

I. METODOLOŠKI I UVODNI DIO

A. Uvod u problematiku istraživanja

Izbor naše teme i formulisanje problema istraživanja imao je metodološku putanju koju su pretpostavili i utvrdili teoretičari. Trajao je duži period i pri tom je prošao i fazu "inkubacije i fermentacije" ideje, počev od izbora naučnog područja do konačnog izbora teme. Pri tome je najšira i polazna osnova bio profesionalni interes za pravne nauke, a zatim interes za užu naučnu i teorijsku oblast – ljudska prava i njihova zaštita, odnosno instituciju ombudsmana kao jedan od kontrolnih mehanizama u zaštiti ljudskih prava.

U okviru tako određene oblasti nužno je bilo utvrditi tačan, logičan i prihvatljiv naziv teme, uvažavajući pri tom metodološka pravila kojima tema mora biti vezana.

Utvrđena tema istraživanja je veoma zahtjevna i podrazumijeva cijelovitu obradu. Ova tema i njen predmet mogu da izazovu i naučnu radoznalost mnogih istraživača, jer je vrlo interesantna, aktuelna i gotovo svakodnevno prisutna ne samo kod naučnih istraživača već i kod građana.

I u Ustavu BiH i u Ustavu RS posvećena je izuzetna pažnja zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ali za njihovu afirmaciju, odnosno ostvarivanje, pored normativnog određenja i formalnog poštovanja, potrebno je mnogo više. Vrlo je važno i mnogo teže obezbijediti kvalitetne mehanizme za njihovu zaštitu i primjenu, odnosno njihovo integriranje u svakodnevni život i ponašanje svih, i građana, ali, i odgovorne vlasti.

Taj vječiti raskorak između normativnog i stvarnog, proklamovanog i dostupnog, bio je jak motiv istraživaču da sagleda stvarne mogućnosti institucije za zaštitu ljudskih prava, prije svega kroz njeno zakonsko pozicioniranje.

"Od davnina je i u teoriji i u praksi poznato da pored normi pozitivnog prava postoje i norme prirodnih neotuđivih prava koje su osnovne i trajne, i proizilaze iz razuma, prirode ili božanstva. Sva ta prirodna prava izvođena su iz dva osnova ili iz nekih viših vrednosti koje postoje van čoveka i predstavljaju zakon viši od svakog pozitivnog zakona ili iz prirode samog čoveka. Bez obzira na to kakav je osnov ovakvim shvatanjima, opravdana je upotreba sile protiv svih koji krše ta prava. Od tada pa do danas, sa jačim ili slabijim naglaskom, zahtevano je i ustanovljenje uslova doslednog i strogog ostvarivanja proklamovanih prava.

Mnogi savremeni pisci s pravom ističu da osnovno pitanje danas vezano za ljudska prava nije u njihovom opravdanju nego u ostvarivanju i zaštiti.”¹

Najveća opasnost za ljudska prava vreba od onih koji su na vlasti, koji se njima razmeću i stalno govore da ih posebno ozbiljno uzimaju i poštuju. Onaj ko je na vlasti i ozbiljno uzima ljudska prava i slobode shvatiće koliko ona opterećuju vladu, ”ali će ipak prihvatići taj teret, jer će uvideti da se uz visoko poštovanje ljudskih prava svakog čoveka može biti na velikom dobitku, a to je zadobijanje poverenja u državu i vladu. Ljudska prava se, konačno, samo onda delotvorno štite kada su ustanove u državi posredstvom međusobne podele vlasti i kontrole tako uspostavljene da ljudi koji ih opslužuju, bilo da je reč o državnom poglavaru, članovima vlade, zakonodavcima ili sudijama, moraju ozbiljno da uzimaju u obzir ljudska prava i slobode u svom svakodnevnom radu”².

“Jedan od osnovnih kriterijuma za ocenu valjanosti nekog sistema i perspektiva njegovog razvoja je koja prava i na koji način građani mogu da ostvaruju, i kako su njihove slobode i prava zaštićeni od povreda. Danas svaka država garantuje svojim, kao i stranim državljanima koji se u njoj nađu, određena prava i slobode, i predviđa raznovrsne instrumente za njihovu zaštitu. Klasičan arsenal ovih sredstava, bez obzira na njihovu brojnost i raznovrsnost, u izvesnim slučajevima u praksi pokazuje se kao neadekvatan.”³

Ljudska prava i slobode su ustavna kategorija, pa se zbog svoje prirode i značaja i garantuju ustavom kao najvišim pravnim aktom svake demokratske zemlje. I Ustav BiH temelji se, pored ostalog, na načelu garantovanja i zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

Međutim, ustavom garantovani principi nisu dovoljna garancija u ostvarivanju prava građana, jer upravo kvalitet ostvarivanja ustavom garantovanih prava je osnova na kojoj se zasniva svaka demokratska zemlja.

