



ZBORNIK RADOVA PREZENTIRANIH NA KONFERENCIJI

**“Razmjena najboljih iskustava u rješavanju kršenja ljudskih prava
sa posebnim fokusom na borbu protiv diskriminacije”**

Sarajevo, 15. i 16. februar 2018. godine

Zbornik pripremili:

Divizija za primjenu ljudskih prava na nacionalnom nivou,

Odjeljenje za politiku i razvoj ljudskih prava,

Direkcija za ljudska prava,

Generalna direkcija za ljudska prava i vladavinu prava

© 2018 Vijeće Evrope. Sva prava zadržana. Licencirano Evropskoj uniji pod uslovima. Nijedan dio ove publikacije ne može se prevoditi, reproducirati niti prenositi, u bilo kojem obliku ili bilo kojim sredstvima, elektronskim (CD-Rom, Internet, itd) ili mehaničkim putem, uključujući fotokopiranje, snimanje ili putem bilo kojeg sistema za pohranjivanje ili preuzimanje informacija, bez prethodnog pismenog odobrenja Direkcije za komunikacije (F-67075 Strasbourg Cedex ili publishing@coe.int).

Ovaj dokument je pripremljen pomoću sredstava Zajedničkog programa Evropske unije i Vijeća Evrope. Stavovi izraženi u ovom dokumentu ni na koji način ne odražavaju zvanične stavove Evropske unije ili Vijeća Evrope.

UVODNA RIJEČ

Radovi okupljeni u ovom zborniku prezentirani su u okviru regionalne konferencije “Razmjena najboljih iskustava u rješavanju kršenja ljudskih prava sa posebnim fokusom na borbu protiv diskriminacije”, koja je održana 15. i 16. februara 2018. godine u Sarajevu. Konferenciju su u partnerstvu organizovali Vijeće/Savjet Evrope, Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini i Institucija ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

U fokusu konferencije bile su nacionalne institucije za ljudska prava, a njen glavni cilj bio je da posluži kao platforma za razmjenu mišljenja i iskustava ključnih aktera odgovornih za zaštitu ljudskih prava u regionu, naročito kada je riječ o mogućim načinima unaprjeđenja učinkovitosti ovih institucija u vršenju njihovih brojnih nadležnosti i ovlaštenja. Posebna pažnja posvećena je ispitivanju uloge nacionalnih institucija za ljudska prava u sudskim i upravnim postupcima, i to iz perspektive različitih institucionalnih aktera: samih nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava ili tijela za ravnopravnost u regionu, predstavnika pravosuđa, akademske zajednice i nevladinih organizacija. Tretirana su takođe i šira pitanja od značaja za rad ovih institucija, kao što su ključni izazovi i prepreke u izvršavanju njihovog mandata, njihova uloga u borbi protiv diskriminacije i saradnja sa civilnim društvom, kao i mogućnosti redovnije regionalne saradnje i dijeljenja pozitivnih iskustava i dobre prakse u suočavanju sa sve većim izazovima koji se pred ove institucije postavljaju.

Kao što pokazuju i radovi prezentirani u ovom zborniku, konferencija je ukazala na različita iskustva i prakse nacionalnih institucija za ljudska prava u pogledu njihove uloge u sudskim postupcima. Prezentacije iskustava iz regiona ukazale su na to da neke od ovih institucija imaju šira ovlaštenja u tom domenu, pa su tako aktivno legitimirani da se obrate ustavnom sudu sa zahtjevom za ocjenu ustavnosti, ili da pokreću strateške parnice u slučajevima diskriminacije. No, prezentacije i diskusije su ukazale na to da, i kada imaju takva ovlaštenja, ove institucije moraju pažljivo balansirati između velikih očekivanja javnosti i drugih aktera koji se bave zaštitom ljudskih prava, potrebe da se odmjerenim pristupom očuva i specifičnost vlastite uloge autoritativnog savjetodavnog tijela u domenu ljudskih prava i nezavisnost sudske vlasti, te često ograničenih ljudskih i finansijskih resursa koji im stoje na raspolaganju. Istovremeno, ukazano je na to da ove institucije u regionu u pravilu imaju široke nadležnosti i ovlaštenja, te da njihovim pažljivim i koordiniranim korištenjem mogu postići značajne rezultate u zaštiti ljudskih prava.

Zbornik objedinjuje samo dio radova koji su prezentirani na konferenciji, odnosno sve one radove koji su pripremljeni u odgovarajućoj pisanoj formi i dostavljeni organizatorima. Nekoliko radova u ovom zborniku, kako je već navedeno, govore o ulozi ombudsmana u sudskim postupcima, kako u komparativnoj perspektivi, tako i na osnovu prakse pojedinih institucija iz regiona koje takva iskustva već imaju. Dio radova posvećen je nekim specifičnostima i otvorenim pitanjima kada je riječ o ulozi Institucije ombudsmana za ljudska prava BiH u upravnom postupku. Nekoliko priloga fokusiraju se na oblast zaštite od diskriminacije, prezentirajući generalna iskustva tijela za ravnopravnost u ovoj oblasti, specifičnosti dokazivanja diskriminacije, odnosno praksu, prednosti i izazove strateškog parničenja u domenu borbe protiv diskriminacije. Na kraju, dio radova govori i o ulozi organizacija civilnog društva u kontekstu

djelovanja nacionalnih institucija za ljudska prava, bilo općenito ili kroz prizmu nacionalnog mehanizma za prevenciju torture.

