoj odluci“, a „članak 166. stavak 3.: Podaci o tijeku vijećanja i glasovanju su tajni, osim u slučaju iz članka 164. stavka 5. ovog Zakona.“

Nešto drugačiji ovaj institut stipulira važeći Zakon o parničnom postupku. Naime, donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku „Narodne novine“ broj 70/2019., dopunjen je članak 131. novim stavkom 5. koji glasi: „Na zahtjev člana vijeća koji je izdvojio glas, njegovo pisano obrazloženje izdvojenog glasa priložit će se pisanoj odluci. To mišljenje objavljuje se na isti način kao i odluka.“ Što se tiče pitanja izdvojenog glasa sudaca - članova vijeća koji se ne slažu s odlukama vijeća u postupcima pred specijaliziranim sudovima, o tome vidjeti kod: Antić Teodor, o.c. str. 860-862.

4 Riječ je o članku 128. Zakona o parničnom postupku (članak 128. je i sada na snazi), čiji se stavak 3. odnosi na postupanje s odvojenim mišljenjima sudaca. Stavak 3. članka 128. glasi:

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, kojim je u članku 131. iza stavka 4. dodan novi stavak 5. korišten je pojam „izdvojeni glas“. Taj stavak (novi stavak 5.) članka 131. propisan je člankom 14. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku i glasi:

„Na zahtjev člana vijeća koji je izdvojio glas, njegovo pisano obrazloženje izdvojenog glasa priložit će se pisanoj odluci. To mišljenje objavljuje se na isti način kao i odluka.“

Odredbu sličnu prethodno citiranoj sadrži i Zakon o kaznenom postupku - pročišćeni tekst, koji obuhvaća: „Narodne novine“ broj 152/08., 76/09., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. - na snazi od 27. 7. 2017. i 126/19. - na snazi od 1. 1. 2020. godine. Ta odredba sadržana je u stavku 5. članka 164. i glasi:

„Na zahtjev člana vijeća koji je izdvojio glas, njegovo pisano obrazloženje izdvojenog glasa priložit će se pisanoj odluci.“

Iz navedenih citata razvidno je da se u zakonskoj regulativi izdvojenog mišljenja koriste pojmovi „odvojeno mišljenje“ i „izdvojeni glas“. Iako se u sadržajnom smislu ti pojmovi ne bi mogli izjednačavati, čini se da iz analize cjelovitog sadržaja citiranih odredbi zakonodavac uređuje istovjetni sadržaj. To osobito potvrđuje sadržaj članka 14. izmijenjenog i dopunjenog Zakona o parničnom postupku iz 2019. koji unutar sebe sadrži oba pojma, iako je nesporno da se odnose na istovjetni sadržaj.

S nomotehničkog aspekta hrvatski zakonodavac je precizniji i dosljedniji kad je u pitanju pravna regulacija ovog pitanja u području kaznenih postupaka. Naime, iz citirane odredbe Zakona o kaznenom postupku evidentna je dosljedna upotreba pojma „izdvojeni glas“.

Nadalje, razlika se javlja u postupanju s odvojenim mišljenjem i izdvojenim glasom koje je sadržavao Zakon o parničnom postupku u različitom vremenu svog važenja. Do izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku 2019. godine, Zakon o parničnom postupku sadržavao je samo članak 128. koji regulira pitanje odvojenog mišljenja u zapisniku o vijećanju i glasanju. Nakon izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku 2019., izdvojeni glas postoji na zahtjev člana vijeća koji ga zahtjeva. Taj glas i njegovo pisano obrazloženje prilaže se pisanoj odluci, a objavljuje se na isti način kao i odluka. Drugim riječima, izdvojeni glas i njegovo pisano obrazloženje u postupku objave prate postupak i sudbinu odluke koju je donijela većina sudaca - članova sudskog vijeća.

„Odvojena mišljenja priključuju se zapisniku o vijećanju i glasanju ako nisu unesena u sam zapisnik. Zapisnik odnosno bilješku o glasanju potpisuju svi članovi vijeća i zapisničar.“ Vidjeti Zakon o parničnom postupku, „Narodne novine“ broj 148/2011. - pročišćeni tekst.

Kad je u pitanju izdvojeni glas i njegovo pisano obrazloženje u kaznenom postupku valja reći da je pravilo da se ono prilaže pisanoj odluci.⁵ Naime, ako, sukladno članku 166. stavku 3. Zakona,⁶ sudac, član vijeća koji je zahtijevao i izdvojio glas i pisano ga obrazložio, to zatraži njihova tajnost prestaje i oni moraju biti objavljeni, odnosno postati dostupni javnosti.

Iz citiranog se mogu izvući zajedničke osobine za izdvojeni glas suca - člana vijeća u sudskim postupcima pred redovnim sudovima sudbene vlasti. Prvo, izdvojeni glas suca - člana sudskog vijeća u parničnom i kaznenom postupku - utvrđen je kao pravo suca koji se ne slaže s odlukom, ali pod uvjetom. Konkretno, taj sudac mora ga zahtijevati. Drugo, izdvojeni glas i njegovo pisano obrazloženje ulažu se u zapisnik o vijećanju i glasanju, a kod parničnog postupka i objavljuju ako se i kad se objavljuje donesena odluka. Kod kaznenog postupka izdvojeni glas i prateće pisano obrazloženje objavljuju se samo ako to zatraži sudac koji je zahtijevao izdvojeni glas i pisano ga obrazložio.⁷ Treće, u oba postupka izdvojeni glas vezan je uz suca - člana sudskog vijeća - bilo u parničnom ili kaznenom postupku, koji ga je zahtijevao jer se ne slaže s odlukom većine sudaca koji su glasali „za“ sudsku odluku. Četvrto, izdvojeni glas pravno je uređen pravnim aktom zakonske snage te je po svojoj naravi a) u funkciji razrade ovlaštenja i dužnosti sudaca sudbene vlasti u postupku suđenja - donošenja odluka i b) zakonske pravne snage.

Prema tome, izdvojeni glas sudaca - članova vijeća u redovnim sudskim postupcima - ne objavljuje se obligatorno već na zahtjev suca u kaznenom postupku, ili će biti objavljen ako bude objavljena odluka u parničnom postupku. Zapravo, razlika između izdvojenog glasa sudaca sudbene vlasti i izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj se najjasnije uočava u slijedeća dva momenta. Prvo, suci sudbene vlasti izdvojeni glas moraju zahtijevati, dok suci Ustavnog suda ga moraju samo najaviti. Drugo, izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda se objavljuje uz odluku/rješenje većine dok se obrazloženo mišljenje suca sudbene vlasti u kaznenom postupku može objaviti samo ako to zahtjeva sudac koji je izdvojio glas, a u parničnom postupku tek ako se odluka objavi.

U nastavku teksta, gdje će biti govora samo o izdvojenom mišljenju sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, na temelju izloženih stavova u ovom radu čitatelj će lako moći uočiti naprijed izložene (ali i druge) razlike o ovom pitanju između sudaca sudbene vlasti i sudaca Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj.

5 Vidjeti članak 164. st. 5. Zakona o kaznenom postupku.

6 Ibidem.

7 Ako sudac koji je izdvojio glas ne traži njegovu objavu, izdvojeni glas priložen zapisniku o vijećanju i glasanju u posebnom omotu stavlja se u spis. Njega može pogledati samo viši sud kod raspravljanja o pravnom lijeku. U tom slučaju, nakon razgledavanja izdvojeni glas će se ponovno zatvoriti u poseban omot, a na omotu će se utvrditi da je izdvojeni glas pogledan.

II. Ustavnopravni okvir za izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske

Ustavnopravni okvir za izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske kroz proteklo vrijeme se mijenjao i dopunjavao. Njegove izmjene i dopune, i u formalnom i u sadržajnom smislu, provođene su uvijek pravnim aktom ustavne snage, odnosno izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, koje su se provodile po postupku i na način propisan za promjenu Ustava Republike Hrvatske. S obzirom na sadržaj izvornog teksta sadržanog u članku 19. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu iz 1991. godine te njegovih izmjena i dopuna koje su tijekom vremena učinjene, razvoj ustavnopravnog okvira uređenja instituta izdvojenog mišljenja može se podijeliti na dvije faze. Prva, koja traje od 1991. do 1999. godine i druga, od 1999. do danas. Na kraju teksta koji se odnosi na ustavnopravni okvir u drugoj fazi, u posebnom podpoglavlju izložit ću odredbe sadržane u Poslovniku Ustavnog suda Republike Hrvatske kojima se razrađuju prava i obveze te postupak ostvarivanja izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske.

1. Prva faza od 1991. - 1999. godine

Institut izdvojenog mišljenja za suce Ustavnog suda Republike Hrvatske hrvatski ustavotvorac uređio je normama ustavne snage,⁸ vrlo brzo nakon donošenja Ustava⁹. Naime, već 21. ožujka 1991. Hrvatski sabor, kao ustavotvorac, donio je temeljem članka 127. stavaka 1. i 2. Ustava iz 1990. godine Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 1991., u članku 19. stavku 4. utvrdio je i propisao institut izdvojenog mišljenja. U integralnom tekstu taj članak Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske glasi:

„(1) Ustavni sud donosi odluke i rješenja većinom glasova svih sudaca, ako Ustavom ili ovim Ustavnim zakonom nije drukčije određeno.

(2) Ustavni sud donosi odluku kada odlučuje o biti stvari, a u ostalim slučajevima donosi rješenje.

8 Izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske utvrđeno je Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 49/02. - pročišćeni tekst) koji se sukladno članku 132. stavku 2. donosi „po postupku određenom za promjenu Ustava“. Takvo ustavno određenje donošenja Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske taj pravni akt izjednačava sa samim Ustavom, te on i sve njegove odredbe imaju pravnu snagu Ustava Republike Hrvatske.

9 Ustav Republike Hrvatske donesen je 21. prosinca 1990., proglašen je 22. prosinca iste godine kada je stupio na snagu. Ustav od 22. prosinca 1990. objavljen je u „Narodnim novinama“ broj 56/90. Prvi Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske stupio je na snagu 21. ožujka 1991. godine, a objavljen je u „Narodnim novinama“ broj 13/91.

(3) Odluka i rješenje Ustavnog suda moraju biti obrazloženi.

(4) Sudac Ustavnog suda koji izdvoji mišljenje dužan ga je pismeno obrazložiti.“

Integralni tekst ovog članka citirao sam iz nekoliko razloga.

Prvo, zbog toga što je on kasnije više puta mijenjan i dopunjavan, ali je institut izdvojenog mišljenja sam po sebi ostajao iako je po opsegu i sadržaju mijenjan i dopunjavan, uključivo i propisivanjem postupka za njegovu izradu.

Drugo, iz razloga da se otklone dvojbe oko pitanja može li sudac, po toj odredbi, svoje mišljenje izdvojiti za sve odluke i rješenja, neovisno o tome jesu li one rezultat apstraktne kontrole ustavnosti zakona i/ili apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti drugih (podzakonskih) propisa kao općenormativnih akata ili je, pak riječ o odlukama i rješenjima donesenim u konkretnim postupcima zaštite Ustavom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda koji su vođeni na temelju ustavne tužbe. Iz integralnog teksta tog članka, osobito ako se izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda propisanog u njegovu stavku 4. sagleda u odnosu na stavak 1., smatram da je jedino ispravno zaključiti da sudac može izdvojiti mišljenje za svaku odluku i rješenje koju donosi Ustavni sud Republike Hrvatske. Neovisno o tome jesu li oni doneseni u postupku apstraktne kontrole ustavnosti zakona te ustavnosti i zakonitosti drugih propisa ili su oni rezultat prevedenog konkretnog postupka zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda vođenog na temelju podnesene ustavne tužbe.

Treće, iako to nije izrijekom propisano, smatram da iz same stipulacije „koji izdvoji mišljenje“ proizlazi: a) sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske može, ali ne mora, izdvojiti mišljenje za odluku i rješenje za koje je glasao protiv i/ili je glasao za, ali npr. smatra da postoje drugi razlozi za takvo njegovo glasanje i time bi trebalo proširiti obrazloženje uz tu odluku odnosno rješenje; b) iz stipulacije „sudac Ustavnog suda koji izdvoji...“; ovlašćuje na zaključak da je izdvajanje mišljenja propisano kao subjektivno pravo suca kojim on slobodno i neovisno disponira, sam odlučujući hoće li se tim pravom koristiti ili ne, ali ako se odluči da će ga koristiti tada ga je dužan pisano obrazložiti.

Četvrto, u supstancijalnom smislu evidentno je da Ustavni zakon o Ustavnom sudu izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda tretira kao a) njegovo subjektivno pravo; b) kao instrument ustavnopravnog karaktera koji mu omogućuje ostvarivanje prava na drugo mišljenje i njegovo iznošenje; c) za zaštitu njegove neovisnosti i neutralnosti; d) da je ono u funkciji ostvarivanja ustavom zajamčene slobode mišljenja i izražavanja misli; e) pravo javnosti da s izdvojenim mišljenjem bude upoznata.

Peto, institut izdvojenog mišljenja suca Ustavnog suda Republike Hrvatske je po svojoj pravnoj prirodi ustavne snage. Naprosto stoga što je propisano pravnim aktom koji se donosi po postupku i na način pripisan aktom koji se donosi po postupku i

na način propisan za donošenje Ustava, te sukladno toj ustavnopravnoj činjenici ima istu pravnu snagu kao sam Ustav. Kako Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ima snagu Ustava, razumije se samo po sebi da njime propisana prava, obveze i odgovornosti njihovih nositelja imaju ustavnu snagu.

Šesto, iz stipulacije „sudac Ustavnog suda koji izdvoji mišljenje...“, uz sve prethodno navedeno, dodatno se može konstatirati da izdvojeno mišljenje sudac može, ali ne mora uložiti, čime ono po svojoj pravnoj naravi nije i ne smije se tumačiti kao pravo cogentne naravi. No, ako ga sudac izdvoji, tada ga je dužan pisano obrazložiti, iz čega slijedi da je dužnost pisanog obrazloženja izdvojenog mišljenja imperativne, cogentne prirode. Ovo, dakako, ne samo zbog suca koji je izdvojio mišljenje već i svih ostalih sudaca Ustavnog suda. Naprosto stoga što oni o njegovom bitnom sadržaju trebaju biti upoznati prilikom same rasprave na kojoj ga je sudac izdvojio, da bi mogli raspraviti i eventualno prihvatiti argumente na kojima se ono zasniva. Pisano obrazloženje izdvojenog mišljenja bitno je radi prava javnosti da se upozna sa svim argumentima i pratećim stajalištima koji su bili važni za donošenje upravo takve odluke odnosno rješenja. U tom smislu, izdvojena mišljenja ne samo da izražavaju pravo i slobodu pojedinog suca Ustavnog suda na drukčije mišljenje i njegovo iznošenje te zbog toga i pravo na drukčiju odluku od one koju će prihvatiti većina, već je ono i izraz demokratičnosti postupanja i odlučivanja u ustavnom sudovanju. Dakako, neovisno o motivima koji su motivirali pojedinog suca da se koristi pravom da izdvoji svoje mišljenje. O tome će biti riječi kasnije.

2. Druga faza od 1999. do danas

Navedena analiza izdvojenog mišljenja iz članka 19. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 1991. pokazuje, ako se on tumači teleološki, da on sadrži sve bitno što određuje i karakterizira izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda, unatoč nespornoj činjenici da neka pitanja nisu izrijeком regulirana, već se do odgovora na njih mora doći smislenim tumačenjem cijelog članka sagledanog u sklopu cjelovite analize ustavnopravnog uređenja položaja, nadležnosti, zadaća, prava, obveza i odgovornosti Ustavnog suda Republike Hrvatske i njegovih sudaca.

Da članak 19. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 1991. nije propisao i razradio sve sadržajne i postupovne aspekte instituta izdvojenog mišljenja, potvrđuje i postupanje ustavotvorca prilikom izmjena i dopuna ovog instituta, kod donošenja novog Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske 1999.¹⁰

¹⁰ Taj Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske objavljen je u „Narodnim novinama“ broj 99/99.

Njime je odredba članka 19. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu iz 1991. znatno proširena i dopunjena. Uostalom, kao i cijeli Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH. Sadržaj bivšeg članka 19. u novom Ustavnom zakonu iz 1999. iskazan je u članku 26. On u cjelovitom tekstu glasi:

„Članak 26.

- (1) Ustavni sud donosi odluke i rješenja većinom glasova svih sudaca, ako Ustavom ili ovim Ustavnim zakonom nije drukčije određeno.
- (2) Ustavni sud donosi odluku kada odlučuje o biti stvari, a u ostalim slučajevima donosi rješenje.
- (3) Odluka i rješenje Ustavnog suda moraju biti obrazloženi.
- (4) Sudac Ustavnog suda koji izdvoji mišljenje dužan ga je pisano obrazložiti.
- (5) Sudac Ustavnog suda koji je glasovao suprotno većini može, u primjerenom roku od dana izrade odluke ili rješenja, pisano obrazložiti svoje mišljenje i objaviti ga.
- (6) Sudac Ustavnog suda se ne može uzdržati od glasovanja, osim u slučaju kada je sudjelovao u donošenju zakona, drugog propisa ili odluke koji su predmet odlučivanja.“

Razvidno je iz citiranog teksta da je ovaj članak proširen s dva nova (5. i 6.) stavka. Njime je a) stavkom 5. uređeno i propisano pravo i postupanje suca Ustavnog suda u slučaju kad glasuje suprotno većini, te b) propisano pravo i obveza suca da može, kad glasa suprotno većini, u primjerenom roku od dana izrade odluke, pisano obrazložiti svoje mišljenje i objaviti ga. Dakle može, ali ne mora. Drugim riječima, sudac Ustavnog suda RH kad glasa suprotno odluci većine ne mora posebno pisano obrazložiti svoje mišljenje i stav. Razumljivo, jer je pravna presumpcija da je to učinio na stručnim raspravama koje se odvijaju na odgovarajućim sjednicama na kojima se raspravlja i utvrđuje prijedlog odluke/rješenja o kojem će se glasanjem odlučiti na odgovarajućoj sjednici. Navedeni stavak 5. kompatibilno, iako ne i istoznačno, uređuje postupanje suca koji je glasao o odluci/rješenju suprotno većini. Kao što smo vidjeli, on može svoj suprotan stav odnosno mišljenje zbog čega ima suprotan stav u primjerenom roku od dana izrade odluke izraditi i objaviti, ali isto tako svoje suprotno glasovanje većini ne mora uopće pisano obrazložiti. Za razliku od toga, stavak 4. istog članka koji se odnosi na izdvojeno mišljenje propisuje drukčija prava i dužnosti suca. Sličnost je samo u tome da sudac može izdvojiti mišljenje. No, kada ga izdvoji dužan ga je pisano obrazložiti. Druga razlika ogleda se u tome da sudac može izdvojiti svoje mišljenje kod

svake odluke/rješenja, dakle i one za koju je glasao. Prema tome za izdvojeno mišljenje nije uvjet glasanje suprotno većini, iako je to najčešća situacija kada suci Ustavnog suda izdvajaju mišljenja, ali nije niti može biti jedina.

Nadalje, iako nije iskazano *expressis verbis* podrazumijeva se, kao što je propisano stavkom 5., da i u slučaju izdvojenog mišljenja iz stavka 4. sudac ne samo da ima dužnost pisano ga obrazložiti već mora imati pravo i objaviti ga. Tada može nastupiti jedna specifična situacija. Ona se ogleda u činjenici mora li se odluka/rješenje, za koju je sudac u smislu stavka 4. izdvojio mišljenje i za njega dao pisano obrazloženje, i kad to nije nužno ipak objaviti. Uostalom kao i u slučaju iz stavka 5., kad je sudac glasao protivno odluci većine, obrazložio svoje mišljenje i objavio ga na primjeren način u sredstvima u kojima se u skladu s Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu RH i Poslovníkom Ustavnog suda inače objavljuje. Podržavam one koji zastupaju stajalište da se tada odluka/rješenje koje je donijela potrebna većina sudaca mora objaviti zajedno s izdvojenim mišljenjem iz stavka 4. odnosno pisano obrazloženim mišljenjem iz stavka 5. I ne samo to, oba pisana akta (odluka/rješenje i pisano izdvojeno mišljenje) moraju biti objavljena jedno uz drugo, u istom sredstvu priopćavanja gdje se inače objavljuju. Ovo prije svega stoga što se takvim postupkom cjelokupnoj zainteresiranoj javnosti omogućuje pronalaženje obaju akata s jedne strane, a s druge strane u bitnom čitaocu odluke/rješenja i izdvojenog mišljenja olakšava komparacija argumenata i stajališta iskazanih u njima.

Isto tako, primjereni rok od dana izrade odluke iz stavka 5., koji ima sudac da pisano obrazloži svoje mišljenje, mora se tumačiti tako da: a) ga ima i sudac koji je sukladno stavku 4. izdvojio mišljenje; b) on nije određen kao prekluzivni rok te bi ga bilo poželjno urediti Poslovníkom Ustavnog suda i to kao instruktivni rok, čime bi ostala mogućnost tijelu Ustavnog suda koje je takvu odluku/rješenje donijelo da na svojoj sjednici taj rok i produži ako je to nužno i opravdano, o čemu odlučuje Ustavni sud.

Izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 2002. („Narodne novine“ broj 29/2002.), kojim je provedena revizija Ustavnog zakona iz 1999. godine, postojeći članak 26. u supstancijalnom smislu nije mijenjan i dopunjavan. Nakon pripreme i od strane nadležnog tijela objave pročišćenog teksta Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 49/2002.), članak 26. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 1999. promijenio je samo svoju numeraciju iz članka 26. u članak 27. kakva je sada u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 49/2002. - pročišćeni tekst).