Da bismo došli do kvaliteta u ostvarivanju prava vrlo je bitno uspostaviti kvalitetne mehanizme za njihovu zaštitu i za njihovu primjenu, odnosno za njihovo integriranje u svakodnevni život i ponašanje svih pojedinaca, ali i odgovorne vlasti.

Ombudsman je upravo jedan takav kontrolni mehanizam – koji nadzire, koji kontroliše, upozorava, prijeti.

“Ustanovljenje službe ombudsmana otvara novo poglavje u odnosima između onih koji vladaju i onih kojima se vlada, između države i građanina, između javnih službenika i javnosti. Postojanje nezavisne službe ombudsmana predstavlja jasan znak vladara da priznaju

¹ Vukadinović, Gordana: Ombudsman zaštitnik prava građana, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (u daljem tekstu: ZR PF NS), Novi Sad, 1990, str. 160

² Flajner, Tomas: Ljudska prava i ljudsko dostojanstvo, Beograd – Valjevo, 1996, str. 175

³ Teofilović, Petar: Da li nam je i kakav ombudsman potreban, ZR PF NS, Novi Sad, 1990, str. 162

obaveze i dužnosti prema podanicima, da sa podanicima treba pravedno, efikasno i učitivo postupati, da im treba dati njihova prava zasnovana na zakonu, i da javne poslove treba voditi pošteno i uspešno.”⁴

Ombudsman je po mnogo čemu specifična institucija, čija je osnovna funkcija kontrolna, i to u odnosu na subjekte koji neposredno odlučuju o pravima i obavezama građana i čijim radom odnosno neradom mogu biti povrijeđena ustavom zagarantovana prava građana.

Ombudsman nije organ vlasti, on nije ni organ uprave, nije ni sudski ni zakonodavni organ, što vrlo često kod građana, ali i kod odgovorne vlasti, stvara problem u definisanju institucije i njenom pozicioniraju u postojeći pravni sistem. Ombudsman nema ovlaštenja da donosi meritorne odluke, on ne odlučuje u konačnom o pravima i obavezama građana, on ne presuduje. U skladu s ovlaštenjima utvrđenim zakonom, a na osnovu provedenih istraga, on može preporučiti individualne ili opšte mjere ili oboje, sa ciljem da se spriječe ili otklone povrede prava i interesa fizičkih i pravnih lica. Institucija nema naredbodavnu moć, ona nema instrumente prisile.

“Uloga ombudsmana i nije da prisili nego da uvjeri. Ombudsmeni moraju biti mehanizam uvjeravanja. Njihova moć leži u argumentima i u prestižu koji su stekli u prethodnim akcijama, u objavlјivanju njihovih izvještaja i u priznanju osobe i mandata.”⁵

Institucija, dakle, nema instrumente prisile, a u isto vrijeme treba da kontroliše, upozorava, prijeti. Postavlja se pitanje gdje je granica do koje ombudsman u svom uvjeravanju i ubjeđivanju može ići. Da li je izvršio svoju ulogu zaštitnika građana ako poslije prvog neuspjelog pokušaja izda preporuku i obaveže odgovornu stranu na određeno ponašanje i otklanjanje utvrđene povrede, a odgovorna strana u ostavljenom roku ne ispoštuje preporuku? Da li u istoj situaciji ombudsman prema istoj odgovornoj strani treba da ide sa više preporuka? Kome i čemu služe preporuke koje se ne poštuju?

Praksa institucija ombudsmana danas, u tom dijelu je sasvim različita. Naime, na jednoj strani su one institucije ombudsmana koje imaju silnu potrebu da drugu, odgovornu stranu uvjere da je svojim postupanjem dovela do povrede prava podnosioca žalbe. Preporuka im je uvijek zadnje sredstvo koje koriste, ali i u tim situacijama preporuci uvijek prethodi ubjedivački period.