Svakako treba naglasiti da su radovi u ovom zborniku objavljeni u pravilu u formi u kojoj su nam dostavljeni, dakle, bez standardnog uređivačkog procesa i uredničkih intervencija, te uz značajnu tehničku i stilsku raznolikost. No, svakako je riječ je o vrijednim priložima koji mapiraju stanje u ovoj oblasti u aktuelnom trenutku, ali nude i okvir za diskusiju i važne smjernice za djelovanje nacionalnih institucija za ljudska prava u regiji u narednom periodu.

Publikacija je sačinjena u okviru projekta Vijeća/Savjeta Evrope “Jačanje kapaciteta ombudsmana za ljudska prava za borbu protiv diskriminacije”, koji se provodi u Bosni i Hercegovini i koji je sastavni dio programa saradnje između Evropske unije i Vijeća/Savjeta Evrope: “Horizontalni instrument podrške Zapadnom Balkanu i Turskoj”, kao trogodišnji program (maj 2016.-maj 2019. godine), fokusiran na tri oblasti: osiguranje pravde, borba protiv korupcije, privrednog kriminala i organizovanog kriminala, te borba protiv diskriminacije i zaštita prava ranjivih skupina.

ULOGA OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE U SUDSKIM POSTUPCIMA

Jasminka Dzumhur , doktor međunarodnog prava, Ombudsmenka za ljudska prava Bosne i Hercegovine, potpredsjednica UN Komiteta za prava radnika migranata (CMW)

Institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine

Abstrakt

Principi o statusu nacionalnih institucija (Pariški principi), usvojeni Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, 48/134 od 20. decembra 1993. godine, predstavljaju okvir za uspostavu i djelovanje državnih institucija za promovisanje i zaštitu ljudskih prava. U cilju ostvarivanja osnovne funkcije, državnoj instituciji se daje najširi mogući mandat, koji je jasno utvrđen u ustavu ili zakonodavnom tekstu. Pariški principi uspostavljaju i standard traženja prioritarno prijateljskog rješenja u ostvarivanju ljudskih prava, putem medijacije i pomirenja. Ovaj pristup otvara pitanje uloge nacionalnih institucija u sudskim postupcima koji se koriste kada se spor oko ostvarivanja prava nije mogao riješiti na drugi način. Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine je nacionalna institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava, uspostavljena Aneksom VI Dejtonskog mirovnog sporazuma, koja je u skladu sa odredbama Zakona o zabrani diskriminacije i centralna insttucija za zaštitu od diskriminacije. Cilj ovog rada je da prezentira neke aspekte mogućnosti djelovanja Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u sudskim postupcima.

Ključne riječi: Pariški principi, nacionalna institucija ljudskih prava, zaštita, sudski postupak.

Key words: Paris Principles, national human rights institution, protection, court proceedings

Uvod

Razvoj nacionalnog mehanizma za zaštitu i promociju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini je pratio historijske promjene države Bosne i Hercegovine, od njene uspostave kao neovisne države . Značajan uticaj na ovaj proces imaju i dva potpisana mirovna sporazuma: Vašingtonski sporazum i Dejtonski sporazum , zaključeni u cilju zaustavljanja rata u Bosni i Hercegovini koji je vođen u periodu 1992. - 1995. godine.

Oba mirovna sporazuma su veliku pažnju posvetili ljudskim pravima, grantirajući uživanje prava utvrđenih međunarodnim standardima svakoj osobi na teritoriji Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije, po bilo kojem osnovu. Kako bi se pomoglo u provedbi prava i sloboda navedenih u Ustavu, Vašingtonskim sporazumom formira se funkcija Ureda Ombudsmana u Federaciji Bosne i Hercegovine kojeg imenuje Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi iz svake priznate skupine: Bošnjaka, Hrvata i ostalih . Aneksom VI Dejtonskog sporazuma uspostavlja se Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ombudsmen BiH) kao institucija čije odluke imaju karakter autoritativnih, ali pravno neobavezujućih preporuka za tijela vlasti u BiH.

Pored Ombudsmana za ljudska prava BiH i Ombudsmena Federacije BiH, od 2000. godine, Institucija Ombudsmena je bila uspostavljena i na nivou Republike Srpske. U aprilu 2006. godine su usvojene izmjene i dopune Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava BiH kojim se uspostavlja jedinstvena struktura ombudsmana, što podrazumjeva prestanak rada Institucija ombudsmena Federacije BiH i Republike Srpske. Opravdanje za ovu reformu je sadržano u činjenici da SE smanjenjem broja Ombudsmena sa devet na tri, postiže racionalizacija, te samim tim i uštede, te eliminira zbunjenost kod građana kojoj instituciji se mogu obratiti (Dzumhur, 2016, str. 225). Proces objedinjavanja tri institucije je okončan u maju 2010. godine, od kada djeluje Ombudsmen za ljudska prava kao nacionalna institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini.