Pored navedene odredbe članka 27. (posebice stavaka 4. i 5.) Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske kao odlučujućeg sadržaja ustavnopravnog

okvira za raspravu o izdvojenim mišljenju, valja uz njih imati na umu da se svako ustavnopravno pitanje raspravlja i sagleda uspoređujući ga sa cjelinom Ustava, a ovdje i cjelinom Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Kad analiziramo i raspravljamo institut izdvojenog mišljenja u kontekstu cjeline ustavnopravnih akata, ipak kad je u pitanju Ustav posebno valja voditi računa o: članku 3. koji sadrži najviše vrednote ustavnog poretka i koje su temelj za njegovo tumačenje, članku 38. koji jamči slobodu mišljenja i izražavanja misli i dakako glavu V. koja se odnosi na Ustavni sud Republike Hrvatske. Kad su u pitanju norme ustavne snage sadržane u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, onda treba posebno voditi računa o članku 2. stavku 1. koji utvrđuje zadaću Ustavnog suda RH jer on „jamči poštivanje i primjenu Ustava Republike Hrvatske i svoje djelovanje temelji na odredbama Ustava Republike Hrvatske i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske“.¹¹ Na posljetku, i o članku 3. koji pripisuje da je „djelovanje Ustavnog suda javno“.

3. Odredbe Poslovnika Ustavnog suda RH koje razrađuju izdvojeno mišljenje

Pored naprijed izloženog ustavnopravnog okvira koji regulira institut izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, treba ukazati na pravnu činjenicu da se vrste i postupak primjene izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda uređuje i njegovim Poslovníkom.¹² Konkretno, riječ je o člancima 50. i 51. koji se odnose na izdvojeno mišljenje te članku 52. kojim se razrađuje obrazloženje suprotnog glasovanja.

Navedeni članci Poslovnika Ustavnog suda Republike Hrvatske glase:

„Izdvojeno mišljenje

Članak 50.

- (1) Sudac ima pravo na izdvojeno mišljenje ako većina sudaca na Sjednici Ustavnog suda prihvati odluku ili rješenje čijoj se izreci i/ili čijem se obrazloženju sudac protivi.
- (2) Sudac koji na Sjednici Ustavnog suda izdvoji mišljenje u pogledu izreke i/ili obrazloženja odluke ili rješenja i usmeno ga obrazloži na Sjednici Ustavnog suda, dužan ga je pisano obrazložiti (članak 27. stavak 4. Ustavnog zakona).

11 Članak 2. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 49/02. - pročišćeni tekst.

12 Poslovník Ustavnog suda Republike Hrvatske objavljen je u „Narodnim novinama“ broj 181/03., 16/06., 30/08., 123/09., 63/10., 121/10., 19/13., 37/14., 2/15. Pročišćeni redakcijski tekst objavio je Ustavni sud Republike Hrvatske 15. veljače 2015. u „Narodnim novinama“ broj 2/15.

- (3) Izdvojeno mišljenje može izraditi i više sudaca zajedno ako se protive izreci i/ili obrazloženju odluke ili rješenja zbog istovjetnih pravnih razloga koji su usmeno obrazloženi na Sjednici Ustavnog suda (skupno izdvojeno mišljenje). Skupno izdvojeno mišljenje potpisuju svi suci koji su izdvojili svoja mišljenja.

Članak 51.

- (1) Izdvojeno mišljenje sudac je dužan usmeno najaviti na Sjednici Ustavnog suda nakon što predsjednik Ustavnog suda, poslije provedenog postupka glasovanja, objavi da je odluka, odnosno rješenje, čijoj se izreci i/ili obrazloženju sudac protivi, donesena.
- (2) U slučaju iz stavka 1. ovog članka, sudac koji je najavio izdvojeno mišljenje ima pravo istodobno zahtijevati da se donesena odluka ili rješenje, zajedno s izdvojenim mišljenjem, objavi u „Narodnim novinama“ i u slučaju kad objava odluke ili rješenja nije obavezna prema članku 29. stavku 1. Ustavnog zakona.
- (3) Sudac je dužan pisano obrazložiti i dostaviti predsjedniku Ustavnog suda izdvojeno mišljenje u roku osam dana od dana donošenja odluke, odnosno rješenja na Sjednici Ustavnog suda.
- (4) Do dostave izdvojenog mišljenja ili do isteka roka iz stavka 3. ovog članka, odluka, odnosno rješenje ne otprema se na objavu. Ako izdvojeno mišljenje nije dostavljeno predsjedniku Ustavnog suda do isteka roka iz stavka 3. ovog članka, odluka, odnosno rješenje otprema se radi objave u „Narodnim novinama“, a naknadno dostavljeno izdvojeno mišljenje uvezuje se u ustavnosudski spis i čini njegov sastavni dio.
- (5) Ovjerovljeni prijepis odluke, odnosno rješenja otprema se sudionicima u postupku i prije isteka roka iz stavka 3. ovog članka.
- (6) Odredbe stavaka 1. do 5. ovog članka odgovarajuće se primjenjuju i na skupno izdvojeno mišljenje više sudaca, te na izdvojeno mišljenje u postupcima u kojima se na Sjednici Ustavnog suda utvrđuju izvješća u skladu s člancima 104. i 105. Ustavnog zakona.

Obrazloženje suprotnog glasovanja

Članak 52.

- (1) Sudac ili više sudaca zajedno imaju pravo pisano obrazložiti i objaviti svoje mišljenje u slučaju kad su za odluku, rješenje ili izvješće glasovali suprotno

većini sudaca, ali ga nisu posebno usmeno obrazlagali na Sjednici Ustavnog suda (članak 27. stavak 5. Ustavnog zakona).

(2) U slučaju pisanog obrazloženja suprotnog glasovanja iz stavka 1. ovog članka odgovarajuće se primjenjuju članci 50. i 51. ovog Poslovnika.¹³

Iz supstancijskog sadržaja citiranih članaka Poslovnika Ustavnog suda Republike Hrvatske, razvidno je, bez potrebe detaljnijeg obrazlaganja, da su oni sastavni dio ustavnopravnog okvira koji se odnosi na institut izdvojenog mišljenja.

U ovom poglavlju nećemo se podrobnije baviti ovim odredbama Poslovnika, ali hoćemo kasnije u pojedinim poglavljima u kojima ćemo detaljnije s različitih aspekata obrađivati izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske. No, već ovdje je prilika reći da je iz izloženog ustavnopravnog okvira kojim se uređuju prava i obveze sudaca Ustavnog suda te postupak njegova ostvarivanja, sasvim uočljiva i razvidna razlika između njega i izdvojenog glasa kojeg imaju suci sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj. Zbog toga o toj razlici neću ovdje više pisati.

III. Pojmovno određenje izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda

Institutom izdvojenog mišljenja, osim pravnih teoretičara i praktičara (sudaca) bavi se i naša enciklopedistika i leksikografija. Nastojeći ga razumjeti i pravno definirati, polazeći od njegova značaja, kako u ostvarivanju neovisnosti i neutralnosti sudova i sudaca, tako i radi realizacije vrednote vladavine prava te pravno uređene demokratičnosti u postupcima primjene prava koji prihvaćaju pravo na drugo i drugačije stajalište iskazano kroz izdvojeno mišljenje.

Hrvatska enciklopedija tako u natuknici o izdvojenom mišljenju definira ga kao:

„Izdvojeno ili odvojeno mišljenje, u sudskome postupku označava mišljenje suca koje nastaje prilikom vijećanja ili glasovanja o sudskoj odluci, a koje se razlikuje od većinskoga mišljenja ostalih sudaca, članova vijeća ovlaštenoga da donese sudsku odluku.“¹⁴ Ovdje je riječ o izdvojenom mišljenju suca koji se ne slaže s odlukom većine sudaca sudskog vijeća u kojem je i on član. Riječ je dakle o izdvojenom mišljenju sudaca sudbene vlasti, a ne sudaca Ustavnog suda. To se potvrđuje i dalje kad se navodi da: „Sudska odluka donosi se na temelju većinskoga mišljenja sudaca, no izdvojeno mišljenje unosi se u zapisnik o vijećanju ili glasovanju ili se pak priključuje tomu

13 Ibidem.

14 Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2021. Pristupljeno stranici 31. ožujka 2021.

zapisniku, koji se zatim zatvara u poseban omot. Taj zapisnik može pregledati samo viši sud kada rješava o pravnome lijeku.“¹⁵

Za razliku od enciklopedijske definicije izdvojenog mišljenja, ovaj pojam Pravni leksikon definira na općenitiji način tako da se definicija ovog pojma može proširiti na izdvojena mišljenja kako sudbene vlasti tako i sudaca ustavnog suda. Ona glasi: „Izdvojeno mišljenje (eng. *separate opinion*; njem. *abweichende Meinung*; franc. *l'opinion séparée/et dissidente*), oblik pisanog sudačkog mišljenja u radu jednog broja najviših nacionalnih i međunarodnih sudova kojim se jedan ili više sudaca ne slaže s odlukom većine ili razlozima kojima se raspolaže. U Republici Hrvatskoj sudac Ustavnog suda koji izdvoji mišljenje dužan ga je pisano obrazložiti.“¹⁶

Pišući o izdvojenom mišljenju u svojoj knjizi: „Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske“ poznati ustavnosudski praktičar, ali i ustavnopravni teoretičar, pokojni Jadranko Crnić, ex predsjednik Ustavnog suda Republike Hrvatske izbjegao je cjelovito definirati taj ustavnopravni institut.¹⁷

Dr. sc. Teodor Antić, tajnik Ustavnog suda Republike Hrvatske u svom radu: „Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske“,¹⁸ izlaže uz svoju definiciju i nekoliko drugih definicija izdvojenog mišljenja. Tako on navodi definicije izdvojenog mišljenja iz Black's Law Dictionary navodeći da: „Izdvojeno mišljenje u pravnoj teoriji definira se kao mišljenje jednog ili više sudaca koji se ne slažu s odlukom donesenom od strane većine“¹⁹. Zatim navodi definiciju koju je dao Altan A., sudac Ustavnog suda Turske, pišući da: „Institut izdvojenog mišljenja može se odrediti i kao demokratski mehanizam koji odražava razmišljanje onih koji se razilaze s većinskim glasom odnosno mišljenjem o nekom pitanju“. Pored izloženih definicija Antić u istom radu navodi definiciju akademika Krbeka,²⁰ te se opisno i sam određuje prema ovom pojmu riječima: „sudska odluka često je zapravo izraz mišljenja većine koja je za nju glasovala, a glasovanje odnosno stajalište svakoga pojedinog suca – člana sudskog vijeća nije poznato javnosti niti strankama postupka ... radi osiguranja sudačke neovisnosti koja u sebi, između ostalog, sadrži i pravo suca da slobodno i neovisno izrazi i javno objavi svoje profesionalno mišljenje, sucima se daje pravo i mogućnost objave, tzv. izdvojenog mišljenja“.²¹

15 Ibidem.

16 Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 487.

17 Crnić Jadranko, „Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske“, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 56-61.

18 Rad je objavljen u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991), v. 37, br. 2, 837-873 (2016.)

19 Vidjeti kod Antić Teodor, o.c., str. 840.

20 Ibidem.

21 Ibidem, str. 338.

Izdvojeno mišljenje određuje polazeći od njegovog značaja za neovisnost svakog ustavnog suca i Jasna Omejec, ex predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tako ona ističe: „Institut izdvojenog mišljenja (*separate opinion*) jedno je od najdjelotvornijih jamstava individualne neovisnosti svakog ustavnog suca. On izražava ustavnu obvezu ustavnog suca da - tumačeći ustavne vrednote i zaštićena ustavna dobra - svaki slučaj o kojem ustavni sud odlučuje prosuđuje samostalno i neovisno. Taj je institut zajamčen svakom hrvatskom ustavnom sucu. On ima pravo na izdvojeno mišljenje ako većina sudaca na sjednici prihvati odluku ili rješenje čijoj se izreci i/ili čijem se obrazloženju sudac protivi.“²²

Sva navedena definiranja instituta izdvojenog mišljenja razmatrana sama za sebe su vrlo interesantna. No, mislim da je u pravu Teodor Antić kad upozorava, polazeći od sadržaja izdvojenog mišljenja, da: „Definicija je na prvi pogled jednostavna i jasna. Međutim, pojam izdvojenog mišljenja nije jednoznačan...“.²³ Toj njegovoj konstataciji - upozorenju - mogli bi pridodati i to da se po samom opsegu i sadržaju izdvojeno mišljenje razlikuje za suce sudbene vlasti i suce ustavnih sudova, o čemu je prethodno bilo riječi.

Zbog toga, radi što točnijeg i obuhvatnijeg određenja instituta izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda, smatram potrebnim prethodno ukazati na nekoliko ustavnopravnih pretpostavki i okolnosti koje s jedne strane utječu na opseg i sadržaj instituta izdvojenog mišljenja kao ustavnog prava suca ustavnog suda, a s druge strane što iz njih taj institut u ustavnoj demokratskoj državi nužno i opravdano proizlazi iz njezinog ustava.

Prva od njih je ona (koja kao pravno-politička činjenica s jedne strane, a s druge strane kao njezino obilježje) koja određuje demokratsku ustavnu državu i njezin ustavno-pravni poredak konstitucionaliziran u formalnom pogledu, u Stone Sweetovom smislu, na modelu ustava trećeg tipa.²⁴

22 Omejec Jasna, „Neovisnost Ustavnog suda Republike Hrvatske“, Regional Conference of Constitutional Courts, na temu: „Independence of Constitutional Courts“, održan u Ohridu, Republika Sjeverna Makedonija, 10. - 13. lipnja 2010., str. 27.

23 Antić Teodor, o.c., str. 840.

24 Sweet Stone Alec, pišući o ustavu trećeg tipa, navodi da on izražava nauk novog konstitucionalizma koji uključuje sljedeće:

- „Državne institucije uspostavljaju se pisanim ustavom i svoje ovlasti izvode isključivo iz njega;
- Taj ustav propisuje konačnu vlast narodu posredstvom izbora ili referendumu;
- Prakticiranje javne vlasti, uključujući zakonodavnu vlast, zakonito je samo ako je u skladu s ustavnim pravom;
- Ustav jamči katalog prava i sustav ustavnog sudstva za obranu tih prava;
- Sam ustav specificira kako se može revidirati.

Ustavi uspostavljaju postupke koje treba slijediti u stvaranju različitih oblika prava. To su proceduralna ograničenja; ako se postupak ne slijedi, stvorena pravna norma (zakon, administrativna odluka, sudska presuda) ustavno ne valja.“

Pored inih oblika ustav trećeg tipa određuje da: „Practiciranje javne vlasti, uključujući zakonodavnu vlast, zakonito je samo ako je u skladu s ustavnim pravom“, te da „Ustav jamči katalog prava i sustav ustavnog sudstva za obranu tih prava.“²⁵ Radi se o takvoj ustavom konstitucionaliziranoj demokratskoj i ustavnoj državi kod koje: „Analizirajući implikacije legalne forme ustava, odnosno ograničenje apsolutne suverene vlasti pravom, niz starih i suverenih pisca tražio je odgovor podizanjem toga problema na višu teorijsku razinu. A tu razinu obilježava zahtjev za vladavinom zakona a ne ljudi, zapravo zahtjev za vladavinom prava“. I to vladavina prava koje pored toga što „zahtjeva prije svega općenitost i apstraktnost svih zakonskih propisa...“ istovremeno ima imperativ jer: „zakoni treba da se odnose na sve: oni ne smiju predstavljati specifične naredbe koje će se odnositi samo na određeni krug osoba. Ključni je element očuvanje slobode i u nastojanju da se takvi propisi primjenjuju i na upravljače i na upravljane.“²⁶ S jedne strane, no uz vladavinu prava s druge strane je zahtjev takvog ustava da: „jamči katalog prava i sustav ustavnog sudstva za obranu tih prava.“²⁷ Iz toga slijedi da je vladavina prava jedna od najviših vrijednosti koju baštini i na kojoj počiva ustav trećeg tipa, a s druge strane on sam institucionalizira ustavni sud kao posebno tijelo koje brani ustavna prava, te jamči ustavnost i zakonitost kao temeljna načela - instrumente ostvarivanja vladavine prava unutar ustavnopravnog poretka koji nastaje na temelju takvog ustava i gdje je taj ustav na krajnjoj točki (špici) piramide tog ustavnopravnog poretka. Dakle, kao najviši i po svojoj pravnoj snazi najjači pravni akt s kojim svi niži pravni propisi (zakoni i drugi propisi) moraju biti u skladu s jedne strane, a s druge strane gdje je on i najviše pravo u toj državi.

Zapravo je ustavnom sudu u takvim državama namijenjena uloga tumača, „zaštitnika i čuvara ustava“,²⁸ a vladavini prava i drugim najvišim vrednotama na kojima počiva ustavnopravni poredak uloga da bude osnova za tumačenje samog ustava.

Republika Hrvatska je kod svoje konstitucionalizacije 1990. očigledno prihvatila model trećeg tipa ustava. To je razvidno iz analize njezinog Ustava, a posebno iz ustavne činjenice da se Ustav RH i na njemu utemeljen ustavnopravni poredak temelje na sustavu Ustavom propisanih najviših vrednota koje su osnova za njegovo tumačenje. S druge strane, Ustavom je utvrđen Ustavni sud koji ima posebno mjesto

Vidjeti njegov rad „Ustavi i sudska vlast“ u Caramani Daniele „Komparativna politika“, preveo Stipetić D., Politička analiza, Zagreb, 2013., str. 165.

25 Ibidem.

26 Bačić Arsen, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma“, Književni krug, Split, 2001., str. 11.

27 Sweet Alec Stone, o.c., str. 165.

28 Pojam čuvara ustava preuzeo sam od Petera Häberle. Vidjeti njegov rad: „Uloga i utjecaj ustavnih sudova iz komparativne perspektive“, u Bačić Arsen i Bačić Petar „Ustavna demokracija i sudovi“, Split, 2009., str. 353.

unutar sadržajnog korpusa Ustava, te mu je u cijelosti normama ustavne snage utvrđen položaj, zadaća, nadležnost i druga pitanja od značaja za njegov rad.²⁹

Navedene ustavnopravne činjenice i okolnosti smatrao sam potrebnim navesti iz razloga nesavršenosti općih pravnih normi sadržanih u pravnim propisima, pa i u samom Ustavu, i nužne potrebe njihovog tumačenja kod njihove primjene u konkretnom postupku zaštite ustavnom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda u postupcima po ustavnoj tužbi te kod ocjene ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti drugih propisa. Osim toga, svako tumačenje Ustava Republike Hrvatske radi njegove primjene nužno mora polaziti od najviših vrednota ustavnog poretka kao temelja za njegovo tumačenje.

Sve navedeno ističem vođen mišlju da nijedna opća norma nije tako savršena da prilikom njezinog tumačenja ne bi moglo doći do različitih stajališta kod njezinih interpretatora.

Navodeći prethodno polazim od poznatog stajališta³⁰ da niti jedna opća norma nije toliko savršena (idealna) da ju prilikom njene primjene na konkretan i/ili apstraktan ustavni spor ne bi bilo potrebno tumačiti, što može rezultirati različitim stajalištima o supstancijalnom sadržaju tumačene opće (pojedinačne i/ili općenormativnog akta kao cjeline) norme u primjeni na konkretan slučaj koji je predmet ustavnog spora. Različitost stajališta proizašlih iz tumačenja opće pravne norme „može oslabiti načelo vladavine prava“. Naime, upozorava dalje Kelsen: „Primjena prava uvijek uključuju njegovo tumačenje. Nikakva promjena nije moguća bez takvog tumačenja. Budući da su opće norme koje upravni i sudski organi trebaju primjenjivati nužno izraženi ljudskim jezikom, a ljudski je jezik uvijek više ili manje višeznačan, gotovo su uvijek moguća različita, a ponekad i proturječna tumačenja opće norme. Stoga stupanj u kojem oni na koje se neka odluka upravnih i sudskih organa odnosi tu odluku mogu predvidjeti, čak iako je ona koliko je to god moguće određena prethodno ustanovljenim općim normama, nije onako velik kako to pretpostavljaju oni koji se pouzdaju u vladavinu prava.“³¹

29 Ustavnom sudu Republike Hrvatske je u hrvatskom Ustavu posvećena posebna glava V. Vidjeti Ustav Republike Hrvatske „Narodne novine“ broj 85/10. - pročišćeni tekst. Hrvatski ustavotvorac je takvim pristupom jasno i nedvojbeno htio pokazati da Ustavni sud, iako je sud, nije u sastavu sudbene vlasti, da je državno tijelo (organ), ali ne ulazi u sustav državne vlasti ni kao zakonodavno, ni kao izvršno, ali ni sudbeno tijelo vlasti. On je tijelo kojem je namijenjena uloga tumača i čuvara Ustava Republike Hrvatske, ni manje ni više. O položaju, zadaćama i nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske više u mom radu: „Međuodnos Ustavnog suda Republike Hrvatske i sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god 52., 2/2015., str. 369-405.

30 Vidjeti поближе Kelsen Hans, „Obrana demokracije (Rasprava o teoriji demokracije)“, Naklada Breza, preveo Kiril Miladinov, Zagreb, 2012., str. 368.

31 Ibidem, str. 369.

Drugo, sam zahtjev Ustava Republike Hrvatske da su najviše vrednote³² ustavnog poretka (pa dakle i vladavine prava kao jedne od njih) osnova za njegovo tumačenje, dodatna je moguća (a u pravilu i jest) osnova koja dovodi do različitih stajališta u tumačenju općih (ustavnih) normi kod njihove primjene u rješavanju konkretnog ustavnog spora.

Naime, ustavne „vrednote demokratskog društva nisu same po sebi ni za sebe neutralni pojmovi“. Riječ je o pojmovima koji, pored inog, imaju moralni, kulturološki, pa i politički sadržaj.³³ Kao takvi oni nedvojbeno čine važne dijelove određene (konkretne) filozofije i ideologije te na njima zasnovane politike, pa je gotovo nemoguće kod njihovog tumačenja radi primjene na konkretne ustavne sporove izbjeći „stanoviti subjektivizam“, koji može imati za posljedicu drugačije stajalište kod pojedinog od više njegovih tumača. Što se u tijelima koja su kolektivna i kao kolektivitet donose odluke/rješenja može izraziti ne samo kao drukčije stajalište odnosno mišljenje, već i kao izdvojeno mišljenje ako je (i kada) je ustavnopravnim poretkom ono dopušteno.

Treća osnova koja otvara prostor za različita stajališta prilikom tumačenja općih pravnih normi ustavnog karaktera u rješavanju ustavnih sporova jeste sama bit, ustavna priroda ustavnog spora. Ključni i najznačajniji ustavni sporovi koji se vode pred ustavnim sudom su sporovi apstraktne kontrole ustavnosti zakona te ustavnosti i zakonitosti drugih (podzakonskih akata općenormativnog karaktera) propisa. Dakako ne zanemarujući druge (uključivo i one radi zaštite ustavom zajamčenih ljudskih prava i sloboda na osnovu podnesene ustavne tužbe) ustavne sporove.

