

Branko PERIĆ, sudija Suda BiH

IZDVOJENO SUDIJSKO MIŠLJENJE U KRIVIČNOM POSTUPKU – ARGUMENTI ZA NOVI PRISTUP

1. Uvodne napomene

Po definiciji profesionalnog angažmana, sudija je „tehničar praktičnog znanja“⁷⁸ koji pravilima logičkog silogizma donosi odluke na taj način što utvrđene činjenice podvodi pod pravnu normu. Ovo intelektualna vještina zahtijeva ispunjenje dvaju pretpostavki: a) posjedovanje vještina za primjenu instrumentarija za utvrđivanje relevantnih činjenica, i b) odlično poznavanje pozitivnog zakonodavstva.

Dakle, donošenje sudskih odluka je ozbiljan misaoni napor čiji rezultat direktno zavisi od intelektualnih sposobnosti i praktičnih znanja i vještina sudije. Jasno je da sve sudije nemaju isti nivo teorijskog znanja, niti isti nivo praktičnih vještina, a pogotovo ne isti nivo životnog iskustva. Otuda je logično da će se u njihovim razumijevanjima činjenica i tumačenju pravnih normi pojavljivati razlike koje će zahtijevati ozbiljan profesionalni dijalog i razjašnjavanje.

Čak i kada postoji razvijena dijaloška kultura, usaglašavanje mišljenja nije jednostavno. Ljudi često svoje stavove formiraju intuitivno i bez mnogo

⁷⁸ Jedna od sintagmi koju Sartr upotrebljava u eseju „Funkcija intelektualca“ (Marksizam u svetu, Beograd, br. 1-2, 1977, str. 1-13).

dubinskog promišljanja, a onda ih se teško odriču, bilo zbog toga što su ubijeđeni u njihovu ispravnost ili zbog sujete koja često prati javni diskurs. Javne polemike i neslaganja među vrhunskim autoritetima u pojedinim oblastima to ilustruju na najbolji mogući način.

Usaglašavanje mišljenja u sudskim postupcima je od posebne važnosti zbog toga što se neke od ključnih odluka donose u vijećima sastavljenim od troje sudija⁷⁹. Odlučivanje u vijeću ima za cilj da osigura svestrano razmatranje činjeničnih i pravnih aspekata slučaja kako bi se dao dignitet sudskoj odluci. Odlučivanje u vijeću šalje poruku građanima da je sudska odluka u njihovom slučaju rezultat pravne ocjene troje sudija, što joj treba dati posebnu težinu i značaj. Nažalost, u praksi se često odlučivanje u vijeću svodi na prosto zadovoljavanje forme. U sudovima ne postoje interne procedure za zasijedanje sudskih vijeća, niti su se iskristalisale prakse koje bi garantovale ozbiljnu pripremu i ozbiljan rad u sjednicama.

Šta se događa među članovima sudskih vijeća kada se donose odluke o krivici i visinama kazni u krivičnim stvarima? Kako se otklanjaju njihova neslaganja i šta se događa ako usaglašavanje ne uspije? Ovako postavljeno pitanje neće zagolicati samo laičku maštu

⁷⁹ Prema članu ZKP BIH, za sva krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora preko deset godina u prvom stepenu sudi vijeće krivičnog odjeljenja sastavljeno od trojice sudija. Takođe, u drugom i u trećem stepenu sude vijeća od trojice sudija. U vijeću sastavljenom od trojice sudija Sud odlučuje o žalbama protiv rješenja kada je to određeno zakonom (čl.24.).

nego ima izuzetnu praktičnu vrijednost za profesionalnu zajednicu.

Prije svega, treba podsjetiti da suština sudijske nezavisnosti podrazumijeva i pravo sudije da slobodno i nezavisno od bilo koga izrazi i javno saopšti svoje pravno mišljenje. Sudije to čine u svojim odlukama. Kada se odluke donose u sudskim vijećima, presuda je izraz mišljenja većine koja je glasala za odluku. Šta se događa sa mišljenjem sudije koji ne glasa za odluku. Njegovo sudijsko mišljenje se razlikuje od većine i njega nema u odluci vijeća. Šta je sa njegovim pravom da izrazi i javno iznese svoje sudijsko mišljenje? Nije li njegova sudijska nezavisnost dovedena u pitanje činjenicom da nije u mogućnosti da javno saopšti svoje mišljenje na način kako to čine njegove kolege u presudi? Koliko je ovaj problem važan za sudijsku nezavisnost?