Osnov za rad i funkcioniranje Ombudsmena za ljudska prava BiH su pored Aneksa IV i Aneksa VI Dejtonskog sporazuma i Zakon o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Zakon o ombudsmenu). Ombudsmen BiH je nezavisna institucija uspostavljena u cilju promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajamčeno posebno Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava koja će s tim u vezi nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko, u skladu sa odredbama ovog zakona.

Ombudsmen razmatraju predmete koji se odnose na slabo funkcionisanje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od strane bilo kojeg organa vlade, te postupaju po podnesenim žalbama građana ili po službenoj dužnosti.

Ombudsmen BiH ima i posebna ovlaštenja i nadležnosti prema odredbama Zakona o zabrani diskriminacije. Članom 7. Zakona Ombudsmen je definisan kao centralna institucija za zaštitu

od diskriminacije - tijelo za jednakost) . Zakonima o slobodi pristupa informacijama , Ombudsmen je definiran kao centralna institucija za osiguranje slobode pristupa informacijama.

Ombudsmen BiH nema mandat mijenjati odluke javnih tijela vlasti, niti preuzeti ulogu tijela koje postupa i odlučuje po žalbama, niti se može miješati u postupke odlučivanja sudova. Također, Ombudsman BiH ne može zastupati podnositelja žalbe pred javnim tijelima, niti pisati podneske ili žalbe u njegovo ime, niti može dodijeljivati naknadu za utvrđenu povredu ljudskih prava.

Uloga Ombudsmena u postupcima pred Ustavnim sudom

Ustavni sud Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud) je uspostavljen na osnovama člana VI Aneksa IV Dejtonskog sporazuma i zbog nepostojanja ustavne osnove da se zakonom regulira postupak i organizacija Ustavnog suda, to je pitanje uređeno Pravilima Ustavnog suda koja donosi Ustavni sud . Ovim pravilima je definirano da institucija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine je utemeljena kao neovisni čuvar Ustava i kao institucionalni garant za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ustanovljenih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima Aneksa I Ustava, kao i da Ustavni sud Bosne i Hercegovine nije dio ni zakonodavne, ni izvršne, ni redovne sudske vlasti, nego je Ustavom Bosne i Hercegovine pozicioniran kao posebna samostalna i neovisna vlast koja, na osnovu tog Ustava, djeluje kao korektivni faktor za ostala tri segmenta vlasti (Džumhur, 2016. str. 231).

Shodno odredbama člana VI.3. Ustava Bosne i Hercegovine, nadležnost Ustavnog suda je da podržava Ustav Bosne i Hercegovine i jedini je nadležan da odlučuje da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa Ustavom. Ustavni sud također ima i apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini, te je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.

Analiza nadležnosti Ustavnog suda ukazuje da ovlaštenje za pokretanje postupka ocjene usklađenosti bilo koje odredbe ustava ili zakona jednog entiteta sa Ustavom ima ograničen broj subjekata i to: član Predsjedništva BiH, predsjedavajući Vijeća ministara BiH, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH; jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta. Pitanje ovlaštenja za pokretanje postupka ocjene ustavnosti i zakonitosti ima poseban značaj s obzirom da ocenjivanje ustavnosti ili zakonitosti opštih akata, tzv. normativna kontrola je uobičajeno osnovna nadležnost Ustavnog

suda. Značaj normativne kontrole posebno u složenom ustavnom sistemu kao što je sistem u BiH ima dodatnu važnost s obzirom da se radi o naknadnoj kontroli ustavnosti zakona, što ovom instrumentu daje snagu da prevenira mnoga kršenja ljudskih prava koja su u praksi evidentna, a posljedica su neusklađenosti zakona sa Ustavom BiH (Džumhur, 2016, str. 234)

Dakle, pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti definiran Ustavom BiH ima dva ograničavajuća faktora i to u odnosu na subjekte koji taj postupak mogu pokrenuti i u odnosu na akt čija se ocjena traži. Istovremeno, ne smije se zanemariti ni činjenica da je uobičajeno da se ocjena ustavnosti kao normativna kontrola odnosi, ne samo na pitanje ocjene usklađenosti zakona sa ustavom, već i na ocjenu ustavnosti i zakonitosti svih drugih propisa i općih pravnih akata. U pogledu apstraktne kontrole ustavnosti, dosadašnja praksa Ustavnog suda u pravilu je usmjerena na kontrolu zakonodavnih općih akata, a ne i akata organa izvršne vlasti i upravnih organa.

Upoređujući način uređenja ovog pitanja u nekim susjednim državama može se vidjeti da je u Bosni i Hercegovini jedan veoma restriktivan pristup. Sa aspekta zaštite ljudskih prava važno je ukazati na značaj da i Ustav Republike Srbije i Ustav Republike Hrvatske daju mogućnost da nacionalna institucija za zaštitu ljudskih prava ima mogućnost pokretanja postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Tako u Republici Srbiji, Zaštitnik građana to ovlaštenje može koristiti kao državni organ, dok je Ustav Republike Hrvatske eksplicitno naveo da Pučki pravobranitelj može podnijeti zahtjev u cilju izvršavanja mandata promicanja i zaštite ljudskih prava i sloboda. Ustav Bosne i Hercegovine, odnosu na Ustave Republike Hrvatske i Republike Srbije, značajno ograničava broj subjekata koji se mogu obratiti Ustavnom sudu za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Tako nije predviđena mogućnost da sam Ustavni sud pokreće postupak, nije omogućeno građanima da pokreću inicijativu, niti je to dozvoljeno Ombudsmenu za ljudska prava. Ovo je važno ne samo sa aspekta zaštite ljudskih prava, već prije svega prevencije kršenja, posebno u slučaju kada je izvor kršenja ljudskih prava sam zakon, odnosno drugi opći akt, koji kako praksa pokazuje često pogađa veći broj građana (Džumhur, 2016. str. 237) .