Bitno obilježje ustavnog spora je nastojanje nadležnog tijela (Ustavnog suda) da utvrdi ono što odgovara objektivnom pravu, a ne mogućem interesu (pravu) jednog i/ili drugog sudionika spora. Za objektivni (ustavni) spor nije bitno hoće li se ili neće prihvatiti zahtjev pokretača spora kao što je to bitno za sudski spor među strankama, već je od temeljne važnosti da se u cijelosti riješi pitanje ustavnosti, odnosno zakonitosti. Naime, rješavanjem pitanja ustavnosti, odnosno ustavnosti i zakonitosti putem objektivnog prava iz ustavnopravnog se poretka otklanja pravni propis, odnosno pojedina njegova odredba koja nije u skladu s ustavom, odnosno s ustavnom i zakonom, a koji su uslijed toga ugrožavali vladavinu prava i pravnu sigurnost. Zbog toga tijelo (Ustavni sud u RH) koje rješava pitanje ustavnosti i zakonitosti nekog pravnog propisa ili pojedine njegove odredbe u apstraktnom modelu njegovog ispitivanja nije i

32 Najviše vrednote ustavnog poretka čine vrijednosni sustav koji je utvrdio hrvatski ustavotvorac i na kojima je utemeljio svoj ustavnopravni poredak i ustavni identitet svojih društvenih i državnih interesa i ciljeva programiranih i definiranih Ustavom Republike Hrvatske.

33 Vidjeti o tome kod Bačić Petar, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam“, Split, 2010., str. 280., te također moj rad: „Ustavnosudski aktivizam i europski standardi“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., str. 1-26.

ne može biti vezano razlozima koje iznosi podnositelj zahtjeva odnosno prijedloga za ocjenu ustavnosti zakona, odnosno ustavnosti i zakonitosti drugog propisa, za razliku od redovnog sudskog spora među strankama gdje je sud vezan razlozima iznesenim u tužbi kojom jedna od stranaka pokreće spor.³⁴

Vežanost tužbom slična je sa sudskim sporom kod ustavnog spora koji se vodi na temelju ustavne tužbe za zaštitu ustavnom zajamčenih ljudskih prava i sloboda. Međutim, i u tim sporovima Ustavni sud RH, ne odlučuje o konkretnim interesima i pravima stranaka odnosno tko ima, a tko nema pravo, već utvrđuje da li su tokom redovitog upravnog i/ili sudskog postupka podnositelju ustavne tužbe povrijeđena ustavom zajamčena ljudska prava i slobode.

Zapravo, ni u ovom ustavnosudskom postupku Ustavni sud ne dosuđuje koja je stranka u pravu, već utvrđuje je li nadležno državno tijelo, ili drugo tijelo s javnopravnim ovlastima provodeći redovni postupak sudskog (i/ili upravnog) postupka povrijedilo ustavna i zakonska prava podnositelja glede Ustavom RH (i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda) zaštićenih ljudskih prava i sloboda. Ako utvrdi da postoji takva povreda, Ustavni sud RH će usvojiti ustavnu tužbu, ukinuti odluku državnog tijela koja je osporena ustavnom tužbom podnositelja i vratiti je tim tijelima na ponovno postupanje.

Međutim, važno je uočiti razliku koja postoji između ustavnog spora temeljem ustavne tužbe radi zaštite ustavom zajamčenih ljudskih prava i sloboda i redovnog sudskog spora pred sudbenom vlašću koje vode stranke radi zaštite svog prava kojim je zaštićeno njihovo dobro i/ili interes.

Za razliku od redovnog sudskog spora, u objektivnom ustavnom sporu temeljem ustavne tužbe Ustavni sud odlučujući o ustavnoj tužbi u „izvjesnom smislu - sudi u tri razine... Ustavni sud prvo odlučuje o tome postoje li procesne pretpostavke za suđenje... (nadležnost) Suda; je li tužba pravodobna, potpuna i razumljiva; je li dopuštena, tj. je li iscrpljen dopušteni pravni put odnosno je li se njezin podnositelj u prethodnom postupku koristio dopuštenim pravnim sredstvima te može li pravna osoba koja je podnijela tužbu uopće biti nositelj ustavnih prava. Ako nema procesnih pretpostavki, Ustavni sud će rješenjem odbaciti ustavnu tužbu.

Ako postoje procesne pretpostavke, Ustavni sud mora odlučiti o još dvije različite stvari:

34 Vidjeti članak 71. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH. No, i tu za Ustavni sud i njegove suce postoji iznimka. Naime, ako Ustavni sud uoči da se radi o povredi ustavom zajamčenih ljudskih prava i sloboda, on može smislenim tumačenjem sadržaja i obrazloženja ustavne tužbe izvući osnovu za svoje postupanje po toj ustavnoj tužbi i njezinom podnositelju zaštititi povrijeđena ustavna prava, odnosno slobode, ako utvrdi njihovu povredu.

- prvo, jesu li prava koja su istaknuta u ustavnoj tužbi (za koja tužitelj tvrdi da su mu povrijeđena) zaista ustavna prava, tj. takva koja se mogu isticati u ustavnoj tužbi i koja su predmet ustavnopravne zaštite;
- drugo, ako je odgovor na prethodno pitanje pozitivan, jesu li ta ustavna prava povrijeđena, tj. je li ustavna tužba osnovana.³⁵

Iz izloženog je sasvim razvidno da su suci Ustavnog suda u postupanju na osnovu ustavne tužbe također u kontinuiranoj potrebi tumačiti ustavne norme koje jamče zaštitu ljudskih prava i sloboda, a za koje podnositelj ustavne tužbe smatra da su mu povrijeđena. Dakako i tada polazeći od temeljnih ustavnih vrednota koje su osnova za tumačenje Ustava, pa dakle i njime propisanih i zajamčenih ljudskih prava i sloboda. Da u tom tumačenju može doći do razilaženja u mišljenju i stajalištima među sucima Ustavnog suda ne moramo posebno isticati. To je razumljivo samo po sebi, kao što je razumljiva i takva situacija da se, ako se ne slaže s odlukom/rješenjem većine ili s obrazloženjem odluke/rješenja, pojedini sudac Ustavnog suda odluči koristiti pravom na izdvojeno mišljenje.

Stoga ustavni sud kada u apstraktnoj kontroli „ispituje i ocjenjuje ustavnost i/ili zakonitost osporenog pravnog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe u skladu s propisanim mu ovlastima i procedurama, samo po svom nahođenju poduzima mjere, radnje i provodi potrebne postupke koji će mu omogućiti takvu interpretaciju i zauzimanje stajališta čime će razmrsiti i razriješiti pitanje sporne ustavnosti, odnosno ustavnosti i zakonitosti drugog pravnog propisa.

(...)

Zapravo, po svojoj pravnoj naravi ustavni spor kao objektivni spor u kojemu se na apstraktan način ispituje ustavnost zakona i/ili ustavnost i zakonitost podzakonskih propisa jest spor između normativnopravnih akata, odnosno pravnih normi kod kojih je jedna od njih po pravilu ustavna, odnosno zakonita, dok je druga neustavna, odnosno nezakonita ili još točnije podnositelj zahtjeva i/ili prijedloga tvrdi da je neustavan, odnosno nezakonit.³⁶

U objektivnom ustavnom sporu apstraktne kontrole nužno dolazi do interpretacije s jedne strane Ustava i ustavne norme, a s druge strane zakona i/ili podzakonskog akta odnosno njihove norme čija se ustavnost i/ili ustavnost i zakonitost osporavaju. Tom

35 Vidjeti pobliže Belajec Vladimir, bivši sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske: „Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe“, u: Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava, Organizator, Zagreb, 2000., str. 112.

36 Mato Arlović: „Međuodnos Ustavnog suda Republike Hrvatske i...“, o.c, str. 372. Također, o ustavnosudskom sporu apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti vidjeti: „Pravna enciklopedija“, Suvremena administracija, Beograd, 1979., str. 1556.

interpretacijom zauzeto stajalište većine ili svih sudaca kompariraju se s argumentima i stajalištima podnositelja zahtjeva odnosno prijedloga za ocjenu ustavnosti i/ili zakonitosti osporenog pravnog akta i/ili pojedine njegove pravne norme za koju podnositelj tvrdi da je neustavna i/ili da je neustavna i nezakonita. No, kako Ustavni sud u apstraktnoj kontroli nije vezan razlozima i stavovima podnositelja na osnovu kojih on smatra da je osporeni pravni propis ili njegova pojedina odredba neustavna i/ili neustavna i nezakonita (ako se i kad se radi o provedenom propisu), Ustavni sud će, ako smatra potrebnim, i sam na vlastitu inicijativu ispitati i ocijeniti njihovu ustavnost i/ili ustavnost i zakonitost. Međutim tumačeći ustavne odredbe i Ustav kao cjelinu, polazeći od njegovih temeljnih vrednota, te osporene pravne propise odnosno pojedine njegove odredbe u postupku ispitivanja i ocjenjivanja provodeći apstraktnu kontrolu svi suci ne moraju doći do istih argumenata, stajališta i zaključaka. Tada se otvara četvrto pitanje, a to je koje pravo imaju suci koji se ne slažu sa argumentima, stajalištima i konačnim zaključcima većine, s jedne strane i s druge strane iz koje ustavne norme *in concreto* takvo njihovo pravo proizlazi. Prema Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH i Poslovniku Ustavnog suda RH riječ je o pravu na izdvojeno mišljenje. To pravo temeljem tih propisa pripada sucu Ustavnog suda Republike Hrvatske. U navedene propise hrvatski ustavotvorac ih je ugradio polazeći od: a) najviših vrednota ustavnog poretka, napose od slobode i vladavine prava; b) ustavnog jamstva slobode mišljenja i izražavanja misli; te c) od posebnog položaja, zadaća i nadležnosti Ustavnog suda i njegovih sudaca koji im je aktima ustavne snage utvrdio, s ciljem ostvarivanja njihove neovisnosti i neutralnosti.

Zapravo je ustavni institut izdvojenog mišljenja u zaštiti neovisnosti i neutralnosti Ustavnog suda „jedno jako oružje njihove zaštite propisano normalna ustavne snage“, ali i instrument ostvarivanja ustavom zajamčene slobode mišljenja i izražavanja misli sudaca Ustavnog suda RH, u skladu s vladavinom prava kao jednom od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske.

Slijedom svega izloženog, smatram da bi se institut izdvojenog mišljenja za suce Ustavnog suda Republike Hrvatske mogao definirati tako da glasi:

Institut izdvojenog mišljenja za suce Ustavnog suda Republike Hrvatske je ustavni institut koji sadrži ustavno pravo, obvezu i odgovornost ustavnog suca, kojim on ostvaruje slobodu kao jednu od najviših vrednota ustavnog poretka realizirajući je svojom ustavom zajamčenom slobodom mišljenja i izražavanja misli u postupcima donošenja ustavnosudskih odluka/rješenja, u skladu s vladavinom prava i svojom neovisnošću izdvajanjem svoga mišljenja prilikom vijećanja i/ili glasovanja, jer se ne slaže s većinskim mišljenjem sudaca u konkretnom predmetu ustavnog spora i/ili se ne slaže s obrazloženjem konkretne ustavnosudske odluke/rješenja.

Izdvojeno mišljenje suca ili više sudaca koji se ne slažu s odlukom/rješenjem i/ili njihovim obrazloženjem koju je donijela većina sudaca Ustavnog suda, mora biti najavljeno i pisano obrazloženo te se objavljuje zajedno s odlukom/rješenjem protiv kojih je izjavljeno u nadležnom službenom glasilu u Republici Hrvatskoj u kojoj Ustavni sud objavljuje svoje odluke/rješenja.

Sudac (suci) koji je izdvojio mišljenje ima pravo da mu se odredi „primjereni rok“ za izradu pisanog obrazloženja izdvojenog mišljenja. Primjereni rok se računa počevši „od dana izrade odluke ili rješenja“.³⁷

IV. Subjekti, sadržaj, vrste (oblici) i obilježja instituta izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske

1. Subjekti prava na izdvojeno mišljenje

Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH i Poslovník Ustavnog suda RH utvrđuju da je subjekt prava na izdvojeno mišljenje sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske. Riječ je o subjektivnom pravu suca Ustavnog suda koje on može koristiti prema svojoj procjeni i nahodañju. Dakle, može ali i ne mora. Važno je istaknuti da je sudac Ustavnog suda RH potpuno samostalan i neovisan u odlučivanju hoće li se s ovim pravom koristiti. S navedenim pravom suci Ustavnog suda RH stekli su pravo da mogu javno ostvariti pravo na drugačije mišljenje i izložiti ga na prosudbu javnosti od onoga koje je zauzela većina sudaca koji su donijeli odluku odnosno rješenje Ustavnog suda. Naravno, bez ikakvih štetnih posljedica po sebe, osim kritičkog osvrta javnosti na njegovo izdvojeno mišljenje kojem je ono, kao i cijela odluka odnosno rješenje koje je donio Ustavni sud, inače izloženo.

2. Sadržaj prava na izdvojeno mišljenje

Izdvojeno mišljenje je ustavni institut koji obuhvaća prava i obveze suca Ustavnog suda RH, koje su ustavne prirode i pravne snage. Naprosto zato što ih uređuje pravni propis (Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH) ustavne prirode i snage.

Ovaj ustavni institut vezan je (isključivo) uz i pripada sucu Ustavnog suda RH. Po svojoj sadržajnoj strukturi je složen i slojevit. Takva ocjena proizlazi iz sadržaja prava

³⁷ Vidjeti pobliže članak 27. stavak 5. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.

i obveza koja iz njega proizlaze za suca Ustavnog suda RH. Analizom pravnih odredbi (sadržanih u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH i njegovom Poslovniku) koje ga uređuju i razrađuju mogu se razlučiti slijedeća prava i slobode sudaca Ustavnog suda RH, koja se mogu razvrstati:

- a) pravo suca Ustavnog suda Republike Hrvatske da odluči hoće li ga ili ne koristiti;
- b) pravo da može izdvojiti mišljenje na izreku i/ili obrazloženje odluke odnosno rješenja koju je donijela većina sudaca Ustavnog suda s kojom se on ne slaže;
- c) pravo na izbor vrste (oblika) izdvojenog mišljenja koje će podnijeti s obzirom na to ulaže li ga na izreku i/ili na obrazloženje odluke i/ili rješenja koje je donijela većina, a on se s njim ne slaže, i
- d) pravo da se njegovo izdvojeno mišljenje objavi zajedno uz odluku ili rješenje Ustavnog suda RH na koje je dano.

Uz navedena prava ovaj ustavni institut sadrži i obveze koje sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske mora ispuniti. Te obveze su:

- a) najava izdvojenog mišljenja već prilikom vijećanja i postupka odlučivanja o odluci ili rješenju za koju većina sudaca glasa, a on se s njom ne slaže bilo u pogledu njezine izreke i/ili obrazloženja, ili oboje. Ova obveza je po svojoj naravi kogentnog karaktera. Zapravo ju sudac po Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH mora najaviti;
- b) da izdvojeno mišljenje pisano obrazloži;
- c) da u primijenjenom roku koji teče od dana izrade odluke ili rješenja pisano sačini obrazloženje izdvojenog mišljenja i
- d) obvezu da pisano izdvojeno mišljenje u primjerenom roku dostavi na objavu zajedno i uz odluku odnosno rješenje za koje ga je izdvojio. Propuštanje izvršenja obveze da pisano izdvojeno mišljenje dostavi u primjerenom roku za objavu za suca ima slijedeći učinak - njegovo izdvojeno mišljenje dostavljeno za objavu nakon proteka primjerenog roka neće biti objavljeno zajedno i uz odluku ili rješenje na koje je najavljeno i uloženo. Umjesto toga ono će biti zaprimljeno, uloženo i uvezano u spis odluke ili rješenja te zajedno sa spisom arhivirano.

3. Vrste (oblici) izdvojenog mišljenja

Pišući o izdvojenom mišljenju sudaca pravni teoretičari su ih razvrstavali u različite vrste, odnosno oblike. Tako ih je u svojoj knjizi „Ustavno sudovanje“ akademik Ivo Krbeč dijelio na ona koja su suprotna samoj izreci odluke/rješenja Ustavnog suda i ona gdje se sudac doduše slaže s izrekom, ali se protivi, odnosno se razlikuje s većinom koja je donijela odluku/rješenja u obrazloženju odluke/rješenja.³⁸ Ex predsjednik Ustavnog suda RH Jadranko Crnić izdvojena mišljenja sudaca Ustavnog suda razvrstavao je na: a) suprotno mišljenje odluci/rješenju koje je donijela većina b) izdvojeno „konkurirajuće mišljenje“ gdje sudac glasa za odluku/rješenje zajedno s većinom, ali izdvaja svoje mišljenje jer ima drugačije razloge od većine, zbog kojih glasa za i c) izdvojeno „odobravajuće (potvrđujuće) mišljenje“, gdje sudac izdvaja mišljenje iako se slaže s izrekom i obrazloženjem, ali uz dato obrazloženje izreke ima još dodatnih razloga koji su po njegovom mišljenju važni i treba ih navesti za donošenje takve odluke /rješenja te njima dopunjava obrazloženje u svom izdvojenom mišljenju³⁹. Uz te vrste izdvojenih mišljenja Jadranko Crnić izdvojio je i podjelu izdvojenih mišljenja na temelju prakse Europske komisije za ljudska prava (sada Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu), i to onako kako su ona izložena u časopisu „Europäische Grundrechte Zeitschrift“, Heft, 16-19., od 30. studenoga 1993. na str. 458 (Europski časopis o temeljnim pravima EuGRZ). Pa navodi da su tada bila poznata i priznata „izdvojena mišljenja kao: - posebna mišljenja (*sonder votem*) u obliku:

- odstupajućeg mišljenja (*abweichende Meinung*),
- odobravajućeg mišljenja (*Zustimmende Meinug*),
- djelomično odobravajuće, a djelomično odstupajuće mišljenje (*Teilweise Zustimmende, teilweise abweichende Meinung*).⁴⁰

Za razliku od Jadranka Crnića, Teodor Antić smatra da: „Pojam izdvojenog mišljenja u hrvatskom pravnom sustavu ima dvojako značenje:⁴¹

- u širem smislu obuhvaća potvrđujuće odnosno podudarno izdvojeno mišljenje i suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *separate opinion*),
- u užem smislu ono označava samo suprotno izdvojeno mišljenje (u značenju engleskog izraza *dissenting opinion*).

Što se tiče izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda RH, smatram potrebnim reći da Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH, člankom 27. stavkom 4. propisuje samo

38 Krbeč Ivo, „Ustavno sudovanje“, izdavački zavod JAZU, Zagreb, 1960., str. 86.

39 Crnić Jadranko, o.c., str. 60.

40 Vidjeti kod Crnić Jadranko, o.c., str. 60.

41 Antić Teodor, o.c., str. 842.

da sudac može izdvojiti mišljenje. No, analizirajući odredbe Poslovnika Ustavnog suda RH koje se odnose na izdvojeno mišljenje i dosadašnju praksu Ustavnog suda RH mogli bi zaključiti da izdvojeno mišljenje sudaca Ustavnog suda može biti:

- suprotno izdvojeno mišljenje (suprotno izreci i obrazloženju donesene odluke/rješenja);
- koje prihvaća izreku, ali u cijelosti ne prihvaća obrazloženje, te se izdvojenim mišljenjem daje novo obrazloženje izreke;
- izdvojeno mišljenje suca koji prihvaća izreku i obrazloženje odluke/rješenja, ali njime obrazloženje dopunjuje novim razlozima i argumentima, te
- izdvojeno mišljenje kojim sudac prihvaća izreku odluke/rješenja, ali se ne slaže s dijelom njihova obrazloženja te ga mijenja i/ili smatra da je dato obrazloženje uz njih potrebno dopuniti dodatnim razlozima i argumentima.

Zapravo se izdvojeno mišljenje suca u potonje tri vrste odnose na različite varijante izdvojenog mišljenja kojim se ne prihvaća u cijelosti i/ili djelomično obrazloženje donesene odluke/rješenja.

Osim navedenih vrsta izdvojenog mišljenja koje su razvrstane po predmetu zbog kojeg ih sudac daje, potrebno je ukazati na posebnu vrstu izdvojenog mišljenja koju Poslovnik Ustavnog suda naziva skupno izdvojeno mišljenje.⁴² Radi se o izdvojenom mišljenju koje izdvaja više sudaca, daju ga i potpisuju u istom pisanom sadržaju. Iako se naziva skupno, zajedničko, mišljenje, više sudaca koji se ne slažu s većinom koja je donijela odluku/rješenje, ipak valja reći da ono nije rezultat zajednički izražene volje svih sudaca kao kolektiviteta koji su ga izdvojili. Radi se o izdvojenom mišljenju kojem je prihvaćajući njegovu pisanu formu i izloženi sadržaj dobrovoljno, samostalno i neovisno pristupio i potpisao ga kao svoje (pa čak ako i kad ga nije sam pisao) svaki sudac ponaosob od većine sudaca koji su ga dali kao skupno (zajedničko) mišljenje.

4. Obilježja prava na izdvojeno mišljenje

Prava i obveze suca Ustavnog suda RH koja proizlaze iz ustavnog instituta izdvojenog mišljenja po svojim karakternim obilježjima su:

Neodvojiva su od suca Ustavnog suda RH. Radi se o pravima i obvezama koja su vezana isključivo uz suca Ustavnog suda RH koji je u mandatu i djelatno obavlja svoju funkciju. Iz ovog obilježja slijedi obilježje neprenosivosti jer ona pripadaju samo sucu Ustavnog suda RH. Naglasak je samo na njemu, što će reći da ih ni on ne može prenijeti na bilo koga trećeg. Pored toga, prava i obveze iz ustavnog instituta izdvojenog

42 Vidjeli pobliže članak 50. Poslovnika Ustavnog suda RH.

mišljenja pripadaju sucu Ustavnog suda RH samo dok obavlja funkciju (dužnost) suca Ustavnog suda. U tom smislu ova prava su vezana uz funkciju suca Ustavnog suda RH, te je njihova vezanost uz funkciju još jedno od njihovih obilježja.