Čini se da je problem izdvojenog sudijskog mišljenja neopravdano zapostavljen, kako u pravnoj praksi, tako i pravnoj teoriji. U našoj pravnoj periodici nema ozbiljnog bavljenja ovim institutom. Ovaj rad ima za cilj da osvjetli problem iz perspektive krivičnog procesnog prava.

2. Pojam izdvojenog mišljenja

Za razmatranje problema potrebno je prvo objasniti sam pojam izdvojenog mišljenja. Pravna teorija se nije bavila definicijom izdvojenog mišljenja. Ako se pođe od činjenice da se sudijsko mišljenje uobličava i izražava u presudi, onda se može reći da izdvojeno sudijsko mišljenje predstavlja mišljenje sudije (ili

sudija) koje se razlikuje od mišljenja većine koja donosi sudsku odluku.

U anglo-američkoj pravnoj literaturi pravi se razlika između *neslaganja* i *izdvojenog mišljenja*. Naime, moguće je slagati se sa presudom, ali imati različito mišljenje u pogledu razloga. Neslaganje sa razlozima ne bi nužno vodilo izdvojenom mišljenju. U praksi Ustavnog suda Njemačke takođe se pravi razlika između sadržaja izdvojenog mišljenja i njegove procesne forme pa se tako smatra podudarnim mišljenjem ono mišljenje koje se slaže sa rezultatom presude, ali ne i sa njenim obrazloženjem.⁸⁰

3. Izdvojeno mišljenje u uporednom pravu

Izdvojeno mišljenje je tradicija anglosaksonskog prava. Ono je prisutno kako u zemljama američke pravne porodice (Engleskoj, Irskoj, SAD, Kanadi, Australiji i Novom Zelandu), tako i u zemljama na koje je anglo-američki sistem izvršio uticaj.

U Evropi izdvojeno sudijsko mišljenje se dozvoljava i objavljuje u Njemačkoj, Španiji, Portugalu i Grčkoj, i to uglavnom na višim i ustavnim sudovima. Potpuno je nepoznato u Francuskoj, Italiji, Holandiji, Austriji i Belgiji. U Rusiji, Češkoj, Mađarskoj, Bugarskoj i Hrvatskoj izdvojeno sudijsko mišljenje se dozvoljava samo na Ustavnim sudovima.

⁸⁰ Julia Laffranque: „Dissenting Opinion and Judicial Independence“, *Juridica International*, VIII/2003,

U Norveškoj je izdvojeno mišljenje u pravni sistem uvedeno 1864. godine. Kasnije ga uvode Švedska i Danska.

U Estoniji, koja nema ustavni sud, sudije imaju pravo da izdvoje mišljenje. Prema članu 266. Zakona o krivičnom postupku Estonije, sudije nižih sudova imaju pravo da svoje izdvojeno mišljenje iznesu u pismenoj formi i ono će biti uključeno u spis, ali neće biti objavljeno nakon izricanja presude. Izdvojena mišljenja sudija Vrhovnog suda se objavljuju zajedno sa presudama (čak i u službenom listu!).⁸¹

4. Izdvojeno mišljenje u Zakon o krivičnom postupku BIH⁸²

Zakonodavac je očigledno bio svjestan složenosti mehanizma donošenja sudskih odluka pa je ovaj postupak pokušao da uredi posebnim poglavljem⁸³. U članu 164. ZKP zakon propisuje da se odluke donose „poslije usmenog vijećanja i glasanja“. Vijećanje bi trebalo da podrazumijeva dijalog u kome će se raspravljati o činjenicama i tumačiti zakonske norme (sudski silogizam). Zakon sadrži nekoliko upućujućih odredaba o načinu glasanja (član 165.), ali nema detaljnijih pravila o „vijećanju“ kao fazi razmjene mišljenja koja prethodi glasanju. Ono će u svakom slučaju zavisiti od znanja i sposobnosti predsjednika sudskog vijeća koji po zakonu „rukovodi vijećanjem i glasanjem“. Sa stanovišta cilja (donošenje zakonite

⁸¹ Ibid.