U Zakonu o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Zakon o ombudsmenu) je definirano da: „Ombudsmen može proslijediti predmete o navodnim povredama ljudskih prava najvišim sudskim organima Bosne i Hercegovine koji su nadležni za pitanja ljudskih prava, u skladu s pravilima koja reguliraju ulaganje žalbe tim organima, kad god ustanovi da je to neophodno za efikasno provođenje svojih dužnosti“.

Cijeneći da je najviši sudski organ nadležan za ljudska prava u Bosni i Hercegovini Ustavni sud, a polazeći od odredbe člana 6. Zakona o ombudsmenu otvara se pitanje značenja postupka prosljeđivanja predmeta o navodnim povredama ljudskih prava Ustavnom sudu od strane Ombudsmena BiH, posebno imajući u vidu uslove koji moraju biti zadovoljeni, a koji se odnose na obavezu poštivanja pravila koja reguliraju ulaganje žalbe tim organima. Ovo navodi na

zaključak da navedena odredba Zakona o ombudsmenu daje ovlaštenje Ombudsmenu samo da proslijedi žalbu Ustavnom sudu, uz obavezu da su ispunjeni svi uslovi iz Pravila postupka suda, uključujući i uslove vezano za prihvatljivost žalbe. Kako ne postoji ustavna odredba koja ovlašćuje Ombudsmena za obraćanje Ustavnom sudu posebno u dijelu koji se odnosi na ocjenu ustavnosti i zakonitosti, te kako Ustavni sud sam donosi svoja Pravila, to se može zaključiti da nije kreirana efikasna pravna osnova koja omogućava razmatranje akata Ombudsmena od strane Ustavnog suda, posebno imajući u vidu da Ustavni sud u svojim Pravilima nije predvidio takvu mogućnost. Posljedica toga je da se Ombudsmen jednako tretira od strane Ustavnog suda kao bilo koji subjekt koji se obraća Ustavnom sudu sa apelacionom žalbom, s tim što Ombudsmen je još dodatno obavezan da osigura saglasnost stranke u čije ime prosljeđuje žalbu. Navedeno u potpunosti ograničava autonomiju Ombudsmena i ima visok stepen uticaja na neovisnost Ombudsmena BiH u izvršavanju njegovog mandata.

Ombudsmeni BiH i sudski postupci

Zakon o ombudsmenu BiH je propisao da su Ombudsmeni nadležni da provode istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta i da mogu preporučiti odgovarajuće pojedinačne ili opće mjere, bez mješanja u proces odlučivanja sudova. Ombudsmeni mogu pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u toku postupka koji se vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti.

Navedena zakonska odredba, dakle daje Ombudsmenima dvije vrste ovlaštenja i to;

- ovlaštenje da sprovede istrage vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilno procesuiranje individualnih predmeta i da preporuči odgovarajuće pojedinačne ili opće mjere, ali bez mješanja u proces odlučivanja sudova;
- pokretnje sudskih postupaka ili intervenisanje u toku postupka koji se vodi kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti.

Prvo ovlaštenje otvara pitanje definiranja slabog funkcionisanja sudskog sistema. U tom svjetlu sudski sistem, za koji se još koriste termini: sudstvo, pravosudni sistem, podrazumjeva sistem sudova u jednoj državi koji tumače i primjenjuju zakon u ime države i predstavlja mehanizam za rješavanje sporova. Prema doktrini o podjeli vlasti, sudski sistem tumači zakon i primjenjuje ga na činjenice svakog slučaja, ali donosi i obično pravo, čime postavlja presedan koji trebaju slijediti drugi sudovi. Sudski sistem je zadužen i za osiguranje ravnopravnosti građana.

Polazeći od navedene definicije sudskog sistema, njegovo slabo funkcionisanje bi podrazumjevalo neefikasno djelovanje sudova, kada Ombudsmeni imaju pravo da djeluju, ali bez mješanja u proces njihovog odlučivanja. Praksa je pokazala da se upravo na ovu situaciju i odnosi najveći broj žalbi zaprimljenih u Instituciji Ombudsmena u odnosu na sudski sistem. Građani se žale na neefikasnost sudskog sistema koja se manifestira u dugotrajnosti postupka,

odgađanju ročišta bez opravdanih razloga, u nekim slučajevima uzrokovanim i dugotrajnim odsustvima sudija po osnovu bolovanja. Žalbe, nadalje, ukazuju na netransparentnost odabira sudskih vještaka ili branioca po službenoj dužnosti, višestruko ukidanje presuda i vraćanje prvostepenom organu na ponovno odlučivanje, iako postoji zakonska mogućnost donošenja odluke u meritumu od strane drugostepenog organa, neizvršavanje sudskih odluka i td. Upravo kroz istragu Ombudsmeni nastoji se utvrditi opravdanost navoda žalbe i shodno tome odlučiti o upućivanju pojedinačne ili opće preporuke sudu ili drugom nadležnom organu, posebno u slučaju ako se radi o općoj mjeri.