Sama spoznaja da su ona vezana uz funkciju (dužnost) suca Ustavnog suda ukazuje na činjenicu da su ona za suca pravo koje je instrument ostvarivanja s jedne strane ustavnog jamstva slobode mišljenja i izražavanje misli, a s druge strane da je instrument pokazivanja javnosti drugačijeg mišljenja i stajališta u odnosu na većinu koja je konkretnu ustavnosudsku odluku odnosno rješenje donijela. Zapravo, time ona postaju instrument koji pokazuje demokratičnost u postupcima donošenja odluka/rješenja Ustavnog suda.

Složenost je nadalje još jedno od obilježja instituta izdvojenog mišljenja sudaca Ustavnog suda RH. Ovo obilježje vezano je i proizlazi iz same sadržajne strukture prava i obveza koje ovaj ustavni instrument obuhvaća u ustavnom sudovanju.

Institut izdvojenog mišljenja kao skup prava i obveza suca Ustavnog suda RH obilježava i karakteristika nepotrošivosti odnosno ponovljivost. Naime iskorištenjem prava na izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda njegovim ulaganjem na konkretnu odluku odnosno rješenje nije prestalo (potrošeno) pravo na izdvojeno mišljenje koje kao subjektivno pravo ima sudac. Ono se može, kad to sudac odluči ponovno koristiti (uložiti) kod bilo koje druge odluke odnosno rješenja Ustavnog suda RH koju je donijela većina sudaca, jer se sudac koji ga ulaže (daje) ne slaže s njima bilo zbog njihove izreke i/ili njihovog obrazloženja ili iz obaju razloga. I na kraju valja istaći obilježje ustavnosti koje karakterizira izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda RH jer je ono utvrđeno aktom ustavne snage. To ima, zbog složenosti moguće njegove revizije (isto kao što je propisana za postupak revizije samog Ustava), izniman značaj za ustavno jamstvo sigurnosti dato sucima Ustavnog suda RH putem instituta izdvojenog mišljenja, čime je konkretno ustavnopravno ojačana njihova neovisnost i samostalnost, kako prema trećima, tako i unutar samog Ustavnog suda RH u postupku donošenja odluka i rješenja u konkretnom predmetu ustavnog sudovanja.

V. Zaključna razmatranja

Institut izdvojenog mišljenja sudaca, pa tako i za suce ustavnih sudova još tijekom bliske povijesti imao je veliki broj protivnika. Osnova njihovog protivljenja sadržana je u činjenici što se po njima izdvojenim mišljenjem narušava tajnost glasovanja o odlukama i/ili rješenjima koje donose ustavni sudovi. Nadalje, iznosila su se stajališta po kojima bi suci ustavnih sudova primjenom izdvojenih mišljenja i njihovom objavom slali poruku javnosti o slabostima ustavnopravnog poretka i nepostojanja

jedinstva u pogledu njegova tumačenja i primjene na konkretne slučajeve, što može ugroziti jednakost i ravnopravnost fizičkih i pravnih osoba u postupcima pred ustavnim sudovima, te u krajnjoj liniji dovesti do ugroze i povrede vladavine prava i pravne sigurnosti. Osim toga: „Protivnici prava sudaca na izdvojeno mišljenje tvrde da ono dovodi do politizacije uloge i položaja sudaca Ustavnog suda, pa i do mogućnosti zlouporabe tog ovlaštenja, a time i do degradacije ozbiljnosti i digniteta suda“.⁴³ Dakako, ni ovakvi strahovi i zauzeta stajališta nisu bez ikakvog uporišta u ustavnosudskoj praksi kod primjene instituta izdvojenog mišljenja. Uvijek će biti pojedinačnih slučajeva u provođenju instituta izdvojenog mišljenja koji dovode do politizacije „uloge i položaja suca Ustavnog suda“. I ne samo to, već i takvih slučajeva kad pojedini sudac institut izdvojenog mišljenja upotrebljava da bi se u stručnom pa i političkom pogledu dodatno afirmirao i dodvorio javnosti. Međutim, to nije i ne smije biti pravilo ponašanja sudaca Ustavnog suda u primjeni instituta izdvojenog mišljenja. Zapravo takvo ponašanje s izdvojenim mišljenjem treba okarakterizirati kao zloupotrebu, jer ono je oprečno ponašanju, ulozi i djelovanju sudaca Ustavnog suda te samoj ulozi Ustavnog suda u tumačenju i zaštiti Ustava i na njemu utemeljenog ustavnopravnog poretka.

S druge strane, pojedinačni oblici zloupotrebe instituta izdvojenog mišljenja sudaca ustavnih sudova nisu ni približno razmjerni s koristima koje ona unose u ustavnosudsko sudovanje. Prije svega korist se uočava na načelnoj razini poštovanja i ostvarivanja Ustava napose kroz pozitivan primjer svekolikoj javnosti da koristeći se svojim ustavnim pravima i ispunjavajući svoje ustavne dužnosti doprinose njegovoj sveukupnoj implementaciji. Naime, koristeći se institutom izdvojenog mišljenja suci Ustavnog suda javno pokazuju da ostvaruju svoju samostalnost i neovisnost s jedne strane, a s druge strane da na taj način realiziraju, u svom poslu, slobodu kao jednu od najviših vrednota ustavnog poretka putem jednog od bitnih supstancijalnih jamstava, a to je slobodom mišljenja i izražavanja misli bez ikakvih štetnih posljedica. Ustavni suci korištenjem prava na izdvojeno mišljenje izlaze pred javnost s drugim i drugačijim mišljenjima i stajalištima od onih na osnovu kojih je većina donijela i obrazložila predmetnu odluku odnosno rješenje. Na taj način pojedini sudac se stručno predstavio javnosti i izašao „iz sjene suda“, odnosno iskoračio u javnost iza zavjese koju čini kolektivno (glasovima većine) izglasana i obrazložena odluka odnosno rješenje Ustavnog suda. Ne smije se zanemariti ni mogući pozitivni utjecaj izdvojenih mišljenja pojedinih sudaca na buduće odluke/rješenja u sličnim i/ili istovrsnim predmetima ustavnih sudova. Napose, nakon što je iz formalnih i funkcionalnih ustavnih razloga došlo do promjene tumačenja i zauzimanja drugačijeg stajališta,

43 Crnić Jadranko, o.c., str. 60.

bliskog onom iskazanom u izdvojenom mišljenju, te napuštanjem stare prakse od strane većine sudaca koji glasaju za rješavajući te i takve predmete. Nastupanje takvih učinaka može biti značajan motiv i poticaj sucu pojedincu da se koristi institutom izdvojenog mišljenja. Njegovim korištenjem sudac pojedinac istodobno podiže stupanj svoje ambicije, predanosti poslu i odgovornosti za postizanje što kvalitetnije odluke odnosno rješenja ustavnog suda, te putem njih jačanju ustavnosti i zakonitosti, vladavine prava i pravne sigurnosti za cijeli ustavno-pravni poredak.⁴⁴

Izdvojeno mišljenje pojedinog suca (i/ili više sudaca uz skupno izdvojeno mišljenje) uz odluku odnosno rješenje koju je izglasala većina, nakon što je dostavljeno sudionicima ustavnosudskog spora te objavljeno, sigurno dodatno doprinosi boljoj obaviještenosti pokretača ustavnosudskog spora, ali i sveukupne javnosti. Zapravo, institut izdvojenog mišljenja kod ustavnog sudovanja je korak ka njegovom daljnjem otvaranju javnosti, te njegove daljnje demokratizacije, naravno u granicama koje je utvrdio ustavnopravni poredak.

Sve te prednosti koje nosi primjena instituta izdvojenog mišljenja nikako ne znače zagovaranje napuštanja da se pokuša postići jedinstveno mišljenje i stajalište svih sudaca Ustavnog suda kod odlučivanja i donošenja odluke i/ili rješenja i njihovog obrazloženja u konkretnom predmetu ustavnog sudovanja. No, taj zahtjev ne smije biti imperativan.

Postizanje jedinstvenog stajališta sudaca Ustavnog suda kod ustavnosudskog odlučivanja mora biti rezultat argumentirane, stručne rasprave, bez nametanja i pritisaka bilo koga na pojedinog suca, s osnovnim ciljem da se donese odluka koja će biti u skladu s načelima ustavnosti i zakonitosti, odnosno vladavine prava i zaštite pravne sigurnosti. Ovo tim više ako se ima svijest o pozitivnim učincima koje u javnosti čini odluka odnosno rješenje ustavnog suda za koju je kod glasanja postignuta jedinstvenost.

Naravno, ako se nakon njihovog izglasavanja i objave u javnosti (napose znanstvene i stručne) ne počnu objavljivati mišljenja i stajališta suprotna izreci i/ili obrazloženju odluke odnosno rješenja koji su izglasani jednoglasno. Napose ako su utemeljena i proizlaze iz ispravnog tumačenja ustava, zakona i drugih pravnih akata u zaštiti ustavnosti i zakonitosti, vladavine prava i pravne sigurnosti i u konkretnom ustavnosudskom sporu koji je bio predmetom raspravljanja i odlučivanja predmetne odluke odnosno rješenja ustavnog suda.⁴⁵

44 Šire kod Crnić Jadranko, o.c.

45 Takva opravdana kritička i argumentirana stajališta izložena protiv odluke/rješenja Ustavnog suda koji su izglasani jednoglasno također *in ultima linea* dovode do istovjetnog učinka koji ima i izdvojeno mišljenje za koje vrijeme pokaže da je s ustavnopravnog aspekta opravdano i utemeljeno.

Slijedom svega izloženog može se zaključiti da je institut izdvojenog mišljenja za suce Ustavnog suda u ustavnom sudovanju poželjan, koristan i treba ga podržati i primijeniti kad god za njegovo korištenje postoje nužni i opravdani ustavnopravni razlozi. Napose, zbog takvog supstancijalnog sadržaja koje bi sudac u svom pisanom izdvojenom mišljenju izložio, koji doprinosi jačanju i ostvarivanju vladavine prava u demokratskoj ustavnoj državi radi ostvarivanja njezinog ustavnopravnog poretka i njezinih na ustavnoj razini utvrđenih, zajamčenih i zaštićenih ljudskih prava (uključivo i manjinskih) i temeljnih sloboda.

Literatura

1. Antić Teodor, „Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske“, Zbornik Pravnog fakulteta, Sveučilišta u Rijeci (1991.) v. 37, br. 2. 837-873 (2016.)
2. Arlović Mato, „Formalna i funkcionalna neovisnost Ustavnog suda Republike Hrvatske“ Zbornik radova s Regionalne konferencije ustavnih sudova, Jahorina 5.-7. listopada 2017., izd. Ustavni sud Bosne i Hercegovine i Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu suradnju (IRZ) Sarajevo, 2017., str. 135-192.
3. Arlović Mato, „Međudnos Ustavnog suda Republike Hrvatske i sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god 52., 2/2015., str. 369-405.
4. Arlović Mato, „Ustavnosudski aktivizam i europski standardi“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., str. 1-26.
5. Bačić Arsen, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma“, Književni krug, Split, 2001.
6. Bačić Petar, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam“, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2010.
7. Bačić Arsen i Bačić Petar, „Ustavna demokracija i sudovi“, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2009.
8. Caramani Daniele, „Komparativna politika“, Političke analize, Zagreb, 2013.
9. Crnić Jadranko, „Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske“, Narodne novine, Zagreb, 2002.
10. Häberle Peter, „Uloga i utjecaj ustavnih sudova iz komparativne perspektive“, u Bačić Arsen i Bačić Petar „Ustavna demokracija i sudovi“, Split, 2009.
11. Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, <https://www.enciklopedija.hr> (pristupljeno 31. ožujka 2021.)

12. Kelsen Hans, „Obrana demokracije (Rasprava o teoriji demokracije)“, Naklada Breza, Zagreb, 2012.
13. Krbek Ivo, „Ustavno sudovanje“, izdavački zavod JAZU, Zagreb, 1960.
14. Omejec Jasna, „Neovisnost Ustavnog suda Republike Hrvatske“, referat s Regional Conference of Constitutional Courts, 10.-13. srpnja 2010. Ohrid Sjeverna Republika Makedonija
15. Pravna enciklopedija, Suvremena administracija, Beograd, 1979.
16. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
17. Smerdel Branko, „Ustav Republike Hrvatske“, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb, 2010.
18. Smerdel Branko, „O ustavima i ljudima“, Novi informator, Zagreb, 2012.
19. Sweet Stone Alec, „Ustavi i sudska vlast“ u Caramani Daniele, „Komparativna politika“, Zagreb, 2013.

Pravni propisi

1. Ustav Republike Hrvatske „Narodne novine“ broj 85/10. - pročišćeni tekst.
2. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 49/02. - pročišćeni tekst.
3. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 99/99.
4. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 13/91.
5. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, „Narodne novine - Međunarodni ugovori“ broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak
6. Zakon o kaznenom postupku, „Narodne novine“ broj 152/08., 76/09., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. - pročišćeni tekst na snazi od 27.07.2017. i 126/19. - pročišćeni tekst na snazi od 1.1.2020.
7. Poslovnik Ustavnog suda Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 2/15. - redakcijski pročišćeni tekst od Ustavnog suda Republike Hrvatske na snazi od 15. veljače 2015.
8. Zakon o parničnom postupku „Narodne novine“ broj 148/2011.
9. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, „Narodne novine“ broj 70/2019.

Sali Murati

Predsjednik Ustavnog suda Republike Sjeverne Makedonije

PREZENTACIJA IZDVOJENIH MIŠLJENJA U ODLUKAMA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE SJEVERNE MAKEDONIJE

Prije svega, u svoje lično ime i u ime Ustavnog suda Sjeverne Makedonije želim uputiti iskrene pozdrave svim predsjednicima i sudijama ustavnih sudova u regionu. Također, upućujemo srdačan pozdrav bivšem sudiji Saveznog ustavnog suda SR Njemačke, prof. Dr. Michaelu Eichbergeru, predstavnicima IRZ -a i Ambasade Savezne Republike Njemačke u Skoplju za podršku ovakvim i sličnim manifestacijama.

Osnovna ljudska prava i slobode, vladavina prava, podjela vlasti i politički pluralizam zagaranтовani Ustavom predstavljaju osnovna načela na kojima počiva jedno demokratsko društvo, a koja osiguravaju postojanje i funkcioniranje pravne države. Poštivanjem ovih ustavnih načela osigurava se pravna sigurnost i stabilnost jednog sistema.

Ustavni sud kao organ države koji štiti ustavnost i zakonitost kao i osnovne slobode i prava čovjeka i građanina predstavlja garanciju za ostvarivanja ustavnih načela.

U tom smislu, u radu Ustavnog suda primjenjuje se institut izdvojenog mišljenja kod većinskog donošenja odluka ili rješenja, koji svoju primjenu ostvaruje u Poslovniku o radu Ustavnog suda iz 1992. godine.

U skladu sa članom 25. stav 4. Poslovnika, rješenja odnosno odluke donose se većinom glasova od ukupnog broja sudija Ustavnog suda, osim ako Ustavom odnosno Poslovníkom nije drugačije utvrđeno.

Sudija Ustavnog suda koji je spriječen da prisustvuje sjednici može dati pisano mišljenje o predmetu (član 25. stav 5. Poslovnika).

Član 25. stav 6. Poslovnika propisuje da sudija koji je glasao protiv odluke ili smatra da bi ona trebala biti zasnovana na drugim pravnim osnovama može izdvojiti svoje mišljenje i pismeno ga obrazložiti. Izdvojeno mišljenje bit će objavljeno u „Sudskom biltenu“ i u Službenom glasniku u kojem se objavljuje odluka Suda.

U skladu sa članom 50. Poslovnika, o vijećanju i glasanju sastavlja se poseban zapisnik. Uz zapisnik o vijećanju i glasanju sa sjednice Suda koji sadrži: datum vijećanja i glasanja, imena sudija koji su učestvovali u vijećanju i glasanju, bitan sadržaj vijećanja, rezultat glasanja, usvojenu odluku i imena sudija koji su glasali ZA i PROTIV odluke, prilažu se i pismeno obrazložena izdvojena mišljenja.

Odluke Ustavnog suda obavezno se objavljuju u „Službenom glasniku Republike Sjeverne Makedonije“, a Sud može odlučiti da se u službenom glasniku objave i pojedina rješenja, u skladu sa članom 78. Poslovnika.

Radi veće transparentnosti i informisanja šire javnosti o radu Suda, u tekućoj 2020. godini uspostavljena je nova praksa: svako rješenje u kojem je izdvojeno mišljenje jednog sudije ili više sudija, objavit će se u „Službenom glasniku Republike Sjeverne Makedonije“. Ujedno se sva izdvojena mišljenja, kao sastavni dio određenog rješenja ili odluke, objavljuju na web stranici Suda.

Postojanje i korišćenje ovog instrumenta - izdvojenog mišljenja kod odlučivanja Suda - posljednjih je godina sve više zastupljeno u radu Ustavnog suda, čime Ustavni sud ispunjava svoju ulogu u afirmaciji vladavine prava i ostvarivanja ustavom zagarantovanih načela.

U našem zakonodavstvu, institut izdvojenog mišljenja, pored Poslovnika Ustavnog suda, primjenjuje se i u drugim institucijama. Tako Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine, član 120, predviđa:

1. O vijećanju i glasanju sastavlja se poseban zapisnik. Ako je kod višeg suda u postupku u vezi s pravnim lijekom odluka donesena jednoglasno, neće se sastaviti zapisnik, nego će se u izvorniku odluke staviti bilješka o vijećanju i glasanju. (2) Zapisnik o vijećanju i glasanju sadrži tok glasanja i odluku koja je donesena. (3) **Izdvojena mišljenja se prilažu uz zapisnik o vijećanju i glasanju, ako nisu unesena u sam zapisnik.** (4) Zapisnik, odnosno bilješku o glasanju potpisuju svi članovi vijeća i zapisničar. (5) Zapisnik o vijećanju i glasanju zatvorit će se u poseban omot. Taj zapisnik može razgledati samo viši sud kad rješava o pravnom lijeku i u tom slučaju zapisnik će se ponovo zatvoriti u poseban omot i na omotu naznačiti da je zapisnik razgledan (Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst)).

Također, u nekoliko poslovnika o radu komisija za prekršaje (kao organa nadležnih za vođenje prvostepenog prekršajnog postupka) predviđen je institut izdvojenog mišljenja; tako na primjer član 6. Poslovnika o radu komisije za prekršaje iz Zakona o elektronskoj komunikaciji predviđa: „(1) član koji je glasao drugačije od većine članova komisije može imati izdvojeno mišljenje, koje treba biti pismeno obrazloženo. (2) Izdvojeno mišljenje prilaže se uz zapisnik o ishodu odgovarajućeg prekršaja.“

Iz gore navedenog možemo zaključiti da je izdvojeno mišljenje kao institut, pored Ustavnog suda, predviđeno i kod drugih sudskih upravnih organa. Utemeljenost instituta izdvojenog mišljenja dobija unutrašnju i vanjsku težinu samo u radu Ustavnog suda. U drugim ustanovama, ovaj institut je više fokusiran na pojedinačni slučaj i čini sastavni unutrašnji dio predmeta, za razliku od instituta izdvojenog mišljenja koje samostalno slijedi put glavne odluke odnosno rješenja.

S druge strane, opće je poznato da se izdvojena mišljenja sudija u javnosti i pravnoj naučnoj zajednici prihvataju sa velikim zadovoljstvom. Često se izdvojena mišljenja u potpunosti prenose na različitim pravnim portalima, koriste u naučnim istraživanjima i radovima koje objavljuje akademska zajednica. Postoji značajan broj izdvojenih mišljenja na koje se poziva akademska i naučna javnost u zemlji. Također, zakonodavna i izvršna vlast prilikom usvajanja amandmana sve više pažnje posvećuju donesenim izdvojenim mišljenjima.

Mogu slobodno reći da je posljednjih godina ovaj alat unaprijedio naučni pristup, a mi sudije smo prilično ohrabreni najavljuvanjem i izdvajanjem izdvojenih mišljenja. Stoga smatram da izdvojena mišljenja utiču postupno i evolutivno na primjenu kako na naknadne promjene tako i na sudsku praksu našeg suda.

Instrument izdvojenog mišljenja na Ustavnom sudu datira još iz 1992. godine. Naime, od 1992. godine do decembra 2020. godine sačinjeno je ukupno **156 izdvojenih mišljenja** od strane sudija u ukupno **143 predmeta**.

Broj izdvojenih mišljenja po godinama:

Godina	Izdvojena mišljenja
1992	1
1993	2
1998	2
2002	1
2003	3
2004	3
2005	4
2006	2
2007	2
2008	7
2009	14
2010	1

2011	4
2012	3
2013	14
2014	20
2015	12
2016	12
2017	2
2018	9
2019	16
2020	22
Ukupno:	156

Od ukupnog broja izdvojenih mišljenja, 138 potiču od pojedinačnih sudija, a njih 17 su zajednička od nekoliko sudija.

Od ukupnog broja predmeta u kojima su izdvojena mišljenja, u većini slučajeva osporavani su zakoni ili zakonske odredbe, t.j. 89 izdvojenih mišljenja (62,3%). U slučajevima u kojima se odlučivalo o ocjeni ustavnosti i zakonitosti propisa i drugih akata ima ukupno 42 izdvojena mišljenja (29,3%). Što se tiče zahtjeva za zaštitu sloboda i prava, ima 11 izdvojenih mišljenja (7,7%), a jedno izdvojeno mišljenje odnosi se na predmet u kojem se odlučivalo o sukobu nadležnosti (0,7%).

U predmetima u kojima je Sud donio odluku o ukidanju ili poništenju zakona, drugog propisa ili njihovih odredbi, kao i u odlukama o odbijanju ili utvrđivanju, u postupku odlučivanja o zahtjevima za zaštitu sloboda i prava, izdvojeno je ukupno 27 mišljenja (19%).

Većina izdvojenih mišljenja odnosi se na rješenja o nesprovođenju postupka za ocjenu ustavnosti zakona ili zakonskih odredbi, propisa i drugih akata - ukupno 79 izdvojenih mišljenja (55%).