⁸² Identične odredbe sadrže svi krivični procesni zakoni u BIH

⁸³ Glava XIII ZKP BIH

odluke) čini se da je faza vijećanja mnogo važnija za donošenje odluke. Razmjena pravnih mišljenja i stručna argumentacija učiniće proces glasanja jednostavnim. Važnije od samog glasanje jeste to da će pravni argumeti iz procesa „vijećanja“ biti temelj za dobro obrazloženje presude. Čini se da zakon ovoj fazi donošenja odluke ne daje dovoljno značaja.

Iako bi bilo logično, u poglavlju o donošenju sudskih odluka nema ni riječi o izdvojenom sudijskom mišljenju! Ono se u zakonu stidljivo pominje samo u odredbi člana 157., kojom se propisuje sadržina zapisnika o vijećanju i glasanju i to tako što se, gotovo usput, kaže da se odvojena mišljenja priključuju zapisniku, „ako nisu unesena u zapisnik“. Otvara se pitanje kakva bi mogla biti uloga odvojenog mišljenja koje se unosi u zapisnik, ili mu se priključuje, kada se zapisnik zatvara u poseban omot i može ga otvoriti samo vijeće apelacionog odjeljenja kada rješava o pravnom lijeku. Praktičari znaju da se omoti sa zapisnicima nikada ne otvaraju. Izuzetak su prigovori na sastav vijeća.

Dakle, očigledno postoji nekonzistentnost procesnih odredaba koje bi trebale da regulišu postupak donošenja sudskih odluka i sadržinu zapisnika.

5. Praksa i izdvojeno sudijsko mišljenje

Ne postoje naučna istraživanja o problemima u procesu donošenja sudskih odluka. Nema ni statističkih podataka o broju izdvojenih mišljenja. O eventualnim problemima se nikada nije diskutovalo u okviru profesionalne zajednice.

Jedan disciplinski postupak koji se vodio pred disciplinskim komisijama Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (VSTV) BiH bio je indikator da ova vrsta problema postoji i da može dovesti do ozbiljnih posljedica. Naime, jedan sudija Vrhovnog suda odbio je da potpiše zapisnik i presudu u predmetu gdje je kao predsjednik sudskog vijeća nadglasan,⁸⁴ zbog čega je kažnjen novčanom kaznom.

Gdje su problemi i na koji način se mogu riješiti?

Problemi se mogu javiti na dva nivoa: u vijećima koja donose sudske odluke u prvom i drugom stepenu i u vijećima koja rješavaju u žalbenom postupku.

U prvostepenom postupku sudija koji je zadužen predmetom vodi glavni pretres, upravlja postupkom i piše sudsku odluku. U toku glasanja on može ostati u manjini i doći u situaciju da mora da obrazlaže odluku koju sa pravnog stanovišta ne podržava. Takva situacija ga dovodi u vrlo nezahvalnu i frustrirajuću ulogu iz koje ne može izaći. Da li je razumno da neko obrazlaže i potpisuje odluku koju profesionalno ne podržava?

U žalbenim postupcima mogu nastati još veći problemi. Žalbenim postupkom predsjedava predsjednik sudskog vijeća, a slučaj izlaže sudija izvjestilac, koji je zadužen predmetom i koji ga je

⁸⁴ Vidi: Odluka Prvostepene disciplinske komisije br.DCFK 16/07 od 05.11.2007. godine i odluka Drugostepene disciplinske komisije br. DŽFK 1/2008.

pripremio za vijećanje. On je taj koji će uraditi obrazloženu odluku. Međutim, odluku koju uradi sudija izvjestilac potpisuje predsjednik sudskog vijeća i on ne mora uvijek biti saglasan sa obrazloženjem odluke koju potpisuje kao predsjednik sudskog vijeća⁸⁵. S druge strane, može se desiti da sudija izvjestilac prilikom glasanja ostane u manjini i tada dolazi u situaciju da mora da radi na presudi koju profesionalno ne podržava. Zaista, teško je zamisliti da neko pravno obrazlaže odluku koja je protiv njegovih profesionalnih uvjerenja. Ovo treba uzeti kao najozbiljniji problem postojeće sudske prakse danas.