Drugo ovlaštenje Ombudsmena koje se odnosi na pokretanje sudskih postupaka ili intervenisanje u toku postupka je mnogo složenije pitanje iz razloga što zahtjeva ispunjavanje uslova da Ombudsmeni ustanove da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njegovih dužnosti. Odredba daje dvije mogućnosti i to: pokretanje sudskog postupka ili intervenisanje u toku sudskog postupka. Upravo prva mogućnost otvara pitanje u kojoj situaciji bi ovakva aktivnost bila neophodna, odnosno na osnovu kojih kriterija i standarda će Ombudsmeni procjenjivati tu neophodnost, te koja je uloga Ombudsmena u tom postupku, tj. da li time Ombudsmen dobiva status stranke u postupku i kako to kolaudira sa procesnim zakonima kojim se uređuju sudski postupci.

Neophodnost pokretanja sudskog postupka od strane Ombudsmena se u principu treba vezati za nemogućnost ostvarivanja sudske zaštite u slučajevima kršenja ljudskih prava, jer upravo zaštita ljudskih prava jeste dužnost Ombudsmena. Sa aspekta građanina, postavlja se pitanje da li se može desiti situacija da je građaninu uskraćena mogućnost da ostvari zaštitu svojih ljudskih prava pred sudom, što bi mogao biti razlog za uključivanje Ombudsmena. To istovremeno otvara pitanje primarne uloge Ombudsmena da se on smatra medijatorom u postupku osvarivanja ljudskih prava i da je kanal komunikacije između građanina i kršitelja i za očekivat je da Ombudsmen svoju dužnost izvršava, prije svega, korištenjem instrumenata medijacije, a ne iniciranjem sudskih postupaka.

Uloga Ombudsmena u parničnom postupku

Vezano za Zakonom o ombudsmenu propisanu mogućnost intervenisanja u toku sudskog postupka osvrnut ćemo se na zakonska rješenja vezano za ovu mogućnost propisanu arničnim procesnim zakonima.

Do 2003. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine na snazi je bio Zakon o parničnom postupku koji je definirao da Ombudsmen Federacije BiH ima pravo se umješati u parnicu koja je u toku kada obnašajući poslove iz svoje nadležnosti nađe da za to ima osnova, a radi zaštite ljudskog dostojanstva, odnosno ostvarivanja prava i sloboda građana zajamčenih Ustavom i instrumentima navedenim u Aneksu Ustava Federacije.

Novi Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine koji je stupio na snagu 05.11.2003. godine je navedeni Zakon o parničnom postupku stavio van snage, a tekst važećeg zakona ne sadrži eksplicitno odredbu koja daje mogućnost učešća Ombudsmena BiH kao umješača u parnici, a koja je postojala u Zakonu o parničnom postupku Federacije BiH iz 1998. godine. Pitanje učešća trećih lica u važećim zakonu o parničnom postupku Federacije BiH je uređeno na način da osoba koja ima pravni interes u parnici koja teče među drugim osobama može se pridružiti toj stranci, u toku cijelog postupka sve do pravomoćnosti odluke o tužbenom zahtjevu, te u toku postupka nastavljenog podnošenjem vanrednog pravnog lijeka. Umješači ili intervenijenti su osobe koje sudjeluju u tuđoj parnici, a priroda odnosa koji ih povezuju sa strankama te priroda interesa koji se u parnici štite, generira njihovu pravnu situaciju koja ni u kojem slučaju nije jedinstvena. Svaka stranka može osporiti umješaču pravo da sudjeluje u postupku i predložiti da se umješač odbije, a umješač mora primiti parnicu u onom stanju u kakvom se nalazi u trenutku kad se umješa u parnicu, te parnične radnje umješača imaju za stranku kojoj se pridružio pravni učinak ako nisu u protivnosti s radnjama stranke. Dakle u konkretnom slučaju radi se o običnom umješaču, čija pozicioniranost u postupku je direktno ovisna od stajališta stranaka u parničnom postupku, jer usloženim pravnim odnosima koji podrazumijevaju veći broj stranaka, često postoji pravni interes trećih osoba da se kao intervenijenti uključe u parnicu kako bi svojim procesnim aktivnostima, u granicama koje im dopušta zakon, utjecali na svoju pravnu sudbinu.

Za razliku od običnog umješača, kod umješača sui generis radi se o specifičnim slučajevima u kojima određena tijela u postupcima imaju neke posebne ovlasti koje ih razlikuju od običnih umješača s jedne i umješača s položajem jedinstvenih suparničara s druge strane. Upravo, zakonsko rješenje u Zakonu o parničnom postupku Federacij BiH koje je bilo na snazi do 2003. godine previdalo je mogućnost da Ombudsmen bude sui generis umješač. Od takvih rješanja se odustalo i u nekim drugim pravnim sistemima. Tako je u Republici Hrvatskoj, u Zakonu o parničnom postupku do 2003. godine bilo predviđeno sudjelovanje državnog odvjetnika u svojstvu umješača sui generis, ali je taj institut napušten jer se navodno nije potvrdio u praksi.