Što se tiče odluka kojima se odbija inicijativa ili zahtjev za zaštitu sloboda i prava, postoji ukupno 25 izdvojenih mišljenja (17,5%).

Kod odluka kojima se obustavlja postupak postoji ukupno 8 izdvojenih mišljenja (5,6%), a u vezi sa rješenjima kojima se pokreće postupak postoje 4 izdvojena mišljenja (2,8%).

Uvidom u donesena izdvojena mišljenja vidi se da se ista odnose na različite pravne oblasti. Mogu slobodno reći da se u gotovo svim područjima našeg odlučivanja mogu naći izdvojena mišljenja.

Također, raduje me činjenica što se sudije pri izradi izdvojenih mišljenja koriste sudskom praksom sudova iz okruženja, praksom Evropskog suda za ljudska prava i stavovima istaknutih akademika i naučnih radnika u ovoj oblasti i šire. Time se dobija kvalitet i potvrđuje opravdanost izdvojenih mišljenja.

U razdoblju od 1992. do danas (2020.), Sud je odlučivao u **ukupno 5.230 predmeta**, u kojima je doneseno ukupno 1.073 odluka kojima se ukidaju/poništavaju zakoni ili zakonske odredbe i drugi propisi, kao i odluke o odbijanju/utvrđivanju na osnovu zahtjeva za zaštitu sloboda i prava. U ovom periodu doneseno je ukupno 2244 rješenja o nepokretanju postupka, 1861 rješenje kojim se odbija inicijativa / zahtjev i 63 rješenja kojima je obustavljen postupak.

Od ukupnog broja predmeta od 1992. do danas (5.230), izdvojeno mišljenje postoji za 143 predmeta, što bi u procentima iznosilo 2,73%.

Od 1992. do 2012. godine, Sud je odlučivao u ukupno 3982 predmeta, za **40 predmeta** postoji izdvojeno mišljenje, a ukupno postoji 56 izdvojenih mišljenja, što bi izraženo u procentima značilo da je za 1% od ukupnog broja riješenih predmeta postojalo izdvojeno mišljenje.

Tokom mog mandata od 2012. do sada, Ustavni sud je odlučivao o ukupno **1259 predmeta**, po kojima je donio 153 odluke (ukidanje/poništanje/odbacivanje/utvrđivanje), 585 rješenja o nepokretanju postupka, 506 rješenja kojima se odbija inicijativa ili zahtjev za zaštitu sloboda i prava i 15 rješenja o obustavljanju postupka.

Od ukupnog broja predmeta 1259 (od 2012. do sada, decembra 2020), ukupan broj predmeta u kojima postoji izdvojeno mišljenje je 103, a ukupno **110 izdvojenih mišljenja** pojedinih sudija ili zajedničkih izdvojenih mišljenja više sudija, što bi u procentima značilo da je za 8,2% od ukupnog broja riješenih predmeta postojalo izdvojeno mišljenje.

U toku mog mandata, od ukupnog broja predmeta za koje postoji izdvojeno mišljenje (103) većina se odnosi na predmete u kojima se ocjenjuje ustavnost zakona ili zakonskih odredbi - 65 (63,1%). Kod predmeta kojima se ocjenjuje ustavnost i zakonitost propisa i drugih opštih akata broj izdvojenih mišljenja je 30 (29,2%), a u vezi sa zahtjevima za zaštitu sloboda i prava ima ukupno 8 izdvojenih mišljenja (7,7%).

Od ukupnog broja predmeta u kojima je izdvojeno mišljenje (103), najveći broj izdvojenih mišljenja se odnosio na rješenja o pokretanju postupka - 59 izdvojenih mišljenja (57,3%), u vezi s rješenjima kojima je odbijena inicijativa ili zahtjev postoji je 21 izdvojeno mišljenje (20,38%), u vezi sa donesenim rješenjima o ukidanju/poništanju/odbijanju/utvrđivanju postoji 12 izdvojenih mišljenja (11,65%), u vezi s rješenjima kojima je obustavljen postupak postoji 7 izdvojenih mišljenja (6,79%), a za rješenja kojima je Sud pokrenuo postupak postoje 4 odvojena mišljenja (3,88%).

Od ukupnog broja izdvojenih mišljenja (110) tokom mog mandata, postoje ukupno 93 izdvojena mišljenja pojedinih sudija, dok je 17 izdvojenih mišljenja zajedno sačinilo više sudija.

Ja, kao sudija i predsjednik Suda, tokom svog mandata sačinio sam 35 izdvojenih mišljenja, od kojih sam 28 sačinio samostalno, a 7 zajedno sa drugim sudijama.

U dosadašnjoj praksi, iako se izdvojena mišljenja najčešće sačinjavaju u vezi sa rješenjima ili odlukama donesenim većinom glasova, još uvijek postoji nekoliko slučajeva u kojima sudija, iako nije glasao protiv određenog rješenja ili odluke, ipak izdvaja svoje mišljenje u predmetu u kojem se navodi stav odnosno obrazloženje drugačije od onog koje je navedeno u rješenju ili odluci.

Ovaj instrument izdvojenog mišljenja primjenjuje se na nekoliko ustavnih sudova u regionu, kao i na međunarodnim sudovima, odakle proizilazi karakter i uloga ustavnog sudstva.

Izdvojena mišljenja mogu biti i dio ustavno-sudske prakse kao sastavni dio referata koji je u fazi prethodnog postupka, sa ciljem učvršćivanja stava o tom predmetu i potkrepljivanja obrazloženja predmeta.

Снежана Марковић
Предсједница Уставног суда Републике Србије

ИЗДВОЈЕНА МИШЉЕЊА СУДИЈА У УСТАВНОМ СУДУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Кроз питања и одговоре

1. Да ли су мањински гласови могући у Вашем суду?

У правном поретку Републике Србије издвојено мишљење судије је могуће у поступку пред Уставним судом. Одредбама члана 60. Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС“, број 103/13) прописано је да судија који се противи изреци, дијелу изреке, или образложењу одлуке Суда, има право на издвојено мишљење. Могућност издвојеног мишљења судије постоји само у поступцима у којима одлуку доноси сједница Суда коју чине све судије Уставног суда, јер се једино на тој сједници одлуке доносе већином гласова, односно двотрећинском већином, док је за доношење одлука у осталим уставносудским тијелима (на Великим и Малим вијећима) потребна једногласност у одлучивању.

Издвојено мишљење судије Уставног суда је саставни дио уставносудског предмета.

Подносиоцима представки поводом којих је Суд донио одлуку већином гласова судија, а у односу на коју је судија Уставног суда (или више судија) издвојио мишљење се доставља само отправак коначног текста одлуке¹ који је утврдила Редакциона комисија, док се издвојено мишљење објављује у „Службеном гласнику РС“ и у Билтену Суда (збирка судских одлука).

1 На приједлог судије др Тијане Шурлан 2017, која је затражила тумачење члана 60. Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС“, број 103/13) и упутила приједлог за ревидирање мјеста издвојеног мишљења судије у раду Уставног суда, Суд је на сједници од 22. фебруара 2018. године прихватио мишљење Комисије за праћење уставности и законитости да „иако је захтев судије правно могућ, али да другачије уређење института издвојеног мишљења захтева измене важећег Пословника и то не само члана 60. већ и одредаба које се тичу одлуке Уставног суда“ – извод из Записника са 2. сједнице Уставног суда.

2. Откада постоји та могућност?

Институт издвојеног мишљења у Републици Србији је уведен Законом о Уставном суду Србије још давне 1963. године („Службени гласник СРС“, број 54/63). Сагледавајући историјски аспект института издвојеног мишљења у раду Уставног суда, односно правне изворе у којима је био уређен институт издвојеног мишљења од тада па до данас (Пословник о раду Уставног суда, „Службени гласник РС“, бр. 24/08, 27/08 и 76/11; Пословник о раду Уставног суда Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 9/95; Пословник о раду Уставног суда, „Службени гласник РС“, број 40/91; Одлука о поступку пред Уставним судом Србије, „Службени гласник СРС“, број 31/89; Пословник Уставног суда Србије, „Службени гласник СРС“, број 9/78; Закон о поступку пред Уставним судом Србије, „Службени гласник СРС“, број 51/75; Устав СРС од 1974. године; Пословник Уставног суда Србије, „Службени гласник СРС“, број 32/64; Закон о Уставном суду Србије, „Службени гласник СРС“, број 54/63), може се констатовати, да су поводом издвојеног мишљења постојала конкретна правила и ограничења за објављивање издвојених мишљења у јавности која су у различитим периодима:

- објављивана на захтјев судије, заједно са одлуком, односно рјешењем које се објављује у „Службеном гласнику“ и Билтену, или су
- прилагана уз записник са сједнице и објављивана у збирци одлука Суда, или је
- у одлуци Суда назначавано да ли је одлука донијета већином гласова (1989. година), или је
- у заглављу одлуке уношено име судије који је издвојио мишљење, ако он то захтијева (1978. година), а издвојено мишљење је објављивано на захтјев судије, уз одлуку, односно рјешење Суда, или је
- записник чуван у запечаћеном омоту, а записнику су прилагана и одвојена мишљења судија (1964. година), или је
- одвојено мишљење прилагано записнику или уношено у записник (1963. година).

3. Која је правна основа за то? Како је односна одредба формулисана?

Одредбама члана 60. важећег Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС“, број 103/13) прописано је:

Судија који се противи изреци, дијелу изреке, или образложењу одлуке Суда, има право на издвојено мишљење засновано на аргументима које је изнио у току вијећања о предложеној одлуци (став 1.).

Издвојено мишљење из става 1. овог члана судија је дужан да усмено најави на сједници Суда након доношење одлуке (став 2.).

Судија је дужан да, у року од седам дана од дана пријема одлуке чији је текст утврђен од стране Редакционе комисије, достави предсједнику Суда писмено образложење издвојеног мишљења које се са одлуком објављује у „Службеном гласнику Републике Србије“ и билтену одлука Суда (став 3.).

До достављања писменог образложеног издвојеног мишљења, а најкасније до истека рока из става 3. овог члана, одлука се не отпрема на објављивање (став 4.).

Ако издвојено мишљење није достављено предсједнику Суда до истека рока из става 3. овог члана, одлука се отпрема ради објављивања, а накнадно достављено издвојено мишљење прилаже се уставносудском предмету и чини његов саставни дио (став 5.).

Издвојено мишљење судије објављује се у билтену одлука Суда у којој је објављена и одлука поводом које је мишљење издвојено (став 6.).

Одредбе ст. 1. до 6. овог члана сходно се примењују и на заједничко издвојено мишљење судија (став 7.).

Поред члана 60. важећег Пословника о раду Уставног суда („Службени гласник РС“, број 103/13) издвојено мишљење је уређено и чланом 63. став 1. Пословника који се односи на записник и којим је прописана садржина увода одлуке, рјешења и закључка Суда. Чланом 63. став 1. Пословника прописано је да се у записник са сједнице када је одлука Суда донијета већином гласова, уноси и име и презиме судије са знаком да ли је гласао „за“ или „против“, односно издвојио мишљење, као и име и презиме судије који није учествовао у гласању.

Извод записника са сједнице

Члан 63.

Писани извод записника са сједнице садржи нарочито: датум одржавања сједнице; имена присутних и одсутних судија Суда и државних службеника који по службеној дужности присуствују сједници; предмет вијећања и гласања; изреку одлуке Суда; по потреби кратак преглед вијећања о предмету одлучивања; резултат гласања. Када је одлука Суда

донијета већином гласова, у записник се уноси и име и презиме судије са знаком да ли је гласао „за“ или „против“, односно издвојио мишљење, као и име и презиме судије који није учествовао у гласању.

4. Какав је био традиционални став о таквим гласовима прије него што су уведени?

Иако Република Србија познаје институт издвојеног мишљења од 1963. године, откада је и почела историја уставног судства у тадашњој социјалистичкој Србији, од тада па до данас нема много писаних радова о институту издвојеног мишљења. На Правном факултету у Београду 2015. године је одбрањен мастер рад из Уставног права на тему *Институт издвојеног мишљења и уставно правосуђе: пракса Уставног суда Републике Србије*². У новије вријеме, тачније 2017. године колега Бојан Јовић, млађи савјетник у Уставном суду је објавио рад на тему „Институт издвојеног мишљења у пракси „новог“ сазива Уставног суда Србије“³ у ком је сагледао позитивноправни и историјски аспект овог института, посебно се осврнувши на издвојена мишљења судија које су обављале функцију судије Уставног суда у периоду од 2007-2016. године (у ком периоду је био написан знатан број издвојених мишљења и то у предметима из различитих надлежности Суда). Истраживањем архиве и регистра објављених аката у званичном гласилу Републике Србије односно штампаног „Службеног гласника“ нађена су само 3 објављена издвојена мишљења судија у периоду од 1984-1986. године⁴. Поред овога, у штампаној допуни билтена одлука Уставног суда бр. 1-2 за 2002 годину⁵ налази се једно издвојено мишљење судије⁶. Иако претрагом годишњих регистара објављених аката у садржају „Службених гласника“ током протеклих деценија дјеловања Уставног суда, осим податка о издвојеним мишљењима у 3 предмета, нема података о другим мишљењима судија Уставног суда, то не значи да одвојених гласова и мишљења судија није било, већ да су највјероватније у зависности од времена у ком су настајала била

2 Аутор рада је Данка Гурдељевић.

3 Рад је први пут био објављен у часопису Правни живот, Београд број 12/2017, том IV, стр. 699-718. Исти рад је у непромијењеном облику штампан у Билтену Уставног суда за 2017. годину, Београд Службени гласник 2019, стр. 1011-1031.

4 Два су Издвојена мишљења судије Радошина Рајовића, а једно је мишљење судије Симеона Затезала.

5 Билтен Уставног суда 1-2/2002 и допуна овог билтена објављени су 2003. године.

6 Издвојено мишљење судије др Срђана Ђорђевића у односу на рјешење о неприхватању иницијативе у предмету IУ-1/2001 је објављено само у Билтену судских одлука, а не у „Службеном гласнику РС“.

прилагана уз записник са сједнице или уношени у записник и потом улагани у спис предмета у односу на који су писана (и ти предмети су архивирани).

5. Да ли су мањински гласови могући само у Уставним судовима или и у другим судовима у Вашој земљи?

Судски пословник („Сл. гласник РС“, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019)

XIV Глава

РАД У ВИЈЕЋУ И КОД СУДИЈЕ ПОЈЕДИНЦА

Члан 187

Кад се умјесто записника о вијећању и гласању сачињава биљешка, она садржи дан вијећања, име предсједника и чланова вијећа, име судије извјестиоца, као и ознаку да је одлука донијета једногласно.

Биљешка о вијећању и гласању саставља се на листу изворника одлуке испод текста на коме се означава: „биљешка о вијећању и гласању од...“, а у десни угао ставља се ознака предмета, подброј записника претреса или рочишта и на крају биљешку потписују сви чланови вијећа и записничар.

Ако одлука није донијета једногласно, саставља се записник о вијећању и гласању, уз који се прилаже издвојено мишљење члана вијећа и улаже у омот са записником.

Истраживањем се дошло до података да судије редовних судова које гласају против на Вијећу у складу са одредбом члана 187. став 3. важећег Судског пословника („Сл. гласник РС“, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019), могу да изјаве мишљења на записник о вијећању и гласању, или пак на став или схватање сједнице Одјељења. Таквих примјера је било у пракси других судова у Републици Србији⁷.

⁷ У прилогу је неколико издвојених мишљења судија Вишег прекршајног суда, Прекршајног апелационог суда и Врховног касационог суда у односу на ставове прекршајних судова, и на усвојена схватања Грађанског одељења ВКС. О начину издвајања мишљења члана вијећа Управног суда у односу на записник о вијећању и гласању, при чему судија који гласа против на полеђини записника или на посебном папиру напише 2-3 реченице због чега гласа против, добијен податак од судије Управног суда.

6. Да ли се такви гласови објављују (ако су у питању Уставни судови и/или други судови)?

Објављивање писменог образложеног издвојеног мишљења у Службеном гласнику (заједно са одлуком) је обавезно у Уставном суду ако је издвојено мишљење дато на начин и у року прописан Пословником. Поред овога издвојено мишљење судије се објављује и у Билтену одлука Суда заједно са одлуком поводом које је мишљење издвојено, и у бази судске праксе на интернет страници Уставног суда www.ustavni.sud.rs. Све одлуке у односу на које су судије издвојиле мишљење у периоду од 2008. па закључно са 30. новембром 2020. године су доступне јавности на сајту Суда у рубрици Судска пракса – база судске праксе. За протеклих непуних 12 година сва издвојена мишљења судија, а било их је укупно **111**, која су припремљена на начин и у року прописаном Пословником о раду Уставног суда, објављена су заједно са одлукама на које се односе у „Службеном гласнику РС“, изузев два мишљења која су накнадно дата и која су објављена у Билтену судских одлука.⁸

Овдје свакако треба поменути да су издвојена мишљења појединих судија, појединачно или као избор више њих, у интегралном тексту или скраћеној верзији, објављивани и у оквиру посебних публикација (монографијама) као збирка мишљења једног судије⁹, у посебно тематски приређеним бројевима часописа¹⁰ и у правним часописима и зборницима¹¹.

У правном поретку Републике Србије издвојено мишљење се појављује изузетно у поступку пред Уставним судом. Код других судова у Републици Србији чланом 187. став 3. Судског пословника („Сл. гласник РС“, бр. 110/2009,

8 Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић у предмету IУ-49/1998 објављено је у Билтену Уставног суда 1/2009 и издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у предмету IУз-356/2009 (ојцена неуставности и несагласности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима одредбе члана 7. став 2. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, број 98/06) које је објављено у Билтену Уставног суда 1/2011.

9 Др Драган Стојановић, Уставно судство: Уставни суд Републике Србије, Ниш Свен 2017, стр. 228-300. ; Нечасни мук Уставног суда поводом Косова и Метохије, Београд, Фонд „Слободан Јовановић“, 2013 стр. 162-175.

10 Hereticus : časopis za preispitivanje prošlosti. ISSN 1451-5822. - God. 14, br. 1/2 (2016).

11 Hereticus : časopis za preispitivanje prošlosti. ISSN 1451-5822. - God. 9, br. 3/4 (2011), str. 126-128; Pravni zapisi : časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu = Legal records : Union University Law School Review (Belgrade) = Revue de la Faculté de droit de l'Université Union (Belgrade) = Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Union (Belgrade) = Журнал Юридического факультета Университета Унион (Белград) = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Union (Belgrado). ISSN 2217-2815. - God. 2, br. 1 (2011), str. 218-264; Зборник радова Правног факултета у Нишу. ISSN 0350-8501. - Год. 54, бр. 71 (2015), стр. 243-251 и 253-259.

70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019) прописано је да се ако одлука није донијета једногласно, саставља записник о вијећању и гласању, уз који се прилаже издвојено мишљење члана вијећа и улаже у омот са записником, што значи да се издвојено мишљење члана вијећа не објављује. У тим ситуацијама члан вијећа који је гласао против на полеђини записника о вијећању и гласању или на посебном листу папира (који се захтијева за Записник о вијећању) напише пар реченица и објасни разлоге због којих је гласао против, записник се потом ставља у запечаћен коверат и улаже у спис предмета¹².

7. У којој мјери се мањински гласови користе у Уставним судовима?

Да би се одговорило на питање у којој су мјери судије Уставног суда користиле право на издвојено мишљење у односу на донесене одлуке, извршено је прикупљање података о издвојеним мишљењима судија у периоду од 2008. године (након доношења Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, број 98/2006)) па закључно са сједницама Суда одржаним до 30. новембра 2020. године. У наведеном периоду Уставни суд је ријешио укупно **104.866** предмета, од чега су у односу на **90** одлука (односно у **89** предмета)¹³ судије издвојиле укупно **111** мишљења (било појединачно или више судија заједно).

8. Молимо Вас, наведите проценат одлука у којима се ова могућност користила.

Када се упореди број написаних издвојених мишљења 111 која се односе на 90 одлука и укупан број ријешених предмета у том периоду - 104.886, добија се податак да су судије право на издвојено мишљење за протеклих непуних 12 година користиле 0,08 % ријешених предмета.

9. Да ли мањинске гласове углавном дају судије појединачно или неколико судија заједно?

У пракси Уставног суда у протеклом периоду било је издвојених мишљења које су судије написале појединачно и оних које су писали двоје или више судија заједно. Прикупљени подаци о издвојеним мишљењима судија у

¹² Пракса и поступање Управног суда.

¹³ У предмету УО-870/2012 издвојена мишљења судија су написана најприје у односу на донијети закључак о застајању поступка, а потом у односу на рјешење о одлагању објављивања одлуке.

напријед наведеном периоду указују да су судије издвојиле укупно 97 мишљења појединачно, док је број заједничких издвојених мишљења 14¹⁴. Сва заједничка издвојена мишљења које је изјавило двоје или више судија су несагласна, односно супротна мишљења у односу на донијету одлуку Суда. Од 14 заједничких издвојених мишљења највише је случајева да је издвојено мишљење потписало двоје судија (таквих је било 8), затим оних које је потписало троје судија (било их је 4), у једном предмету¹⁵ је мишљење издвојено од стране четворо судија, док је само у једном предмету¹⁶ заједничко издвојено мишљење потписало пет судија, што је уједно и највећи број судија. Заједничка издвојена мишљења¹⁷ су издвојена у следећим предметима Уж-819/2008, ИУз-231/2012, ИУз-96/2009, VIIУ-482/2011, ИУо-1228/2010, Уж-863/2012, ИУо-870/2012¹⁸, ИУз-2/2010, ИУо-360/2009, ИУо-180/2013, Уж-8670/2012, Уж-7203/2013 и Уж-6666/2016.

У свим предметима у којима постоје издвојена мишљења судија у односу на одлуку Уставног суда писано је или само једно/више појединачних мишљења или само заједничко мишљење двоје/више судија. Изузетак од овог правила представља предмет Уж-8670/2012 поводом чије одлуке постоји комбиновано и заједничко мишљење двоје судија и једно појединачно мишљење.

У периоду од 2008. до 2020. године, дужност судије Уставног суда обављало је 28 особа (од чега је 14 судија престала функција због протекла периода на који су бирани, а једна судија је поново реизабрана 2017. године). Од судија које су вршили/врше функцију судије Уставног суда броја у истом временском раздобљу 15 судија су користили право на издвајање мишљења било појединачно или заједно са другим судијама.