6. Kako riješiti problem?

U razmatranju problema treba poći od cilja postojećih odredbi. Šta je bila namjera zakonodavca kada je propisao da se izdvojeno mišljenje samo „priključuje zapisniku o vijećanju i glasanju“? Da li je, i zbog čega, zakonodavac želio da suprotno mišljenje ostane nedostupno strankama i javnosti? Drugačije rečeno, koja pravna vrijednost se štiti takvom procedurom?

Odgovor na ovo pitanje nije lako dati. Moglo bi se pretpostaviti da je zakonodavac na ovaj način želio dati snažniji autoritet sudskoj odluci. Takvo mišljenje korespondira sa vladajućom ideologijom u vrijeme kada su se ove odredbe prvi put našle u zakonu.

⁸⁵ Treba se staviti u ulogu vrsnog stiliste i iskusnog predsjednika vijeća koji treba da potpiše odluku koju je napisao njegov kolega sa oskudnim nivoom pismenosti.

Izdvajanje mišljenja u monopartijskim društvima nije bilo poželjno i kažnjavano je na razne načine. U svakom slučaju, ne postoje standardi i pravne vrijednosti koje bi postojeća procedura štitila. Ako je ovakav zaključak ispravan, onda slijedi zaključak da su štetne posljedice postojeće prakse veće od očekivane koristi (onoga što je zakonodavac želio postići). Ova činjenica sama po sebi nije dovoljna za zaključak da izdvojeno mišljenje treba biti objavljeno. Treba vidjeti kakve koristi bi donijelo objavljivanje izdvojenog mišljenja i kakve pravne vrijednosti bi takva praksa stvorila?

Prije svega, izdvojeno mišljenje bi imalo ogromnu **edukativnu vrijednost**. Prvo, ono bi svojom pravnom argumentacijom doprinijelo sadržaju odluke i dodatno rasvijetlilo slučaj, te pomoglo strankama u odluci da li će sudsku odluku prihvatiti ili će je osporavati žalbom. Drugo, ono bi pomoglo apelacionom vijeću u razmatranju žalbe i donošenju zakonite odluke. Treće, svestraniji pristup slučaju je u interesu pravde. Četvrto, izdvojeno mišljenje štiti kredibilitet sudije, predstavlja garanciju njegovog digniteta jer mu daje priliku da pokaže svoje znanje i pravničke sposobnosti, što može biti od značaja za njegovo napredovanje u struci. Peto, objavljivanje izdvojenog mišljenja će povećati odgovornost svih sudija u sudu i „natjerati“ sve članove vijeća na ozbiljnu pripremu prije odlučivanja. Šesto, objavljivanje izdvojenog mišljenja doprinosi transparentnosti odlučivanja i javnosti

odluka. Sedmo, izdvojena mišljenja mogu pomoći razumijevanju odluke i evoluciji prava.⁸⁶

Kako se ovi probleme mogu riješiti de *lege ferenda*? Čini se da je jedini način izmjena Zakona o krivičnom postupku u dijelu koji reguliše donošenje odluka na taj način što bi se **propisala obaveza sudije da odvojeno mišljenje pismeno obrazloži i pripremi za objavljivanje**. Izdvojeno mišljenje bi trebalo biti sastavni dio sudske odluke i dostavljano uz odluku u svim slučajevima. Za slučaj da mišljenje izdvaja predsjednik prvostepenog raspravnog vijeća, treba predvidjeti da ulogu predsjednika preuzima prvi član vijeća. Novi predsjednik bi preuzeo spis i radio pismeni otpравak odluke. Jedino bi se na taj način sudija koji izdvaja mišljenje oslobodio neprijatne dužnosti da obrazlaže odluku koju ne podržava.