Ipak, zakonodavac u Bosni i Hercegovini je prepoznao važnost Ombudsmena u sudskom postupku, posebno u slučajevima diskriminacije, što je rezultiralo izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije kojim je osigurano da u slučaju kada sud razmatra predmet o kojem je Institucija ombudsmena već donijela preporuku, koju stranka u postupku koristi kao dokaz, sud je dužan u skladu s pravilima postupka razmotriti preporuke ombudsmena. Upravo ovo je način na koji treba osigurati uključenost Ombudsmena u sudskom postupku jer je u duhu Pariških principa, ali i drugih međunarodnih standarda.

Uloga Ombudsmena u upravnom sporu

Zakonodavstvo koje uređuje upravne sporove u Bosni i Hercegovini propisuje mogućnost da Ombudsmen pokrene i interveniše u upravnim sporovima, sa izuzetkom Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske (ZUS RS) . Tako u Zakonu o upravnim sporovima BiH (ZUS BiH), Zakonu o upravnim sporovima Federacije BiH (ZUS FBiH) i Zakonu o upravnim sporovima Brčko distrikta BiH (ZUS BDBiH) propisano je da upravni spor može pokrenuti i Ombudsmen, a i intervenirati u postupku koji je u toku kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je konačnim upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, prava i slobode građana zagarantovani Ustavom i instrumentima navedenim u Aneksu I. Ustava Bosne i Hercegovine“ .

Pitanje korištenja pravnih lijekova u upravnim sporovima od strane Ombudsmena nije riješeno jedinstveno u Bosni i Hercegovini. Tako, ZUS BiH daje mogućnost da ponavljanje postupka i zahtjev za preispitivanje sudske odluke može podnijeti i Ombudsmen za BiH, samo ako je učestvovao u postupku upravnog spora ili kada u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom i instrumentima Aneksa Ustava Bosne i Hercegovine. Ograničenje u korištenju pravnih lijekova u upravnim sporovima vezano za predhodno učešće Ombudsmena u postupku upravnog spora nije predviđeno ZUS FBiH. Mogućnost korištenja pravnih lijekova u upravnim sporovima od strane Ombudsmena nije predviđena u ZUS BD BiH .

ZUS FBiH jedini sadrži i mogućnost pokretanja sudskog postupka radi zaštite ljudskih prava i sloboda koja su povrijeđena konačnim upravnim aktom ili nezakonitom radnjom određenih subjekata .

Zaključak

Vladavina prava, što uključuje i poštivanje ljudskih prava počiva na principu mirnog rješavanja sporova, korištenjem dijaloga i snage argumenata, dok sudski postupci treba da budu izuzetak, kada se iscrpe svi drugi demokratski instrumenti. Stoga, intencija svakog društva je da smanji broj sudskih postupaka, te da se jačaju mehanizmi mirnog rješavanja spora. Ovo je posebno značajano za post-konfliktna i post-tranzicijska društva, s obzirom da okolnosti sukoba i/ili tranzicije često izazivaju veliki broj sporova između različitih subjekata. U tom svjetlu su i intervencije u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Tako član 20a Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine propisuje da osoba koje namjerava Sudu BiH podnijeti tužbu protiv Bosne i Hercegovine može prije podnošenja tužbe obratiti se zahtjevom za mirno rješavanje spora Pravobranilaštvu BiH. Ovaj zahtjev mora sadržavati sve ono što mora sadržavati tužba.

Ipak, postoje situacije kada se određenim institucijama daju generalna ovlaštenja za određene radnje u cilju zaštite neograničenog broja građana, ili određene društvene vrijednosti, dakle kada govorimo o zaštiti de-personaliziranog opšteg interesa, koji nema svog konkretnog titulara, već se radi o interesu cijelog društva. Iz ovog se može izvući zaključak da je dobro da je Zakon o

ombudsmenu dao Ombudsmenima BiH najširi mogući mandat, uključujući i iniciranje sudskih postupaka i da Ombudsmeni u svakom pojedinačnom slučaju trebaju da procjenjuju neophodnost korištenja ove mogućnosti u procesu izvršavanja svoje nadležnosti, posebno ako je ostvarivanje prava moguće ostvariti mirnim putem. Nažalost, nedovoljna koordinacija u kreiranju zakonodavnog okvira u Bosni i Hercegovini stvorila je različita zakonska rješenja čime nije stvoren jednak nivo zaštite građana u Bosni i Hercegovini pred zakonom, ali i u sudskom postupku.