14 У до сада 5 предмета судије су се најчешће кратким писаним обавјештењем придружиле другом издвојеном мишљењу и то у следећим предметима: ИУо-360/2009, VIIУ-249/2009, VIIУ-482/2011, Уж-8670/2012 и Уж-7203/2013 и ова мишљења су рачуната као заједничка. Занимљиво је да постоји само један предмет у коме се судија не само придружила другом писаном мишљењу већ је и потписала заједничко издвојено мишљење са другим судијом – судија Катарина Манојловић Андрић одлука у предмету VIIУ-249/2009.

15 У односу на рјешење о одлагању објављивања одлуке у предмету ИУо-870/2012 од 30. јануара 2014. године.

16 Одлука у предмету ИУз-231/2012 (Закон о измјенама и допунама Закона о Влади).

17 Било да су двоје или више судија потписале мишљење или да се судија кратким обавјештењем написаним у пар реченица придружио написаном мишљењу другог судије.

18 У овом предмету постоје 2 посебна заједничка издвојена мишљења али у односу на различите акте – најприје на Закључак о застајању са поступком од 18. јуна 2013, а потом у односу на Одлуку односно рјешење о одлагању објављивања одлуке који су донијети 30. јануара 2014. године.

10. Да ли постоји неколико мањинских гласова за одређене појединачне одлуке?

У досадашњој пракси Уставног суда има примјера одлука у односу на које је више судија тј. двоје, троје, четворо па и максимално петоро судија издвојило мишљење, било појединачно или заједно са другим судијама.

Табела 1. Издвојена мишљења у односу на број судија и број предмета.

Број судија	2	3	4	5
Укупан број предмета	14	6	3	1

Примјери предмета у односу на чије одлуке је двоје судија издвојило мишљење су: Уж-819/2008, ИУз-1634/2010, VIIУ-249/2009, ИУз-96/2009, ИУо-1228/2010, Уж-863/2012, ИУз-2/2010, ИУо-360/2009, ИУо-12/2014, Уж-8670/2012¹⁹, ИУз-138/2016, Уж-6463/2016, ИУз-351/2015 и ИУз-189/2018

Примјери предмета у односу на чије одлуке је троје судија издвојило мишљење су: VIIIУ-102/2010, VIIУ-249/2009, ИУо-870/2012²⁰, ИУз-156/2014, Уж-7203/2013, Уж-6666/2016

Примјери предмета у односу на чије одлуке је четворо судија издвојило мишљење су: ИУо-870/2012²¹, ИУо-247/2013 и ИУз-531/2017.

Посебно су занимљива два предмета у којима су одлуке донијете тијесном већином гласова судија и у односу на које је већи број судија издвојио заједничко и појединачна мишљења. Ради се о предметима ИУз-231/2012 од 3 јула 2012. и ИУз-531/2014 од 23. септембра 2014. године. У предмету ИУз-231/2012 је у досадашњој историји рада Уставног суда највећи број судија (5) написао заједничко издвојено мишљење. У другом пак предмету ИУз-531/2014²² од петоро судија који су гласали против рјешења о одбацивању иницијативе четворо је искористило право на појединачно издвојено мишљење и то судије др. Боса Ненадић, др. Оливера Вучић, др. Драган Стојановић и Катарина Манојловић Андрић.

19 У односу на одлуку Уж-8670/2012 поред заједничког издвојеног мишљења двоје судија постоји и једно појединачно издвојено мишљење судије.

20 Заједничко издвојено мишљење судија у односу на закључак о застајању с поступком ИУо-870/2012.

21 Заједничко издвојено мишљење судија у односу на рјешење о одлагању објављивања одлуке ИУо-870/2012.

22 Закон о привременом уређивању начина исплате пензија („Службени гласник РС“, бр. 116/14)

11. Да ли постоје само посебни гласови ако се лице које гласа одлучило за исход другачији од већине (гласови неслагања, опција неслагања) или постоје и такви гласови који су сагласни са већином у погледу исхода случаја, али лица која их дају желе да пруже другачије објашњење?

У пракси Уставног суда постоје двије врсте издвојених мишљења, и то како издвојена мишљења судија који су гласали против одлуке већине (тзв. одбијајућа односно супротна мишљења), тако и мишљења судија који се слажу са изреком/ образложењем донијете одлуке и то су сагласна мишљења. Од укупног броја издвојених мишљења судија у односу на донијету одлуку Суда, у 102 случаја је ријеч о супротним мишљењима судија који су гласали против, а у осам о сагласним издвојеним мишљењима. Одбијајућа или супротна мишљења су писана у односу на одлуку у цјелини, изреку у цјелини или дио изреке или пак на образложење или дио образложења (у вези са повријеђеним правом у поступцима по уставним жалбама).

12. Какав је бројчани однос са и без засебних гласова и између неколико врста посебних гласова?

Са друге стране пак, ако се узме у обзир чињеница да се издвојено мишљење судије може најавити само на сједници Суда (не и на Великим и Малим вијећима на којима се одлука може усвојити само једногласно), онда је битан податак да је Уставни суд у разматраном раздобљу већином гласова судија донио **635** одлука на Сједници Уставног суда (од чега су 208 одлуке из нормативне контроле, а 427 у поступцима по уставним жалбама). Стога ако се има у виду међусобни однос броја одлука донијетих већином гласова на сједници Суда и број одлука у којима постоје издвојена мишљења може се доћи до закључка да су судије Уставног суда у 14,17% већински усвојених одлука користили право на издвојено мишљење (што је значајан податак).

13. Да ли постоје области права у којима се засебни гласови користе више него у другима?

У односу на врсту уставносудског поступка највише издвојених мишљења је у поступцима по уставним жалбама 39 (класификациона ознака предмета Уж) који су и најбројнији у раду Уставног суда, а након њих у поступцима за оцјену уставности закона и сагласности закона са потврђеним међународним уговорима 30 (класификациона ознака предмета ГУз), затим у поступцима за

оцјену сагласности општих аката и других прописа с Уставом и законом 15²³ (класификациона ознака предмета IУо), те у поступцима забране рада вјерске заједнице, политичке странке, удружења грађана и синдикалне организације 4 (класификациона ознака предмета VIIУ) и поступку по жалби на одлуку о престанку функције судије 4 (класификациона ознака предмета VIIIУ), те у поступцима рјешавања сукоба надлежности 1 (класификациона ознака предмета IIIУ), док у осталим уставносудским поступцима није било издвојених мишљења (предмети са ознакама IIУ, IVУ, VУ, VIУ и ХУ).

Табела 2. Издвојена мишљења судија и број предмета по појединим уставносудским поступцима.

Врста поступка класификациона ознака предмета	IУз	IУо	IIIУ	VIIУ	VIIIУ	Уж
Број предмета	30	15*	1	3	2	39
Број издвојених мишљења	39	20	1	4	4	43

Судије су издвојиле 39 мишљења у односу на 30 предмета у поступцима за оцјену уставности закона и сагласности закона са потврђеним међународним уговорима, 20 мишљења у односу на 15 предмета у поступцима за оцјену сагласности општих аката и других прописа с Уставом и законом, 4 мишљења у односу на 3 предмета у поступцима забране удружења грађана, 4 мишљења у односу на 2 одлуке у предметима по жалбама судија и 43 мишљења у односу на 39 предмета који су формирани по уставним жалбама.

Табела 3. Уставне жалбе по областима права, укупан број предмета и издвојена мишљења.

Уставне жалбе по областима	Грађанско право	Управно право	Кривично право
Број предмета	17	10	12
Укупан број издвојених мишљења	19	10	12

23 Предмет Уо-870/2010 два пута рачуна због издвојених мишљења на различите акте.

* Види фусноту 23 – због тога што у предмету IУо-870/2010 постоје заједничка издвојена мишљења судија у односу на закључак о застајању с поступком и у односу на решење о одлагању објављивања одлуке.

Од 39 предмета по уставним жалбама у којима су судије Уставног суда написале издвојено мишљење, 19 су уж из грађанског права, 10 уж из управног права, а 12 уж из кривичног права.

У разматраном периоду судије су издвајале мишљења и у односу на различите врсте одлука – одлуку, рјешење или закључак. Тако су судије у односу на Одлуку (исход поступка) 68 пута издвојиле мишљење, потом 30 пута то учинили у односу на рјешење, а 13 у односу на закључак.

Табела 4. Издвојена мишљења судија, укупан број предмета и различите врсте одлука.

Врста одлуке	Одлука	Рјешење	Закључак
Број одлука	58	24	8
Број издвојених мишљења	68	30	13

Даљом подподелом може се уочити и да су издвојена мишљења писана и у односу на различиту врсту исхода одлуке (тип одлуке) – одлуку о утврђивању неуставности – 15 предмета, одлуку о одбијању приједлога – 7 предмета, одлуку о забрани удружења грађана – 1, одлуку о одбијању приједлога за забрану удружења 2, одлука о усвајању жалбе судије – 1, одлуку о усвајању уставне жалбе 18, као и на одлуку о одбијању уставне жалбе 13. Када је у питању Рјешење – судије су издвајале мишљења у односу на рјешење о неприхватању иницијативе 1, рјешење о одбацивању иницијативе 6, рјешење о покретању поступка 3, рјешење о обустави поступка 3, рјешење о одлагању објављивања одлуке 1, рјешење о обустави појединачних аката тзв. привремена мјера 1, рјешење о утврђивању надлежног органа (рјешавање сукоба надлежности) 1 и рјешење о одбацивању уставне жалбе 8. И напослетку, у односу на исход Закључак судије су мишљење издвајале у односу на закључак о одбацивању иницијативе/приједлога 6, закључак о застајању с поступком 1 и на закључак о окончању поступка 1.

Табела 5. Врсте одлука и број предмета у којима су издвојена мишљења.**Одлука**

Врста одлуке	Број предмета
Утврђујућа одлука	15
Одлука о одбијању приједлога за утврђивање неуставности	7
Одлука о забрани удружења	2
Одлука о одбијању приједлога за забрану удружења	1
Одлука о усвајању жалбе судије	2
Одлука о усвајању Уж	18
Одлука о одбијању Уж	13
Укупан број предмета	
58	

Рјешење

Врста рјешења	Број предмета
Рјешење о неприхватању иницијативе	1
Рјешење о покретању поступка	3
Рјешење о одбацивању иницијативе	6
Рјешење о обустави поступка	3
Рјешење о одлагању објављивања	1
Рјешење о обустављању извршења појединачног акта/привремена мјера	1
Рјешење о утврђивању надлежног органа (сукоб надлежности)	1
Рјешење о одбацивању Уж	8
Укупан број предмета	
24	

Закључак

Врста закључка	Број предмета
Закључак о одбацивању иницијативе/ приједлога	6
Закључак о застајању с поступком	1
Закључак о окончању поступка	1
Укупан број предмета	
8	

У протеклом периоду могле би се чак разликовати двије етапе – прва у којој су судије Уставног суда, чији је мандат трајао од 2007. до 2016. године, у највећем броју случајева изјављивале издвојена мишљења у односу на предмете из нормативне контроле, док би другу етапу чиниле судије које су изабране 2017. године (чији мандат траје) и које су ово право користиле махом у односу на уставне жалбе (од 42 укупно до сада издвојених мишљења 27 се односи на одлуке из уставних жалби).

14. Како јавност прихвата мањинске гласове?

Може се са сигурношћу рећи да су судије других судова и стручна јавност веома заинтересовани и да помно прате рад и доношење одлука Уставног суда, па самим тим и оних одлука у односу на које су судије издвајањем мишљења исказале своје слагање/неслагање са већином гласова свих судија. Чињеница да се прате одлуке у којима постоје објављена издвојена мишљења прије свега се може довести у директну везу са значајем и актуелношћу уставноправних питања која се разматрају у одлукама Суда поводом којих су писана и објављивана издвојена мишљења судија. Предмети о којима је Уставни суд одлучио и у односу на чије одлуке Суда постоје издвојена мишљења и нека од уставноправних питања која су се поставила као спорна и о којима је Уставни суд одлучивао, као што су – избор и независност судије; трајност судијске функције; питања везана за реформу правосуђа спроведену 2009. године у Србији; оцјена Закона о Влади и Закона о политичким странкама; затим питања која се односе на тзв. Косовске уредбе; питање оцјене Статута АПВ; затим оцјене покрајинске скупштинске одлуке о оснивању Војвођанске академије наука, умјетности и културе; привремено а неорочено умањење пензија у Републици Србији и друга засигурно представљају изузетно сложене и комплексне предмете који су били/ јесу актуелни и имају широк друштвенополитички значај.

15. Према Вашем искуству какав ефекат има најавна примјене мањинских гласова на дискусију у оквиру сједнице прије доношења одлуке?

Овдје је важно нагласити да писано издвојено мишљење судије Уставног суда мора бити засновано и ослоњено на аргументима које је судија изнио током расправе на сједници приликом вијећања о самом предмету, што у пракси Уставног суда заправо значи да писано образложење става судије појединца или више судија заједно представља природну надоградњу и потпуније објашњење мишљења судије које је усмено изложено током дискусије о спорном уставноправном питању. С обзиром да судија Уставног суда који има супротно/одбијајуће мишљење не може и не зна унапријед исход гласања о одлуци која је предмет вођења дискусије, као и да издвојено мишљење судија може да најави након што се заврши гласање о приједлогу одлуке, онда се може рећи да све док траје вијећање о предмету чијој се одлуци или образложењу противи судија образлажући аргументима своје разлоге за/против, на тај начин користи могућност да придобије друге судије да промене/подрже његово мишљење, или пак да покуша да исходује промјену текста одлуке/образложења или другачији ток рјешавања предмета.

16. Према Вашем искуству, какав ефекат имају мањински гласови на академску расправу?

Иако постоје аргументи против коришћења издвојених мишљења у поступку пред судом и становишта да се тиме нарушава јединство колективног тијела какав је засигурно Уставни суд, оно што је међутим неспорно јесте чињеница да контрааргументи које судија износи на сједници када гласа против (и у потоњим издвојеним мишљењима), готово подједнако као и аргументи којима судија исказује сагласност са доношењем одлуке Суда, имају за циљ да побољшају квалитет судске одлуке и допринесу транспарентности дјеловања Уставног суда. Некадашња предсједница и судија Уставног суда др. Боса Ненадић мишљења је да право на издвојено мишљење судије представља једно од „снажнијих јемстава индивидуалне независности судија уставног суда које му омогућава да слободно изрази своје становиште, односно да слободно објави и објасни свој став, без обзира на то да ли је он усаглашен са одлуком суда или не“²⁴.

24 Др Боса Ненадић, О јемствима независности уставних судова: са посебним освртом на Уставни суд Србије, Београд, Службени гласник 2012, стр. 174.

17. Да ли је било случајева у којима су, ретроспективно посматрано, мањински гласови најавили каснију промјену у пракси Вашег суда?

Сагледавајући уназад и анализирајући образложења писаних издвојених мишљења у предметима који су везани за тзв. реформу правосуђа (предмети IУз-1634/2010, IУз-357/2009, IУз-44/2009, IУз-185/2011) могло би се рећи да су разлози и аргументи које су судије истицале најприје у дискусији вођеној на сједници Суда, а потом елаборирале у написаним и објављеним мишљењима поводом спорних питања индиректно утицале на потоњу промјену приступа Суда и утицале на праксу Суда у вези рјешавања предмета у поступцима по жалбама судија/тужилаца, замјеника јавних тужилаца на одлуке Високог савјета (одлуке у здруженим VIIIУ предметима – у којима су спојене жалбе више подносилаца којима је престала судијска односно тужилачка функција).

Укупан статистички преглед достављених издвојених мишљења према врсти донијетих аката у периоду 2009-2020 године

Одлука/рјешење/закључак

Одлука

Врста одлуке	Број предмета
Утврђујућа одлука	15
Одлука о одбијању приједлога за утврђивање неуставности	7
Одлука о забрани удружења	2
Одлука о одбијању приједлога за забрану удружења	1
Одлука о усвајању жалбе судије	2
Одлука о усвајању Уж	7
Одлука о одбијању Уж	20
	Укупан број предмета
	54

Рјешење

Врста рјешења	Број предмета
Рјешење о неприхватању иницијативе	1
Рјешење о покретању поступка	3
Рјешење о одбацавању иницијативе	6
Рјешење о обустави поступка	3
Рјешење о одлагању објављивања	1
Рјешење о обустављању извршења појединачног акта/привремена мјера	1
Рјешење о утврђивању надлежног органа (сукоб надлежности)	1
Рјешење о одбацавању Уж	12
Укупан број предмета	
28	

Закључак

Врста закључка	Број предмета
Закључак о одбацавању иницијативе/приједлога	6
Закључак о застајању с поступком	1
Закључак о окончању поступка	1
Укупан број предмета	
8	

У периоду од 2009. до 2020.²⁵ године (објављено до 25. новембра 2020.) судије Уставног суда су написале и доставиле издвојена мишљења за укупно 90²⁶ предмета. Сва достављена издвојена мишљења, у року прописаном Пословником о раду Уставног суда, су објављена у „Службеном гласнику РС“ и у бази судске праксе на сајту Уставног суда, уз коначан отправак текста одлуке, без обзира на врсту акта у односу на које су писана.

25 Подаци обухватају одлуке УС објављене у „Службеном гласнику РС“ до 25. новембра 2020. године

26 У предмету IVо-870/2012 у односу на два исхода

Michael Eichberger

Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

SONDERVOTEN BEIM BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

1. Von den Anfängen bis zur Einführung des Sondervotums 1970

Die Diskussion um das Für und Wider von Sondervoten bei Gerichtsentscheidungen ist geprägt von dem seit Jahrhunderten fest in der deutschen Rechtskultur verankerten Grundsatz des Beratungsgeheimnisses. Das Beratungsgeheimnis verbietet Richterinnen und Richtern, Dritten über die Abläufe und Ergebnisse der Beratungen des Gerichts zu berichten. In Übereinstimmung mit dieser Rechtstradition nahm das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1951 seine Tätigkeit auf, ohne dass im Grundgesetz oder im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG)¹ die Möglichkeit von Sondervoten vorgesehen war.

In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts setzte eine breite Diskussion in der der Rechtspolitik, der Rechtswissenschaft und letztlich auch im Gericht selbst über die Einführung der Möglichkeit von Sondervoten ein. Nachdem das aus allen 16 Richterinnen und Richtern des Gerichts bestehende Plenum sich im Jahre 1967 bereits mit der relativ knappen Mehrheit von 9:6 Stimmen für die Einführung des Sondervotums ausgesprochen hatte,² war es vor allem der 47. Deutsche Juristentag in Nürnberg, der im Jahre 1968 der Einführung des Sondervotums rechtspolitisch den

1 Ursprünglich: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBl I Seite 243); jetzt Gesetz über das Bundesverfassungsgericht in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I Seite 1472) zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I Seite 1724) - abrufbar auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts (www.bverfg.de) in deutscher, englischer und französischer Sprache.

2 Vergleiche den Hinweis in der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, Bundestagsdrucksache VI/388 S. 7.

Weg geebnet hat.³ Ende 1970 wurde dann die Möglichkeit der Abgabe von Sondervoten in das Bundesverfassungsgerichtsgesetz eingefügt.

Die Einwände gegen die Möglichkeit von Sondervoten waren damals allerdings nach wie vor zahlreich. So wurde vor allem vorgebracht, Sondervoten gäben das Beratungsgeheimnis preis; sie schwächten die Überzeugungskraft und das Befriedungspotential der Entscheidungen durch eine verwirrende Vielzahl von Einzelmeinungen; sie gefährdeten das Ansehen des Gerichts in der Öffentlichkeit; sie würden zu Streit und Spaltung innerhalb des Gerichts führen; sie begründeten die Gefahr, als politischer Spruchkörper angesehen zu werden; der Erwartungsdruck auf einzelne Richter, mit Sondervoten eine bestimmte Position sichtbar zu machen, werde deutlich steigen; außerdem schade es der rechtlichen Durchdringung des Falles, wenn sich zu früh „Fraktionen“ bildeten.⁴ Mangels Praxiserfahrung war die Unsicherheit darüber groß, ob und in welchem Ausmaß sich die beschriebenen Gefahren realisieren würden.

Für die Einführung der Möglichkeit von Sondervoten - jedenfalls bei Verfassungsgerichten - wurde dagegen vor allem ins Feld geführt, dass dies der Stärkung der einzelnen Richterpersönlichkeit dienen könne. Außerdem fördere es die Offenheit der Rechtsprechung. Die Möglichkeit, Entscheidungen abweichende Meinungen beizufügen, entspreche demokratischen Grundsätzen und mache deutlich, dass gerade angesichts der sehr weiten verfassungsrechtlichen Vorgaben oftmals verschiedene Lösungen eines Falles vertretbar seien. Ein Sondervotum könne Signal oder Erleichterung für eine künftige Rechtsprechungsänderung sein. Das Sondervotum unterstütze den deliberativen Charakter der Rechtsfindung, indem es eine intensivere Auseinandersetzung mit Gegenargumenten gegen die Mehrheitsmeinung veranlasse. Die Rechtsfindung werde offener. Letztlich gab wohl der Zeitgeist der End-sechziger Jahre den Ausschlag, der auch in der Justiz mehr Transparenz und Offenheit einforderte.⁵

Die Einführung der Möglichkeit von Sondervoten blieb allerdings auf die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkt. Neben dem Bundesverfassungsgericht wurde sie lediglich für eine Reihe von Landesverfassungsgerichten vorgesehen. In der gesamten übrigen Justiz – also auch bei den obersten Bundesgerichten – gilt das Beratungsgeheimnis dagegen nach wie vor uneingeschränkt.

3 Siehe Eckart Klein in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, München, § 16 Rn. 367.

4 Vgl. zu dieser Diskussion die Darstellung bei Eckart Klein, a.a.O. <Fn. 3> § 16 Rn. 366 ff. sowie in Bundestagsdrucksache VI/388 <Fn. 2> S. 7.

5 Vgl. dazu Bundestagsdrucksache VI/388 <Fn. 2> S. 7.

2. Rechtslage

a) Rechtsgrundlage

Die maßgebliche Bestimmung im Bundesverfassungsgerichtsgesetz lautet seit Ende 1970 unverändert wie folgt:

§ 30

(1) ...