Procedure u žalbenom postupku treba redefinisati tako što bi predsjednik vijeća istovremeno bio i izvjestilac. Nema nikakvog opravdanja da odluku vijeća potpisuje sudija koji ih nije izradio. Time bi se riješio problem potpisivanja odluka koje za predsjednika vijeća stilski, jezički i argumentacijski nisu prihvatljive. Kod takvog rješenja primjenjivalo bi se pravilo da u slučaju preglasavanja predsjednika, ulogu predsjednika i spis preuzima prvi član vijeća.

Protivnici⁸⁷ objavljivanja izdvojenog mišljenja prigovaraju da objavljivanje izdvojenog mišljenja

⁸⁶ Vidi: Konsultativno vijeće evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br.11 (2008)

pripada anglosaksonskoj pravnoj tradiciji, zbog čega ga ne bi trebalo preuzimati u praksu kontinentalnog procesnog prava. Oni tvrde da presude u anglosaksonskom sistemu imaju ulogu presedana i da je izdvojeno mišljenje značajno za formiranje i eventualno mijenjanje sudske prakse koja ima obavezujući karakter. Ovom stavu se može prigovoriti da je ZKP BiH preuzeo u najvećoj mjeri anglosaksonski procesni sistem, zbog čega bi bilo logično da preuzme i institut objavljivanja izdvojenog mišljenja. U istom kontekstu se navodi i argument da se u kontinentalnoj tradiciji objavljivanje izdvojenog mišljenja pojavljuje samo u praksi ustavnih sudova koji nisu dio redovnog pravosuđa. Međutim, ovo bi mogao biti dobar argument u prilog objavljivanja izdvojenog mišljenja. Naime, Ustavni sud BiH ima vrlo široke nadležnosti kada su u pitanju postupci i odluke redovnih sudova. Ustavni sud može da interveniše sa privremenim mjerama u sudske postupke koji su u toku⁸⁷ i da ukida konačne presude redovnih sudova. U tim postupcima sudije Ustavnog suda izdvajaju i objavljuju svoja mišljenja, što zbunjuje stranke i navodi ih na pitanje zašto to ne rade i redovni sudovi. Bilo bi dobro da ova praksa, koja postoji duže vrijeme i koja se ne osporava, bude proširena na redovno pravosuđe i tako harmonizuje sistem sudskog odlučivanja u najširem značenju.

⁸⁷ Na Sudu BiH organizovana je interna rasprava na ovu temu u kojoj je nekoliko sudija iznijelo argumente protiv objavljivanja izdvojenog mišljenja

⁸⁸ Nedavno je Ustavni sud BiH donio Odluku o privremenoj mjeri kojom je naložio Sudu BiH da zastane sa krivičnim postupkom i ne preduzima nikakve radnje do donošenja konačne odluke po apelaciji optuženih (AP-785/08)

Drugi argument protivnika objavljivanja izdvojenog mišljenja odnosi se na zakonom zagarantovanu tajnost sjednice o vijećanju i glasanju i ustavnu garanciju nezavisnosti. Ovo stanovište polazi od nerazumijevanja zakonom uspostavljene tajnosti. Naime, zakonom je ustanovljena tajnost postupka vijećanja i glasanja, a ne i odluke. Tajnost postupka štiti sudiju od mogućeg uticaja u procesu odlučivanja. Izdvojeno mišljenje je prirodni dio odluke i ne bi smjelo biti tajna. Tajnost procesa donošenja odluka štite i drugi zakon (Zakon o slobodnom pristupu informacijama), ali odluke su uvijek javna stvar.

Treći argument protiv objavljivanja izdvojenih mišljenja je tvrdnja da bi objavljivanje načina glasanja dovelo u javnosti do stavljanja glasanja u kontekst nacionalne pripadnosti i izložilo sudije osudama i pritiscima javnosti!? Argument protiv ovakvog zaključivanja mogla bi biti pjesnikova metafora - kakav čovjek, takva asocijacija! Ovakvim politikanskim razmišljanjem šalje se poruka da sudije nisu dovoljno profesionalne zbog čega im je potreban mehanizam zaštite u vidu tajnosti njihovog glasanja. Upravo postojeća praksa daje mogućnost manipulacije i omogućava svakom sudiji da kaže kako je izdvojio mišljenje jer ne podržava odluku vijeća u kojem je sjedio! Odgovor na ovakve teze je jednostavan: upravo objavljivanje izdvojenog mišljenja može učvrstiti autoritet odluke i ojačati kredibilitet suda ako njegova odluka ne podržava interes „njegove“ nacionalne grupe. Ovo je važan argument za izgradnju povjerenja u sud.