Ipak, pri operacionalizaciji korištenja ovlaštenja koja Ombudsmeni imaju u sudskim postupcima uvijek se moraju imati u vidu Pariški principi koji uređuju djelovanje nacionalnih institucija ljudskih prava. To podrazumjeva da uloga Ombudsmena, prije svega, treba da bude usmjerena na jačanje efikasnosti sudskog sistema, bez mješanja u proces odlučivanja. U ovom procesu Ombudsmeni trebaju da osiguraju maksimalnu institucionalnu neutralnost. Upravo je ovo moguće ostvariti kroz instrumente *amicus curiae* ili preporuke. Ovim intervencijama Ombudsmeni imaju mogućnost da strankama, ali i tijelu odlučivanja daju ekspertne observacije u konkretnom predmetu spora, zasnovane na međunarodnim standardima ljudskih prava i sudskoj praksi. Korištenje *amicus curiae* je i način da Ombudsmeni izvršavanju i drugi dio svog mandata, a koji se odnosi na promociju, posebno kada se govori o direktnoj primjeni međunarodnih standarda u sudskim postupcima, gdje postoji izražen problem.

Dakle, učešće Ombudsmena u sudskim postupcima kroz njihovo iniciranje ili uključivanje na strani jedne od stranaka, te korištenje pravnih lijekova, treba da bude izuzetak, s obzirom na mehanizme kojim Ombudsmeni mogu izraziti svoje stajalište i koji se mogu koristiti u sudskim postupcima kao što su *amicus curiae* obzervacije, preporuke, specijalni izvještaji i sl. Izuzetno, ovo direktno učešće u sudskim postupcima može se opravdati potrebom stvaranja nove sudske prakse, a shodno obavezi osiguranja primjene međunarodnih standarda, ukoliko domaće zakonodavstvo nije usklađeno s tim standardima ili da predmet sudskog postupka se reflektira na veći broj građana, posebno ukoliko se radi u ugroženim kategorijama. Naravno, za svako šire uključivanje Ombudsmena u sudske postupke nužno je osigurati i dodatne kapacitete ovoj instituciji.

Bibliografija

1. Dzumhur, J., (2016) Efikasnost primjene mehanizama Ujedinjenih nacija u zaštiti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini. Doktoriski rad. Mostar: Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Pravni fakultet
2. Dejtonski sporazum
3. Turčić, I., „Položaj i uloga običnog umješaka u parnici“, <https://hrcak.srce.hr/file/14439>
4. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj: U 58/02 od 27. juna 2003. godine;

5. Odluka Ustavnog suda BiH, broj: U 7/10 od 26. novembra 2010. godine

6. Ustav Bosne i Hercegovine,

www.ccbh.ba/public/.../USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos

- Vašingtonski sporazum
- Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, „Službeni glasnik BiH“ br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16;
- Zakon o parničnom postupku FBiH, "Službene novine FBiH", br. 42/98 i 3/99;
- Zakon o parničnom postupku FBiH, „Službene novine FBiH“, broj: 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15;
- Zakon o parničnom postupku u Republici Srpskoj, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07;
- Zakon o slobodi pristupa informacijama Bosne i Hercegovine, „Sl. glasnik BiH“, br. 28/00, 45/06, 102/09 i 62/1,;
- Zakon o slobodi pristupa informacijama Federacije BiH, „Sl. novine FBiH“, br. 32/01, 48/11;
- Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske, „Sl. glasnik RS“, br. 20/2001.
- Zakon o ombudsmenu za ljudskih prava Bosne i Hercegovine, „Sl. glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 32/00, 19/02, 35/04 i 32/06);
- Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik BiH, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10;
- Zakon o upravnom sporu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik Brčko distrikt BiH, br. 04/00 i 01/01. Zakon o upravnom sporu Federacije BiH Sl. novine Federacije BiH, br. 9/05;
- Zakon u upravnom sporu Republike Srpske, Sl. glasnik RS, br. 109/05 i 63/11
- Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH", br. 59/09, 66/16.

Doc. dr. Predrag Raosavljević¹

ULOGA OMBUDSMENA U SUDSKIM POSTUPCIMA U SVJETLU MEĐUNARODNE PRAKSE

Uvod

Nadležnost institucija za zaštitu ljudskih prava za intervencije u sudskim postupcima proizilazi iz obaveze pružanja pomoći žrtvama kršenja ljudskih prava, ali i obaveze provođenja zakona i ustavnih načela kojima se štite osnovne slobode i prava građana. Uvriježeno je vjerovanje da moderni koncept intervencije u sudskim postupcima vodi porijeklo od instituta prijatelja suda (*Amicus Curiae*), koji je postojao još u Rimskom pravu, a koji je često korišten u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema. U zemljama evropskog kontinentalnog prava ustalio se drugi srodan antički institut kolektivne tužbe (*Actio Popularis*), koji se prema svom klasičnom shvatanju odnosi na mogućnost pojedinca da pokrene sudski postupak u interesu javnosti.

Danas se ovi instituti koriste u različitim pravnim sistemima širom svijeta kao i pred međunarodnim sudovima, ali ne postoji jedinstven model koji bi bio jednako primjenjiv u svakom kontekstu. Isto tako, mogućnost tijela za zaštitu ljudskih prava da intervenišu u sudskom postupku nije jednako kompatibilna sa različitim pravnim kulturama i tradicijama. Činjenica je da svi nabrojani instituti ne postoje u svim pravnim sistemima, da stepenu njihovog korištenja i efikasnosti svakako doprinose i terminološke dileme, a odluka da li neko tijelo može da intervenišu u interesu žrtve ponekad zavisi od suda, a ne samo od tijela za zaštitu ljudskih prava. Nesporno je da stranke često nisu u mogućnosti da same pokreću sudske postupke za zaštitu svojih prava, zbog čega je uloga tijela za zaštitu ljudskih prava nezamjenjiva. Postavlja se, međutim, pitanje šta tačno podrazumijeva ova uloga, u kojoj mjeri državna institucija preuzima ulogu zastupnika stranke, kakve kapacitete treba da ima, na koji način bira slučajeve za intervenciju, da li je sudska intervencija jednako cjelishodna u svim oblastima ostvarivanja prava, i konačno, koji od postojećih modela daje najbolje efekte.