(2) *Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung.*

In der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGGO)⁶ hat das Gericht im Rahmen der ihm zukommenden Geschäftsordnungsautonomie und auf der Ermächtigungsgrundlage des § 30 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG folgende ergänzende Regelung vorgesehen.

§ 55

(1) *Das Sondervotum, in dem ein Mitglied des Senats eine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder deren Begründung niederlegt, muss binnen drei Wochen nach Fertigstellung der Entscheidung dem oder der Vorsitzenden des Senats vorliegen. Der Senat kann diese Frist verlängern.*

(2) *Wer beabsichtigt, ein Sondervotum abzugeben, hat dies dem Senat mitzuteilen, sobald es der Stand der Beratungen ermöglicht.*

(3) *Wird das Sondervotum zu einem Urteil abgegeben, so geben dies die Vorsitzenden bei der Verkündung bekannt. Im Anschluss daran kann die Richterin oder der Richter den wesentlichen Inhalt des Sondervotums mitteilen.*

6 Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2014 (BGBl. 2015 I Seite 286) - abrufbar auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts (www.bverfg.de) in deutscher, englischer und französischer Sprache.

- (4) *Das Sondervotum wird zusammen mit der Entscheidung bekanntgemacht.*
- (5) *Das Sondervotum ist in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Anschluss an die Entscheidung namentlich gekennzeichnet zu veröffentlichen.*
- (6) *Für Sondervoten zu Entscheidungen des Plenums gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend.*

b) Arten von Sondervoten

Diese Bestimmungen erlauben zwei grundsätzlich verschiedene Arten von abweichenden Meinungen (§ 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG): zum einen die **Dissenting Opinion** – in diesem Fall weicht der Richter im Ergebnis von der Entscheidung des Senats ab – oder die **Concurring Opinion** – hier weicht der Richter nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis des Falles ab.

c) Verfahrensablauf

Das Gesetz, ergänzt durch die Geschäftsordnung, sieht für die Abgabe eines Sondervotums folgenden Verfahrensablauf vor:

- Der Richter oder die Richterin müssen möglichst frühzeitig dem Senat mitteilen, dass er/sie ein Sondervotum beabsichtigt (§ 55 Abs. 2 BVerfGG). Diese Bestimmung dient offensichtlich dem Ziel zu verhindern, dass eine Richterin oder ein Richter bis zum Ende der Beratung Einfluss auf die Begründung und das Ergebnis der Entscheidung nimmt und dabei womöglich sogar von der Senatsmehrheit, um einen Konsens zu erzielen, Kompromisse in Formulierungen in Kauf genommen werden, obwohl sie/er schon weiß, dass sie/er das Ergebnis nicht mittragen kann.
- Den Inhalt der abweichenden Meinung muss der dissentierende Richter im Kern bereits in der Beratung vertreten haben (§ 55 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Der Senat soll nicht nach der Entscheidung durch ein Senatsmitglied mit völlig neuen Argumenten konfrontiert werden, für die dieses Mitglied nicht bereits zuvor offen im Rahmen der Entscheidungsfindung eingetreten ist. Damit soll es dem Senat ermöglicht werden, bereits bei der Entscheidungsfindung und bei der Formulierung der Gründe auf die Gegenargumente eingehen und sie verarbeiten zu können.

- Innerhalb von 3 Wochen nach Finalisierung der Entscheidung⁷ muss der Text der abweichenden Meinung dem oder der Vorsitzenden vorliegen (§ 55 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Der Senat kann diese Frist verlängern.
- Ist die abweichende Meinung abgegeben, räumt die Praxis der Senatsmehrheit die Möglichkeit ein, in den Entscheidungsgründen auf die abweichende Meinung zu reagieren, die vorliegende Begründung also zu ergänzen oder zu modifizieren. Das ist manchmal deshalb geboten, weil die im Zusammenhang geschriebene abweichende Meinung eine Antwort der Senatsmehrheit in den Entscheidungsgründen geboten erscheinen lassen kann, selbst wenn die einzelnen Argumente – wie vorgeschrieben – bereits in der Beratung zur Sprache gebracht worden sind. Hiervon wird nicht häufig, aber doch immer wieder Gebrauch gemacht.⁸
- Sondervoten werden zusammen mit der Entscheidung bekannt gemacht (§ 55 Abs. 4 BVerfGG) und mit dem Namen des dissentierenden Richters im Anschluss an die Senatsentscheidung in der offiziellen Entscheidungssammlung veröffentlicht (§ 30 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG, § 55 Abs. 5 BVerfGG).
- Im Falle einer Urteilsverkündung nach mündlicher Verhandlung weist der Vorsitzende auf das Sondervotum hin; der dissentierende Richter kann dann auch den wesentlichen Inhalt seiner abweichenden Meinung vortragen (§ 55 Abs. 3 BVerfGG).

d) Angabe des Stimmverhältnisses

Als eine im Vergleich zu einem Sondervotum mildere Alternative der Kundgabe von Meinungsunterschieden in einem Senat räumt das Gesetz in § 30 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG den Senaten die Möglichkeit ein, am Ende der Entscheidung das Stimmenverhältnis (ohne Namensangabe) wiederzugeben. Damit hat der Gesetzgeber eine lange vor der Einfügung des § 30 Abs. 2 BVerfGG bestehende Rechtsprechungspraxis legalisiert. Sobald ein Senatsmitglied die Angabe des Stimmverhältnisses wünscht, wird dem in der Praxis entsprochen.

7 Die Entscheidung ist fertiggestellt, wenn die Mitglieder eines Senats nach der Leseberatung ihre Unterschrift unter den Urteilstext gesetzt haben.

8 Vergleiche beispielsweise Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 2001 – 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96 – abgedruckt in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 104, 92 (107 f.) < sämtliche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind mit Hilfe des Entscheidungsdatums oder des Aktenzeichens abrufbar auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts> sowie Eckart Klein a.a.O. <Fn. 3> Rn. 369.

Die Möglichkeiten, auf ein uneinheitliches Abstimmungsverhalten hinzuweisen sind vielfältig und werden in der Praxis entsprechend unterschiedlich genutzt. Beispiele solcher Abstimmungsangaben sind etwa: „Die Entscheidung ist mit 5:3 Stimmen ergangen.“ oder, wenn die Divergenz nur zu einem bestimmten Begründungsteil vorlag, „Die Entscheidung ist hinsichtlich der Begründung zu C II mit einer Gegenstimme ergangen.“ oder ganz unspezifisch, aber doch mit dem Hinweis darauf, dass es Divergenzen gab „Die Entscheidung ist mit Gegenstimmen ergangen.“⁹ Gerade in politisch umstrittenen Fällen wird die Möglichkeit der Stimmangabe vielfach auch genutzt, um die Einstimmigkeit im Senat zu betonen; es wird dann explizit hervorgehoben: „Die Entscheidung ist einstimmig ergangen.“

3. Nutzungsumfang - Statistik¹⁰

Über 95 % der Verfahrenseingänge beim Bundesverfassungsgericht sind Individualverfassungsbeschwerden, mit denen Bürger die Verletzung von Grundrechten geltend machen. Zwischen 1951 und 2019 sind insgesamt 243.494 Verfahren beim Bundesverfassungsgericht eingegangen, von denen 235.057 Verfassungsbeschwerden waren. Der allergrößte Teil der Verfassungsbeschwerden wird durch Entscheidungen von Kammern erledigt, die aus drei Richterinnen oder Richtern bestehenden. Im Zeitraum zwischen 1951 und 2019 waren dies 206.450 von 246.567 Verfassungsbeschwerden. Da die Entscheidungen der Kammern einstimmig getroffen werden müssen,¹¹ ist die Möglichkeit eines Sondervotums auf Entscheidungen der Senate und des Plenums beschränkt. Die Entscheidungen der Senate und des Plenums betreffen freilich all die Entscheidungen des Gerichts zu grundsätzliche Fragen des Verfassungsrechts und zu Fällen von besonderer Bedeutung. Seit der Einführung der Möglichkeit eines Sondervotums beim Bundesverfassungsgericht im Jahr 1970 sind bis Ende 2019 insgesamt 2295 Senatsentscheidungen getroffen worden. 168 von Ihnen waren ein oder mehrere Sondervoten beigefügt; das betrifft also knapp 8 % der Senatsentscheidungen.

Die Zahlen belegen, dass die Richterschaft mit der Abgabe eines Sondervotums in rund 8 Prozent der möglichen Fälle von dieser Möglichkeit zwar zurückhaltend aber auch nicht in völlig zu vernachlässigendem Umfang Gebrauch gemacht hat.

9 So jüngst Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Januar 2021 – 2 BvR 2005/15 – Rn. 39.

10 Die nachfolgenden statistischen Angaben sind der auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts (www.bverfg.de) wiedergegebenen Jahresstatistik entnommen.

11 § 93d Abs. 3 Satz 1 BVerfGG.

4. Akzeptanz und Bewertung

a) Generelle Bedeutung der Sondervoten für das Gericht

Man kann das Sondervotum nach mittlerweile über 50-jähriger Praxiserfahrung beim Bundesverfassungsgericht getrost als etabliert und im Grundsatz bewährt bezeichnen. Die gegen seine Einführung vorgebrachten Befürchtungen eines generellen Ansehens- oder Legitimitätsverlusts des Gerichts sind ersichtlich nicht eingetreten. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Möglichkeit von Sondervoten zu einer stärkeren Politisierung des Gerichts geführt hat, als wir sie zuvor erlebt haben oder jetzt ohne Sondervotum vorfinden würden.

Das Sondervotum ist innerhalb wie auch außerhalb des Gerichts grundsätzlich akzeptiert. Ein Sondervotum zu schreiben, ist unter den Kolleginnen und Kollegen nicht verpönt, aber dennoch die Ausnahme. Befürchtungen, dass das Sondervotum generell zu mehr Streit und Spaltung innerhalb des Gerichts führen würde, als man es zur Zeit davor gewohnt war, haben sich nicht bewahrheitet. Das Bundesverfassungsgericht ist ein in bewährter Tradition stark deliberativ in seiner Entscheidungsfindung ausgerichtetes Gericht. Der hier gepflegte Stil, Entscheidungen ausführlich und in alle Richtungen ausgeleuchtet vorzubereiten, sie in allen Problempunkten detailliert zu beraten und nach Möglichkeit mit großer Stimmenmehrheit, am besten einstimmig, zu entscheiden, prägt die Rechtsprechungsarbeit des Gerichts seit Jahrzehnten. Es gibt keinerlei Anzeichen dafür, dass die Existenz möglicher Sondervoten an dieser grundsätzlichen Ausrichtung in den vergangenen Jahrzehnten etwas geändert haben sollte. Natürlich hängt das konkrete Arbeitsklima in den beiden Senaten jeweils von den einzelnen ihnen angehörenden Richterpersönlichkeiten ab. Demzufolge gab es immer wieder Senatzusammensetzungen, die persönlich und inhaltlich harmonischer oder auch mit größeren Divergenzen zwischen den einzelnen Richtern und Richterinnen arbeiteten. Die deliberative Beratungskultur und die generelle Konsensorientierung in der Entscheidungsfindung blieben jedoch durchgängig prägendes Merkmal der Arbeitsweise beider Senate. Jedenfalls gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Möglichkeit eines Sondervotums von erheblichem Einfluss oder gar ursächlich für vereinzelte Schwankungen in der Konsensorientierung des einen oder des anderen Senats gewesen wäre. Es dürfte – in eher umgekehrter Kausalität – vielmehr Einiges dafür sprechen, dass zeitweise in einem der Senate bestehende festgefügte Mehrheitsverhältnisse für die eine oder andere Denkrichtung oder Wertvorstellung zu vermehrten Sondervoten der zur Minderheit zählenden Richterinnen und Richter geführt haben könnten. Aussagekräftige wissenschaftliche Studien hierüber gibt es allerdings nicht.

Vielfach wird das beschriebene Konsensstreben im Übrigen in nicht unerheblichem Umfang auch auf das für die Richterinnen und Richter des Gerichts vorgeschriebene Wahlverfahren zurückgeführt. Da die Richterwahl in beiden Gremien – dem Bundestag und dem Bundesrat – nur mit einer Zweidrittelmehrheit erfolgen kann, hat dies nach den bisherigen politischen Verhältnissen in Deutschland stets ein Zusammenwirken zwischen Regierungsmehrheit und Opposition vorausgesetzt, was wiederum dazu geführt hat, dass lediglich politisch nicht stark exponierte und nur deshalb von allen Seiten akzeptierte Kandidaten und Kandidatinnen sich bei den Wahlen an das Gericht durchsetzen konnten.¹²

Die früher von einzelnen Befürwortern des Sondervotums geäußerte Erwartung, dass mit abweichenden Meinungen künftige Rechtsprechungsänderungen vorbereitet und damit einer Versteinerung der Rechtsprechung entgegengewirkt werden könnte, hat sich aufs Ganze gesehen nicht erfüllt. Abgesehen davon, dass Änderungen einer gefestigten Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts ohnehin ausgesprochen selten stattfinden, ist es die absolute Ausnahme geblieben, dass sie sich auf früher abweichende Meinungen berufen konnten.

Schließlich ist nicht erkennbar, dass die Möglichkeit eines Sondervotums von einzelnen Richterinnen oder Richtern vornehmlich oder gar ausschließlich zum Zwecke der persönlichen Profilierung genutzt worden wäre. Es waren immer nur einzelne Richterpersönlichkeiten in jedem Senat, die in den vergangenen Jahrzehnten in besonderer Weise in der Öffentlichkeit präsent waren. Dies waren freilich zumeist jene, die bereits mit einem entsprechend herausgehobenen Prominenz-Status an das Gericht gewählt wurden. Durch das Schreiben von Sondervoten haben sie ihn jedenfalls nicht erlangt. Die Masse der Verfassungsrichterinnen und Richter blieb und bleibt dagegen der breiten Öffentlichkeit regelmäßig weitgehend unbekannt.

Was schließlich die Langzeitwirkung der einzelnen Sondervoten betrifft, so haben sich nur einzelne spektakuläre Sondervoten mit bestimmten Formulierungen in der Erinnerung gehalten¹³ und nur wenige waren richtungsweisend für die spätere Rechtsprechung. Die meisten Sondervoten aber blieben, für sich genommen, auf lange Sicht ohne Wiederhall, das sie anders als die Mehrheitsentscheidung keine Bindungswirkung entfalten können.

12 Ein berühmtes Beispiel dafür ist die Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Parteienfinanzierung im Jahre 1992 (BVerfGE 85, 264 <296, 314>) unter ausdrücklicher Berufung auf die abweichende Meinung des Richters Böckenförde aus dem Jahre 1986 (BVerfGE 73, 40 <103ff., 117>).

13 So z.B. die Richterin Lübke-Wolf in ihrer abweichenden Meinung gegen OMT-Beschluss des Zweiten Senats, wonach eine Klage auf Befassung des Parlaments mit ultra vires Handlungen der EU möglich sein soll, mit dem schon legendären Satz: „Nur sollte man sich auf große Wüstenwanderungen, die zu keiner Quelle führen, gar nicht erst schicken lassen.“ (BVerfGE 134, 366 <419, 426 Rn. 127>).

Jenseits dieser generellen Einordnung der Bedeutung von Sondervoten für die Stellung des Gerichts und für die grundsätzliche Arbeitsweise der Senate gilt es jedoch einige spezifische interne und externe Effekte von Sondervoten zu beachten:

b) Innenwirkung von Sondervoten

Der beschriebene, regelmäßig nach Einstimmigkeit oder breiten Mehrheiten strebende Entscheidungsstil des Gerichts führt dazu, dass bereits die bloße Ankündigung eines Sondervotums die Argumentation im Senat schärfen und die Kompromissbereitschaft der Mehrheit in einzelnen Formulierungen, Begründungsschritten oder auch Teilergebnisse fördern kann. So kommt es denn auch häufiger vor, dass zunächst angekündigte Sondervoten dann doch nicht geschrieben werden, weil entsprechende Kompromisse in der Entscheidungsfindung erzielt wurden. Wer freilich regelmäßig Sondervoten ankündigt und sie dann doch nicht schreibt, verliert schnell an Glaubwürdigkeit und Gewicht in der Beratung. Ferner gilt es zu bedenken, dass Richterinnen oder Richter sofort an Einfluss auf das Ergebnis des Falls und auf die Begründung der Entscheidung verlieren, sobald feststeht dass sie dissentieren werden.

Wer ein Sondervotum schreibt, hat den Vorteil, seine Meinung frei und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die mitschreibende Senatsmehrheit zu Papier bringen zu können. Das erlaubt eine klare und auch pointierte Darstellung des eigenen Standpunktes. Gleichwohl sollten sich Sondervoten vor polemischen Formulierungen und die Mehrheitsmeinung herabsetzenden Wertungen hüten, die dem Gericht nach außen schaden, die künftige Zusammenarbeit im Senat erschweren und letztlich die eigene Position schwächen. Dem entsprechen in der Praxis die allermeisten Sondervoten. Sie versuchen zwar zu Recht, möglichst klar die unterschiedlichen Rechtsstandpunkte zu benennen, sind dabei aber in aller Regel in einem moderaten Ton gehalten. Selbst einzelne, besonders scharf formulierte Sondervoten galten bisher jedoch stets der Sache,¹⁴ nicht mit dem Ziel, den Standpunkt der Senatsmehrheit oder gar einzelne Richter persönlich zu desavouieren. In diesem Sinne ist es in der Alltagspraxis der Senate auch nicht unüblich, dass einzelnen Formulierungen eines dem Senat vorgelegten Sondervotums vor der öffentlichen Bekanntgabe in bilateralen Gesprächen noch etwas „entschärft“ oder klarstellen ergänzt werden.

14 Siehe etwa das Sondervotum des Richters Masing in BVerfGE135, 1 <29 ff.>, wo er der Senatsmehrheit in einem steuerrechtlichen Fall, der die Zulässigkeit rückwirkender gesetzlicher Regelungen im Zusammenspiel mit der Rolle der Rechtsprechung betraf, unter anderem vorgehalten hat, sie entziehe „durch abstrakte in der Sache fehlgeleitete Vorstellungen der Gewaltenteilung“ (a.a.O. S. 29 Rn. 2) der bisherigen Vertrauensschutzrechtsprechung die Grundlage.

c) Außenwirkung

In der öffentlichen Rezeption von Gerichtsentscheidungen werden einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beigefügte Sondervoten sowohl in der Tagespresse als auch in der Fachöffentlichkeit zur Kenntnis genommen und kommentiert. Umgekehrt wird allerdings auch durchaus wahrgenommen, wenn in politisch und gesamtgesellschaftlich besonders umstrittenen Fragen einstimmige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen.

Natürlich berufen sich vor allem die unterlegenen Beteiligten eines Verfassungsrechtsstreits gerne auf Sondervoten, die ihren Standpunkt stärken. Das ist nicht grundsätzlich schlecht, da es deutlich macht, dass gerade Verfassungsrechtsfragen angesichts der häufig großen Spielräume verfassungsrechtlicher Vorgaben oft unterschiedliche Antworten vertretbar erscheinen lassen. „Niederlagen“ vor dem Verfassungsgericht lassen sich so im politischen Raum eher ohne großen Gesichterverlust ertragen. Einen solchen Befriedigungseffekt kann allerdings nur ein in der Zahl und der Formulierung moderater Gebrauch von Sondervoten fördern. Zu viele, die Mehrheitsmeinung fundamental in Frage stellende und letztlich den Eindruck einer Beliebigkeit der Verfassungsrechtsfindung vermittelnde Sondervoten können hingegen das Ansehen und die Glaubwürdigkeit des Gerichts als Institution gefährden.

5. Fazit

Wert und Bedeutung von Sondervoten für ein Verfassungsgericht können sicher nicht für alle Rechtsordnungen gleich beantwortet werden.

In Deutschland hat sich das Sondervotum seit seiner Einführung vor rund 50 Jahren in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gut etabliert und ist im Grundsatz nicht mehr umstritten. So konnte die Möglichkeit von Sondervoten in einer Rechtsordnung mit einem starken und in der Bevölkerung allgemein hoch angesehenen Bundesverfassungsgericht sowie einer in hohem Maße an Sachargumenten orientierten Gerichtsbarkeit die deliberative Kultur der Entscheidungsfindung stärken. Bedingung war und ist allerdings, dass die Möglichkeit einer abweichenden Meinung – wie bisher – mit Augenmaß und moderatem Ton genutzt wird.

Michael Eichberger

Umirovljeni sudija Saveznog ustavnog suda Njemačke

IZDVOJENA MIŠLJENJA NA SAVEZONOM USTAVNOM SUDU NJEMAČKE

1. Od početaka do uvođenja izdvojenog mišljenja 1970.

Diskusija o prednostima i nedostacima izdvojenih mišljenja u sudskim odlukama obilježena je principom tajnosti vijećanja koji je vijekovima čvrsto utemeljen u njemačkoj pravnoj kulturi. Tajnost vijećanja zabranjuje sudijama da treća lica informiraju o postupku i rezultatima sudskog vijećanja. U skladu sa ovom pravnom tradicijom, Savezni ustavni sud započeo je svoj rad 1951. godine, bez da je u Ustavu ili Zakonu o Saveznom ustavnom sudu (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)¹ bila predviđena mogućnost izdvojenih mišljenja.

Šezdesetih godina 20. vijeka započela je velika diskusija u pravnoj politici i nauci te na kraju i na samom sudu o uvođenju mogućnosti izdvojenih mišljenja. Iako se plenum, koji se sastojao od svih 16 sudija Saveznog ustavnog suda, već 1967. godine s relativno tijesnom većinom od 9:6 glasova izjasnio za uvođenje izdvojenog mišljenja², put za to je na političkom nivou utrla 47. Konferencija njemačkih pravnika u Nürnbergu 1968. godine.³ Krajem 1970. godine je mogućnost izdvojenog mišljenja dodana u Zakon o Saveznom ustavnom sudu.