Bez obzira na to što ovaj pristup traži mnogo strpljenja i ombudsmana ali i podnosioca žalbe, traži mnogo energije i duži vremenski period, ovakvo postupanje ombudsmani pravdaju

⁴ Pickl, Viktor Institutacija ombudsmana u Austriji, ZR PF NS, Novi Sad, 1990, s. 31

⁵ Bartlet, Enrik: Odnos državnog i entitetskog ombudsmana u složenim evropskim zemljama, Izvod sa konferencije "Značaj entitetskih – regionalnih ombudsmana u zaštiti ljudskih prava" (u daljem tekstu: Izvod sa konf.), Banja Luka, 2003, s. 4

činjenicom da samo na ovaj način mogu zaštiti građanina, a odgovornu stranu sačuvati i za buduća ubjedivanja.

Na drugoj strani su one institucije, i njih je mnogo manje, koje poslije prvog neuspjelog pokušaja idu sa preporukom. Ovaj put je mnogo jednostavniji, ne traži dodatno strpljenje i energiju, ne traži ni dodatno vrijeme za djelovanje ombudsmana, čak je institucija medijski aktuelnija i zanimljivija jer je javno ukazala na problem, ali se s pravom postavlja pitanje gdje je tu podnositelj žalbe, da li će on biti zadovoljan i da li će time biti otklonjene povrede koje su mu učinjene.

U svakom slučaju, pravila za postupanje institucije u tom dijelu nema. Osnovno pravilo i osnovni cilj uspostavljanja institucije jeste da ona zaštiti građanina i njegova osnovna ljudska prava u skladu sa zakonom i pravilima procedure. U tom smislu, institucije koje su na početku svoje misije imaju vrlo odgovoran zadatak, prvo da instituciju približe i građanima i vlasti, da pridobiju povjerenje i jedne i druge strane i pri tom ostanu na visini svog zadatka, riječju da i same stvaraju uslove u kojima će "postojanje institucije koja prima k znanju žalbe i kojoj javnost veruje i smatra je objektivnom, predstavlja korak unapred ka poboljšanju odnosa između pojedinca i organa uprave, prema umanjivanju pojedinačnog osećaja bespomoćnosti pred državnim organima. U pitanju nije uvek prvenstveno to što odluka upravnog organa nije u skladu sa zakonom, nego to da se ono što, objektivno govoreći, spada tek u manje značajne povrede, npr. neljubazan odnos državnog službenika, prima kao oblik nepravde koju je podnositelj nemoćan da ispravi."⁶

1. Pojam ombudsmana

Kada je davne 1969. izabran za prvog zaštitnika građana u Kvebeku u Kanadi, Louis Marceau je ulogu ombudsmana ovako okarakterisao: "Zaštitnik građana nije samo član parlamenta, ni ministar, ni sudija, nego jednostavno građanin čija su ovlaštenja vršenje anketa i davanje saveta, odnosno preporuka. Smatram da Narodna skupština, imenujući me za zaštitnika građana nije ništa drugo uradila nego da prizna jednom građaninu pravo vršenja kontrole u ime svih ostalih građana. Ustanovljavajući Zaštitnika građana, ona je (Skupština) preko jednog građanina priznala pravo svakog građanina da neposredno može sam kontrolisati odluke uprave koje se odnose na njega kao ličnost, člana zajednice."⁷

Sam naziv ombudsman potiče od švedske riječi *umbothsmathr*, koja u prevodu znači predstavnik ili povjerenik, onaj koji predstavlja. U širem značenju, iz samog naziva proizilazi ovlaštenje za zastupanje, za predstavljanje, za zaštitu.

“Ombudsman nije pronalazak političke misli jednog naroda. Pod ovim nazivom, i sa ugledom i autoritetom koji ima u političkom sistemu Švedske, ova ustanova je danas postala inspiracija, ako ne i model za napore koji postaju sve nužniji u pogledu rekonstrukcije političkih institucija koje je stvorila birokratska i legalistička misao i praksa.”⁸

Iako je švedska riječ ombudsman gotovo opšteprihvaćena za naziv ove institucije, danas ima i drugačijih rješenja. Tako se u Finskoj, Novom Zelandu, Danskoj i Norveškoj ombudsman naziva parlamentarnim ombudsmanom, u Španiji i Argentini je narodni branilac, nacionalni ombudsman u Holandiji, narodni pravobranilac u Austriji, komesar za ljudska prava u Rusiji, narodni advokat u Rumuniji, narodni pravobranitelj u Makedoniji, pučki pravobranitelj u Hrvatskoj, zaštitnik prava čovjeka u Sloveniji, pravobranilac prava građana u Poljskoj.