Rezerva koju iznose pristalice oba mišljenja tiče se autoriteta sudske odluke. Naime, postoji zabrinutost za uticaj i dejstvo izdvojenog mišljenja na odluku žalbenog suda. Sudije koje su se u Haškom tribunalu sretale sa izdvojenim mišljenjima tvrde da nije prijatno kada se žalba pretežno oslanja na izdvojeno mišljenje. S druge strane, iste sudije nisu osporavale da su neka izdvojena mišljenja ostala najdragocjeniji doprinos praksi Tribunala. Čini se da „dragocjeni doprinos“ preteže nad prostom „zabrinutošću“ što se žalba oslanja na izdvojeno mišljenje.

Postoje i mišljenja da bi objavljivanje izdvojenog mišljenja ugrozilo autoritet, prestiž i legitimnost suda, umanjilo vrijednost presude, nepotrebno privlačilo pažnju javnosti, te da bi se moglo zloupotrijebiti zbog toga što bi neke sudije koristile izdvojeno mišljenje da bi se istakle postale javno poznate. Praksa Ustavnog suda najbolje demantuje sve ove prigovore.

Dodatni argument za objavljivanje izdvojenog mišljenja je i činjenica da se u praksi Haškog tribunala objavljuju i javno obrazlažu izdvojena mišljenja. Pošto se Sud BiH u značajnoj mjeri oslanja na praksu Haškog suda, bilo bi najlogičnije da preuzme i ovakvu praksu. Na kraju, u zaključcima Mišljenja br.11 (2008), koji je Konsultativno Vijeće evropskih sudija uputilo Odboru ministara Vijeća Evrope u vezi kvaliteta sudskih odluka, navodi se da „izdvojena mišljenja sudija mogu poboljšati sadržaj odluke i pomoći kod razumijevanja odluke i ocjene zakona“⁸⁹

⁸⁹ Konsultativno vijeće evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br.11 (2008)

7. Zaključak

Postojeće krivično procesno zakonodavstvo je potrebno modernizovati i usaglasiti sa osnovnim načelima zakona i principima pravde. Potpuna tajnost postupka odlučivanja u krivičnim vijećima djeluje anahrono i ugrožava pravo stranaka da imaju uvid u cjelovito mišljenje suda. Takav pristup podriva osnovne principe pravičnog postupanja.

Problem je moguće riješiti jednostavnim izmjenam ZKP BiH u dijelu kojim se reguliše postupak donošenja odluka (glava XIII) tako što bi se propisala obaveza za sudiju koji izdvaja mišljenje da svoje mišljenje obrazloži i pripremi za objavljivanje. Izdvojeno mišljenje bi trebalo biti sastavni dio odluke i dostavljano uz odluku u svim slučajevima.

Ovakav koncept izdvojenog mišljenja doprinosa bi izgradnji profesionalnog autoriteta sudije pojedinca. Istovremeno, izdvojena mišljenja bi podsticala toliko neophodan dijalog u profesionalnoj o osjetljivim pravnim pitanjima, što bi vodilo ka profesionalizaciji cjelokupnog pravosudnog sistema.

Iz perspektive sudije koji ne podržava odluku svojih kolega problem je važan zbog toga što odluka za koju nije glasao, ukoliko bude ukinuta, utiče na ocjenu kvaliteta njegovog rada. Zbog toga bi svaki sudija morao biti zainteresovan da se njegovo izdvojeno mišljenje objavi

Novi krivični procesni sistem zahtijeva nove ideje i raspravu o mnogim praktičnim pitanjima. Izazovima

ove vrste treba otvoriti prostor bez straha da bi se mogao ugroziti autoritet suda.

(Pravni život, Beograd, br.10/2009)