-
- 1 Prvobitno: Zakon o Saveznom ustavnom sudu od 12. marta 1951. (Savezni službeni list (BGBl) I, str. 243); sada Zakon o Saveznom ustavnom sudu u verziji objavljenoj 11. avgusta 1993. (Savezni službeni list (BGBl) I str. 1472), posljednji put izmijenjen članom 4. zakona od 20. novembra 2019. (Savezni službeni list (BGBl) I str. 1724) - dostupan na internetskoj stranici Saveznog Ustavnog suda (www.bverfg.de) na njemačkom, engleskom i francuskom jeziku.
 - 2 Uporedi bilješku u obrazloženju savezne vlade uz nacrt Četvrtog zakona o izmjenama i dopunama zakona o Saveznom ustavnom sudu, Bundestagsdrucksache (publikacije Bundestaga) VI/388 str. 7.
 - 3 Vidi Eckart Klein u: Benda/Klein, Ustavno procesno pravo, 3. izdanje 2012., Minhen, § 16. margina 367.

Međutim, prigovori na mogućnost izdvojenog mišljenja u to su vrijeme još uvijek bili brojni. Prije svega, tvrdilo se da se izdvojenim mišljenjima ukida tajnost vijećanja; da se zbunjujućim mnoštvom pojedinačnih mišljenja smanjuju uvjerljivost i potencijal odluka da zadovolje stranke; da ugrožavaju ugled suda u javnosti; da dovode do svađa i podjela unutar suda; da utemeljuju opasnost da sud bude smatran političkim tijelom za izricanje odluka; da će znatno porasti pritisak na pojedine sudije zbog očekivanja da izdvojenim mišljenjem iznose određeni stav; osim toga, da je štetno za pravno sagledavanje predmeta ako se prerano formiraju „klubovi“.⁴ U nedostatku praktičnog iskustva, postojala je velika neizvjesnost hoće li se i u kojoj mjeri ostvariti opisane opasnosti.

U korist uvođenja mogućnosti izdvojenih mišljenja - barem u slučaju ustavnih sudova - uglavnom se argumentiralo da bi to moglo pomoći jačanju ličnosti pojedinog sudije, da to također promoviše otvorenost pravosuđa, da mogućnost dodavanja izdvojenih mišljenja odlukama odgovara demokratskim principima i jasno pokazuje da su, posebno s obzirom na vrlo široke ustavne zahtjeve, različita rješenja slučaja često opravdana. Da bi izdvojeno mišljenje moglo nagovijestiti ili olakšati buduću promjenu sudske prakse, da izdvojeno mišljenje podržava deliberativni karakter pravnog zaključka tako da potiče intenzivnije ispitivanje protuargumenata protiv mišljenja većine. Da pronalaženje pravnog zaključka na taj način postaje otvorenije. Na kraju je odlučujući faktor vjerovatno bio duh kasnih šezdesetih, koji je i u pravosuđu tražio veću transparentnost i otvorenost.⁵

Međutim, mogućnost izdvojenog mišljenja ograničena je samo na ustavne sudove. Pored Saveznog ustavnog suda, ta je mogućnost predviđena samo za određeni broj ustavnih sudova saveznih zemalja. U ostatku pravosuđa - uključujući i najviše savezne sudove - tajnost vijećana i dalje vrijedi, bez ikakvih ograničenja.

2. Pravna situacija

a) Pravni osnov

Relevantna odredba Zakona o Saveznom ustavnom sudu ostala je nepromijenjena od kraja 1970. godine i glasi:

4 Vidi vezano za ovu diskusiju prikaz kod Eckarta Kleina, loc. cit. <fusnota 3> § 16. margina 366 i dalje, kao i u Bundestagsdrucksache (publikacije Bundestaga) VI/388 <fusnota 2> str. 7.

5 Vidi Bundestagsdrucksache (publikacije Bundestaga) VI/388 <fusnota 2> str. 7.

§ 30.

(1)...

(2) Sudija u izdvojenom mišljenju može izraziti svoje drukčije mišljenje o odluci ili o njezinom obrazloženju koje je zastupao tokom vijećanja; izdvojeno mišljenje se mora priložiti uz odluku. Senati u svojim odlukama mogu naznačiti omjer glasova. Pojednosti su uređene u poslovniku.

U poslovniku Saveznog ustavnog suda (BVerfGGO)⁶, sud je u okviru svoje autonomije s obzirom na poslovnik i na osnovu ovlašćenja iz člana 30. stav 2. rečenice 3. BVerfGG predvidio sljedeću dopunsku odredbu.

§ 55.

(1) Izdvojeno mišljenje, kojim član senata izražava drukčije mišljenje o odluci ili o njezinom obrazloženju koje je zastupao tokom vijećanja, mora se dostaviti predsjedniku senata u roku od tri sedmice od donošenja odluke. Senat može produžiti taj rok.

(2) Svako ko namjerava dati izdvojeno mišljenje, o tome mora obavijestiti senat čim to dozvoli status vijećanja.

(3) Ako se izdvojeno mišljenje odnosi na presudu, predsjednici će ga objaviti prilikom čitanja odluke. Nakon toga, sudija može priopćiti bitni sadržaj izdvojenog mišljenja.

(4) Izdvojeno mišljenje objavit će se zajedno sa odlukom.

(5) Izdvojeno mišljenje objavit će se poimence u zbirci odluka Saveznog ustavnog suda iza odluke.

(6) Gore navedene odredbe primjenjuju se na odgovarajući način i na izdvojeno mišljenje uz plenarne odluke.

b) Vrste izdvojenih mišljenja

Ove odredbe dopuštaju dvije fundamentalno različite vrste izdvojenih mišljenja (čl. 30. st. 2. reč. 1. BVerfGG-a): s jedne strane, **dissenting opinion** – kada se sudija ne

6 Poslovnik Saveznog ustavnog suda od 19. novembra 2014. (Savezni službeni list (BGBl.) 2015. I str. 286) - dostupan na web stranici Saveznog ustavnog suda (www.bverfg.de) na njemačkom, engleskom i francuskom jeziku.

slaže sa odlukom senata – ili **concurring opinion** – kada se sudija slaže sa odlukom, ali ne i sa razlozima na kojima je utemeljena.

c) Tok postupka

Zakon, dopunjen poslovníkom, predviđa sljedeći postupak za podnošenje izdvojenog mišljenja:

- sudija mora što je moguće prije obavijestiti senat da namjerava dati izdvojeno mišljenje (čl. 55. st. 2. BVerfGGO-a).

Ova odredba očito služi u svrhu sprečavanja da sudija do kraja vijećanja utječe na obrazloženje i rezultat odluke i da možda čak i većina u senatu prihvati kompromise u formulacijama da bi se postigao konsenzus, iako on/ona već zna da ne može podržati rezultat.

- u osnovi, sudija koji ima drugačije mišljenje sadržaj izdvojenog mišljenja mora zastupati već tokom vijećanja (čl. 55. st. 1. reč. 1. BVerfGGO-a). Time se želi postići da senat nakon odluke nije suočen sa potpuno novim argumentima za koje se ovaj član nije već otvoreno zalagao tokom procesa odlučivanja. Ovo ima za cilj da se senatu omogući da odgovori na protuargumente i da ih obradi već prilikom donošenja odluke i formulisanja razloga.
- u roku od 3 sedmice od donošenja odluke⁷, tekst izdvojenog mišljenja mora se dostaviti predsjedniku senata (čl. 55. st. 1. reč. 1 BVerfGGO-a). Senat može produžiti ovaj rok.
- ako je dato izdvojeno mišljenje, praksa većini u senatu daje priliku da u obrazloženju odluke reagira na izdvojeno mišljenje, tj. da dopuni ili modificira postojeće obrazloženje. To je ponekad potrebno zbog toga što se može smatrati da izdvojeno mišljenje napisano u određenom kontekstu zahtijeva odgovor većine u senatu, čak i ako su pojedinačni argumenti - kao što je prethodno rečeno - već izneseni tokom vijećanja. Ova se mogućnost ponekad koristi, iako ne često.⁸
- izdvojena mišljenja objavljuju se zajedno sa odlukom (čl. 55. st. 4. BVerfGGO-a) i publiciraju sa imenom sudije koji zastupa drugačije mišljenje iza odluke

7 Odluka je dovršena kada članovi vijeća potpišu tekst presude nakon vijećanja o formulaciji odluke.

8 Uporedi, na primjer, odluku Saveznog ustavnog suda od 24. oktobra 2001. - 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96 - štampanu u zbirci odluka Saveznog ustavnog suda BVerfGE 104, 92 (107 i dalje) <Sve odluke Saveznog ustavnog suda mogu se pomoću datuma odluke ili broja spisa naći na internetskoj stranici Saveznog ustavnog suda> te Eckart Klein, loc. cit. <fusnota 3> margina 369.

senata u službenoj zbirci odluka (čl. 30. st. 2. reč. 2. BVerfGG-a, čl. 55. st. 5. BVerfGGO-a).

- u slučaju da se presuda izrekne nakon usmene rasprave, predsjednik senata mora ukazati da postoji izdvojeno mišljenje, a sudija koji zastupa drugačije mišljenje zatim može predstaviti bitni sadržaj svog izdvojenog mišljenja (čl. 55. st.3. BVerfGGO-a).

d) Objava omjera glasova

Kao blažu alternativu za objavljivanje razlika u mišljenjima u senatu u odnosu na izdvojeno mišljenje, zakon u čl. 30. st. 2. reč. 2. BVerfGG-a senatima daje mogućnost da na kraju odluke navedu omjer glasova (bez navođenja imena). Na taj je način zakonodavac legalizirao sudsku praksu koja je postojala mnogo prije uvođenja čl. 30. st. 2. BVerfGG-a. Čim član senata zatraži da se navede omjer glasova, tom se zahtjevu u praksi i udovolji.

Postoji mnogo načina da se ukaže na razlike prilikom glasanja koji se različito koriste u praksi. Primjeri takvih informacija o glasanju su: „Odluka je donesena sa 5:3 glasa.“ Ili ako je neslaganje postojalo samo u odnosu na određeni dio obrazloženja „Odluka je s obzirom na obrazloženje iz tač. C II donesena sa jednim glasom protiv.“ ili samo općenito, ali ipak pokazujući da su postojale razlike „Odluka je donesena sa glasovima protiv“⁹. Naročito u politički kontroverznim slučajevima, mogućnost navođenja broja glasova često se koristi da bi se naglasila jednoglasnost u vijeću; u tim se slučajevima izričito naglašava: „Odluka je donesena jednoglasno.“

3. Učestalost korištenja - statistika¹⁰

Preko 95% postupaka pred Saveznim ustavnim sudom su individualne ustavne žalbe kojima građani ističu kršenja osnovnih prava. Između 1951. i 2019. godine, Savezni ustavni sud zaprimio je ukupno 243.494 predmeta, od čega su 235.057 bile ustavne žalbe. Velika većina ustavnih žalbi rješava se odlukama vijeća sastavljenog od tri člana. U periodu između 1951. i 2019. godine to je bio slučaj kod 206.450 od 246.567 ustavnih žalbi. Budući da se odluke vijeća moraju donijeti jednoglasno¹¹,

9 Na primjer, nedavna odluka Drugog senata Saveznog ustavnog suda od 12. januara 2021. - 2 BvR 2005/15 - margina 39.

10 Sljedeći statistički podaci preuzeti su iz godišnje statistike na internetskoj stranici Saveznog ustavnog suda (www.bverfg.de).

11 Čl. 93.d st. 3. reč. 1. BVerfGG-a.

mogućnost izdvojenog mišljenja ograničena je na odluke senata i plenarnog vijeća. Odluke senata i plenarnog vijeća odnose se naravno na sve odluke suda o temeljnim pitanjima ustavnog prava i o slučajevima od posebnog značaja. Od uvođenja opcije izdvojenog mišljenja na Saveznom ustavnom sudu 1970. godine do kraja 2019. godine doneseno je ukupno 2295 odluka senata. Za 168 od tih odluka postojalo je jedno ili više izdvojenih mišljenja; to se odnosi dakle na gotovo 8% odluka senata.

Podaci pokazuju da su sudije s 8% mogućih slučajeva mogućnost davanja izdvojenog mišljenja koristili oprezno, ali ipak ne u potpuno zanemarivoj mjeri.

4. Prihvatanje i vrednovanje

a) Opšte značenje izdvojenih mišljenja za sud

Nakon više od 50 godina praktičnog iskustva na Saveznom ustavnom sudu, može se reći da je izdvojeno mišljenje etablirano i da se u načelu pokazalo dobrim. Očito se nisu ostvarili strahovi koji su navođeni kao argumenti protiv njegovog uvođenja da će, naime, doći do gubitka ugleda ili legitimiteta suda. Također se nije ni uočilo da bi mogućnost izdvojenog mišljenja dovela do snažnije politizacije suda nego što smo to doživjeli ranije ili bismo to sada imali bez izdvojenog mišljenja.

Izdvojeno mišljenje je načelno prihvaćeno i unutar i izvan suda. Pisanje izdvojenog mišljenja nije ozloglašeno među kolegama, ali je ipak izuzetak. Strah da bi izdvojeno mišljenje generalno dovelo do više svađa i podjela unutar suda, nego što je to bio slučaj prije toga, nije se obistinilo. Savezni ustavni sud je prema svojoj ustaljenoj tradiciji izrazito deliberativan u donošenju odluka. Stil koji se ovdje njeguje, da se odluke pripreme detaljno i sagledaju u svim smjerovima, da se o svim problematičnim tačkama detaljno vijeća i da se odluke donose, ako je moguće, velikom većinom glasova, po mogućnosti jednoglasno, već desetljećima obilježava rad ovoga suda. Nema naznaka da je postojanje mogućih izdvojenih mišljenja u posljednjih nekoliko decenija nešto promijenilo u smislu ove temeljne orijentacije. Naravno, specifična radna atmosfera u oba senata ovisi o pojedinim sudijama koje su članovi tih senata. Prema tome, uvijek su postojali sastavi senata koji su na ličnom i sadržajnom nivou bili skladniji ili sa većim razlikama između pojedinih sudija. Međutim, deliberativna kultura vijećanja i općenita orijentacija prema konsenzusu u procesu donošenja odluka i dalje su bitna definišuća karakteristika radnih metoda oba senata. U svakom slučaju, ne postoje nikakve naznake da bi mogućnost izdvojenog mišljenja imala značajan utjecaj ili čak izazvala izolirana odstupanja od orijentacije usmjerene na postizanje

konsenzusa jednog ili drugog senata. Dapače, prema obrnutoj kauzalnosti, više govori u korist toga da su ponekad čvrsto uspostavljeni većinski odnosi za jedan ili drugi način razmišljanja ili vrijednosti mogli dovesti do povećanog broj izdvojenih mišljenja sudija koji pripadaju manjini. Međutim, o tome ne postoje značajne naučne studije.

U mnogim slučajevima, opisana težnja za konsenzusom pripisuje se u znatno većoj mjeri izbornom postupku propisanom za sudije ustavnog suda. Budući da se sudije u oba tijela - Bundestagu i Bundesratu - mogu izabrati samo dvotrećinskom većinom, to je, prema dosadašnjim političkim prilikama, uvijek zahtijevalo suradnju između vladajuće većine i opozicije, što je pak dovelo do toga da su samo politički neekspozirani i zbog toga prihvaćeni kandidati mogli postati sudije ustavnog suda.¹²

Očekivanje koje su ranije iznosili pojedinačne pristalice izdvojenog mišljenja da se izdvojenim mišljenjima mogu pripremiti buduće promjene u sudskoj praksi te da se na taj način može spriječiti petrifikacija sudske prakse nije u cjelini ispunjeno. Osim što su promjene utvrđene linije sudske prakse Saveznog ustavnog suda ionako izuzetno rijetke, ostao je apsolutni izuzetak da su se mogli pozivati na ranija izdvojena mišljenja.

I na kraju, nije se moglo primjetiti da bi pojedine sudije koristile mogućnost izdvojenog mišljenja prvenstveno ili čak isključivo u svrhu ličnog profiliranja. U svakom Senatu uvijek su postojali samo pojedine sudije koji su u proteklim decenijama na poseban način bili zastupljeni u javnosti. Naravno, to su uglavnom bili oni koji su već prilikom izbora za sudije ustavnog suda imali status poznatih ličnosti. No, u svakom slučaju, taj status nisu stekli pisanjem izdvojenih mišljenja. Većina ustavnih sudija ostala je i ostaje široj javnosti uglavnom nepoznata.

I konačno, što se tiče dugoročnog učinka pojedinačnih izdvojenih mišljenja, zapamćeno je samo nekoliko spektakularnih izdvojenih mišljenja sa određenim formulacijama¹³, a samo nekoliko je ukazivalo na smjer za kasniju sudsku praksu. Međutim, dugoročno gledano, većina izdvojenih mišljenja bila su bez odjeka, jer oni, za razliku od većinske odluke, ne mogu razviti bilo kakav obavezujući učinak.

Izvan ove opšte klasifikacije važnosti izdvojenih mišljenja za položaj suda i za osnovni način rada senata, međutim, postoje i neki specifični unutrašnji i spoljni efekti izdvojenih mišljenja koje također treba uzeti u obzir:

-
- 12 Poznati primjer za to je promjena sudske prakse Saveznog ustavnog suda o dopustivosti finansiranja stranaka iz 1992. godine (BVerfGE 85, 264 <296, 314>) uz izričito pozivanje na izdvojeno mišljenje sudije Böckenförde iz 1986. godine (BVerfGE 73, 40 <103 i d., 117>).
 - 13 Tako na primjer sutkinja Lübke-Wolf u njenom izdvojenom mišljenju protiv odluke Drugog senata vezano za OMT, prema kojoj bi tužba radi raspravljanja parlamenta o ultra vires akcijama Evropske unije trebala biti moguća, uz legendarnu rečenicu: „Čovjek se u prvom redu ne bi trebao dati slati na velike šetnje kroz pustinju koje ne vode ni do jednog izvora.“ (BVerfGE 134, 366 <419, 426 margina 127>).

b) Unutrašnji učinak izdvojenih mišljenja

Opisani stil odlučivanja suda, koji redovito teži ka jednoglasnosti ili velikoj većini, znači da sama najava izdvojenog mišljenja može pooštriti argumentaciju u senatu i promovirati spremnost većine na kompromis u pojedinačnim formulacijama, koracima obrazloženja ili djelomičnim rezultatima. Tako se češće događa da se najavljena izdvojena mišljenja ipak ne pišu, jer su u procesu donošenja odluka postignuti odgovarajući kompromisi. Naravno, oni koji redovito najavljaju izdvojena mišljenja, a zatim ih ne pišu, brzo gube kredibilitet i na značenju kod vijećanja. Također treba imati na umu da će sudije odmah imati manje uticaja na ishod slučaja i na obrazloženje odluke čim bude jasno da će imati drugačije mišljenje.

Svako ko piše izdvojeno mišljenje ima tu prednost da svoje mišljenje može pisati slobodno, bez obzira na većinu senata koja sudjeluje u formuliranju. To omogućava jasno i precizno predstavljanje vlastitog gledišta. Bez obzira na to, kod izdvojenih se mišljenja treba čuvati polemičkih formulacija i omalovažavajućih ocjena mišljenja većine koje štete sudu prema vani, otežavaju buduću saradnju u senatu i na kraju slabe vlastitu poziciju. U praksi je većina izdvojenih mišljenja upravo takva. Iako s pravom pokušavaju što jasnije istaknuti različita pravna stajališta, uglavnom su pisani umjerenim tonom. Čak i pojedinačna, posebno oštro formulirana izdvojena mišljenja do sada su se uvijek odnosila na meritum¹⁴ te nisu imala za cilj da lično dezavuiraju stav većine senata ili čak pojedinih sudija. U tom smislu, u svakodnevnoj praksi senata također nije neuobičajeno da se pojedinačne formulacije izdvojenog mišljenja dostavljene Senatu prije objave u bilateralnim razgovorima donekle „ublaže“ ili dopune da bi bile jasnije.

c) Vanjski učinak

U javnoj recepciji sudskih odluka izdvojena mišljenja priložena uz odluku Saveznog ustavnog suda zapažaju se i komentarišu, kako u dnevnoj štampi, tako i u stručnoj javnosti. Međutim, i u obratnom se slučaju percipira i kada Savezni ustavni sud o posebno kontroverznim političkim i društvenim pitanjima donosi jednoglasne odluke.

Naravno, stranke koje su izgubile u ustavnom sporu vole se pozivati na izdvojena mišljenja koja jačaju njihovo gledište. To u osnovi nije loše, jer jasno pokazuje da

14 Vidi, na primjer, izdvojeno mišljenje sudije Masinga o odluci Prvog senata u BVerfGE135, 1 <29 i d.> gdje se usprotivio većini senata u poreskom predmetu koji se ticao dopustivosti retroaktivnih zakonskih propisa u vezi sa ulogom sudske prakse, te joj predbacio da „apstraktnim, u meritumu pogrešnim predodžbama o trodiobi vlasti“ (loc. cit., str. 29. margina 2.) eliminiira temelje dosadašnje sudske prakse koja je bila u službi zaštite povjerenja.

naročito pitanja ustavnog prava, s obzirom na često veliki manevarski prostor ustavnih propisa, nerijetko opravdano dozvoljavaju i različite odgovore. „Porazi“ pred ustavnim sudom se na taj način na političkoj sceni lakše mogu podnijeti bez velikog gubitka obraza. Međutim, takav efekt može se postići samo ako se izdvojeno mišljenje koristi u umjerenom mjeri te ako su i sudije u svojim formulacijama umjerne. S druge strane, previše izdvojenih mišljenja koji stav većine fundamentalno dovode u pitanje i na kraju ostavljaju dojam da je ustavni zakon proizvoljan mogu pak ugroziti ugled i kredibilitet suda kao institucije.

5. Zaključak

Vrijednost i značenje izdvojenih mišljenja za ustavne sudove sigurno nisu isti u svim pravnim sistemima.

U Njemačkoj se izdvojeno mišljenje od njegovog uvođenja prije otprilike 50 godina dobro etabliralo u sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda te u principu više nije kontroverzno. Tako je mogućnost izdvojenog mišljenja u pravnom sistemu sa jakim Saveznim ustavnim sudom, koji u stanovništvu generalno uživa visoki ugled, te u sudovanju koje se u velikoj mjeri temelji na činjeničnim argumentima, ojačala deliberativnu kulturu odlučivanja. Međutim, uslov je bio i jeste da se mogućnost izdvojenog mišljenja - kao i do sada - koristi s mjerom i u umjerenom tonu.