Bez obzira na razlike u nazivu institucije, njena osnovna uloga je ista. Ombudsman je zaštitnik ljudskih prava i osnovnih sloboda u skladu sa ustavom te međunarodnim sporazumima o ljudskim pravima.

Bez obzira na činjenicu da institucija danas funkcioniše u zemljama sa vrlo različitim pravnim sistemima i različitom ekonomskom moći, ombudsman je danas opšteprihvaćen kontrolni mehanizam u zaštiti prava građana.

Institucija je i nastala na ideji o ljudskim pravima i njihovoj zaštiti. Bez obzira na to što je s vremenom pretrpjela određene promjene i prilagođavanja, bila je i ostala čuvar zakonitosti i zaštitnik prava građana.

Danas, iako nema jedinstvene definicije institucije, opšteprihvaćeni su elementi koji u suštini određuju instituciju, a to su:

“1) Ombudsman je organ parlamenta,

2) on je organ koji ni u čemu ne dira u postojeći sistem nadzora nad radom organa uprave i javnih službenika, nego ga samo dopunjava i nema ovlaštenja da mijenja ili ukida akte organa uprave, niti da kažnjava zbog nezakonitog rada, već može samo da kritikuje akte i postupke uprave, ukazuje na njihove nedostatke i da traži kažnjavanje krivaca,

⁸ Lilić, Stevan: Data protection Ombudsman, ZR PF NS, Novi Sad, 1990, s. 83

3) on je samo jedan u nizu organa koji vrše nadzor nad zakonitošću rada organa uprave i službenika, ali gotovo jedini koji osim toga ceni i celishodnost ovoga rada, upuštajući se u datom slučaju i u ocenu korištenja diskrecionih ovlaštenja,

4) on je organ kome se, s jedne strane, građani mogu lako, bez posebnih formalnosti i bez troškova po sebe, obratiti za brzu i efikasnu intervenciju, dok je, s druge strane, on ovlašten da u slučaju potrebe postupa i na sopstvenu inicijativu.”⁹

Međunarodno udruženje pravnika, u namjeri da definiše funkcionisanje institucije, polazi od toga da je ista definisana ustavom, zakonom ili odlukom parlamenta, da je na čelu institucije nezavisan, visoki javni zvaničnik, odgovoran pred zakonom ili parlamentom, koji razmatra žalbe oštećenih građana podnetih protiv vladinih službi, zvaničnika i zaposlenih, ili koji djeluje po svom nahođenju sa ovlaštenjem da istražuje, daje preporuke za poboljšanja i piše izvještaje.

“Svest o budnosti ombudsmana vrši zdrav uticaj na ceo sistem uprave, čineći ga osetljivim na javno mnenje i na zahtev pravičnosti. Čak i istrage koje ne otkriju loše vršenje upravne funkcije, nisu nikako uzaludne. Tumačenjem da je delovanje upravnog organa bilo opravданo, ombudsman omogućava oštećenom građaninu da shvati ono što mu upravni organ nije razjasnio, ili ono što sam možda nije uvideo, a ovo samo po sebi pomaže da se otklone konfliktne situacije iz rada državnih organa.”¹¹

“Najbolji način da shvatite šta je ombudsman jeste da ga shvatite kao institucionalizovanu javnu savest. Suština je u tome što bi vlada mogla da uradi da kultiviše na što bolji način građanina, da zaštitи njegove individualne slobode i obezbedi jednak tretman svih građana pred javnom upravom. Ombudsman je, u stvari, depolitizovani nezavisni kontrolor javnih vlasti koji ih štiti od njihovih upravnih akcija. On ima potencijal za sigurnost uprave i za preduzimanje upravnih reformi. On pomaže građanima i postupa po njihovim ličnim žalbama.”¹²

Iz datih definicija prizilaze i osnovni elementi, najvažnije karakteristike i osnovne vrijednosti institucije ombudsmana:

1. nezavisnost
2. samostalnost
3. profesionalnost
4. pristupačnost

⁹ Radoje Nikolić, Zaštitnik građana kao novi državni organ, Pravna riječ, br. 7/2006, Banja Luka, s. 154

¹¹ Milosavljević, Bogoljub: Ombudsman zaštitnik prava građana, Beograd, 2001, s.13

¹² Radinović, Dragan: Ombudsman i izvršna vlast, Beograd 2001, s. 32

5. javnost
6. povjerljivost
7. odgovornost,

a upravo zbog svih ovih karakteristika institucija ombudsmana ima "šansu da ispunи inače do sada prazan prostor kvalitetnije zaštite građana."¹³

Nezavisnost je prva i osnovna karakteristika institucije, koja podrazumijeva da je institucija nezavisna od svih tijela državne vlasti i u vršenju svoje funkcije neće primati nikakve naredbe niti bilo kakva uputstva.

Samostalnost u izvršenju funkcije ombudsmana instituciju obavezuje da djeluje u okviru ustavnih i zakonskih odredaba i međunarodnih pravnih akata o ljudskim pravima i slobodama bez bilo kakvog uticaja ili posredovanja bilo kojih organa i institucija.

Profesionalnost, nezavisnost i samostalnost institucije su uslov njene profesionalnosti, odnosno garancija za obavljanje djelatnosti u skladu sa zakonom i međunarodnim standardima.

Pristupačnost institucije je ona njena vrijednost koja je u startu razlikuje od svih drugih institucija sistema, a podrazumijeva da za građane nema nikakvih ograničenja za pristup instituciji, odnosno da se svaka i fizička i pravna osoba koja tvrdi da ima legitiman interes može obratiti instituciji bez obzira na nacionalnost, državljanstvo, pol, religiju, pravnu nesposobnost i sl.

Javnost rada ombudsmana je njegovo vrlo važno oružje, a obezbjeduje se, između ostalog, obavještavanjem o pojedinim predmetima, objavljivanjem donesenih odluka, izdavanjem publikacija, web stranica i sl.

Povjerljivost podrazumijeva da lice koje podnese žalbu ili na bilo koji način učestvuje u postupku koji vodi ombudsman ne može zbog toga biti pozvano na odgovornost niti se po tom osnovu dovesti u nepovoljniji položaj. Istraga koju vodi ombudsman, kao i proceduralne radnje, uvijek se vode sa najvećom mogućom diskrecijom, kako u pogledu podnosioca žalbe tako i u pogledu javnih službi i organa.

Odgovornost institucije za njen rad proizlazi iz svih navedenih karakteristika. Prema zakonu, institucija je, kao povjerenik parlamenta, za funkciju koju obavlja odgovorna parlamentu.

Svi navedeni elementi zajedno određuju pojam institucije. Ako bi nekima od njih trebalo dati prioritet, onda su "to dvije osnovne karakteristike ove institucije – njena potpuna

¹³ Lauc, Zvonimir: Ombudsman i teorija autopoesis u SFRJ, ZR PF NS, Novi Sad, 1990, s. 79,

samostalnost i nezavisnost od društvenih i političkih organa i pravna sposobnost da se bavi individualnim žalbama”¹⁴.

“Upravo karakteristike instituta ombudsmana imale bi šansu da ispune inače do sada prazni prostor kvalitetnije zaštite građana kao konstituensa političkog sistema. Pri tome valja imati u vidu da inauguriranje ovog instituta samog po sebi ne bi ništa doprinijelo razvoju sloboda i prava, ukoliko se bitno ne transformira cjelokupni politički sistem, a samim tim i cjelokupni pristup društvenom razvoju. Prema tome, iako smatramo nužnim iznalaženje instituta *in favorem* čovjeka, ipak smatramo nužnim da ukupna klima, ambijent, moraju biti bitno izmijenjeni, jer samo tada će biti realne šanse za oživotvorenje spregnuća kauzaliteta i finaliteta, odnosno vizije i zbilje.”¹⁵

Zato je danas s pravom prihvaćeno da je “ombudsman institut koji ima šansu da štiti, afirmira i dalje razvija slobode i prava čovjeka, glavne karakteristike svijeta budućnosti.

Ombudsman, kao i uostalom i sve druge institute, ne treba promatrati samog za sebe, nego u ambijentu ukupnog društvenog razvoja, gdje čovjek ima šansu da se ispoljava kao slobodna stvaralačka ličnost. Za ovo su nužna nova pravila igre. Stoga, iskoristimo šansu.”¹⁶