Kompleksnost i karakter predmeta istraživanja, sadržaj hipoteza i postavljeni cilj opredjeljuju kombinaciju metoda koji su korišteni u istraživanju za ovaj tekst, kao što su pravni (dogmatski, normativni) metod, metod analize sadržaja naučne i stručne literature, metod studije slučaja,

¹ Institucija ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine; praosavljevic@ombudsmen.gov.ba

komparativni metod, kao i opšti logički metodi sinteze, indukcije, apstrakcije i generalizacije u pogledu izvođenja zaključaka.

Kao predmet istraživanja, analizirani su sistemi sudskih intervencija u državama sa složenim, federalnim uređenjem, u kojima često djeluje više institucija za zaštitu ljudskih prava, što obuhvata i posebne institucije za zaštitu ravnopravnosti. Dalje, sama suština ovog ovlaštenja je stavljena pod lupu, jer postoje različiti stepeni uključenosti, koji negdje obuhvataju samo mogućnost dostavljanja stručnog mišljenja bez dobijanja statusa stranke, a negdje pokretanje i učešće u sudskim postupcima što uključuje i postupke po pravnim lijekovima, kao i mogućnost zastupanja stranaka pred sudom ili drugim ovlaštenim tribunalom. Konačno, ukazano je na pravni, kadrovski i materijalni okvir koji je neophodno uspostaviti da bi nadležnost za sudske intervencije postigla željeni efekat i proizvela realne promjene. U tom procesu neophodno je uvažavanje postojeće pravne tradicije i autohtonih instituta, koji su pokazali svoju praktičnu primjenjivost tokom dužeg niza godina, a svaki pokušaj korišćenja pravnih transplantata kojima se nacionalna prava ubrzano međusobno unifikuju i uzdižu iznad granica nacionalnih jurisdikcija može samo proizvesti konfuziju i kontraefekte. Cilj ove analize je, dakle, da se uprkos brojnim razlikama, predstave razmatranja, analize i preporuke koji će biti od koristi ne samo sudovima, zakonodavcu i vladama nego i tijelima za zaštitu ljudskih prava, koja imaju ambiciju da uspostave ili koriste mogućnost sudske intervencije.

Sjedinjene Američke Države

Intervencija u sudskim postupcima za zaštitu od diskriminacije u Sjedinjenim Američkim Državama se ostvaruje putem upravnih sporova najčešće u oblasti ostvarivanja biračkih prava, putem pokretanja parnica povodom diskriminacije po bilo kojem osnovu. Takva parnica najčešće proizilazi iz zakonskog, podzakonskog akta ili prakse državnog organa, te putem podnesaka u svojstvu prijatelja suda (*Amicus Curiae*) u svim granama prava, uključujući krivično i krivično procesno pravo, postupak izvršenja u građanskim stvarima, način i uslove izvršenja krivičnih sankcija, te odmjeravanje i visinu kazne. U intervencijama učestvuje čitav niz državnih tijela, po čemu je američki sistem jedan od najraznovrsnijih i najkompleksnijih, ali vjerovatno i jedan od najefikasnijih u pogledu korišćenja ove zakonske mogućnosti.

Ulogu tijela za ravnopravnost na federalnom nivou obavlja Komisija za građanska prava sa sjedištem u Vašingtonu i šest regionalnih kancelarija², koja je osnovana Aktom o građanskim pravima iz 1957. godine i koja za svoj rad odgovara Kongresu. Komisija je uspostavljena kao nezavisna i politički neutralna federalna agencija sa ovlaštenjem da sprovodi istrage, da primjenjuje i provodi savezne zakone i unapređuje politike u oblasti zaštite ljudskih prava, da provodi istraživanja i analize o pitanjima od suštinskog značaja za rad savezne vlade te da o tome informiše javnost i zakonodavna tijela. Komisija ispituje navode o kršenju izbornih prava, navode o počinjenoj diskriminaciji na osnovu rase, boje kože, vjeroispovijesti, pola, starosne dobi, invaliditeta, nacionalnog porijekla, kao i povrede prava građana od strane agencija za provođenje zakona³. Komisija je u cilju ostvarivanja svoje misije ovlaštena da zahtijeva

² Washington DC, Atlanta, Chicago, Kansas City, Denver, Los Angeles

³ Što obuhvata postupanje policijskih agencija i drugih službi bezbjednosti, postupanje administrativnih, sudskih i drugih vladinih tijela, kao i postupanje prema licima lišenim slobode.

dokumentaciju i pristup bazama podataka, da sasluša svjedoke, organizuje javne rasprave, izdaje saopštenja za javnost, prosljeđuje žalbe građana nadležnim tijelima za zaštitu ljudskih prava na državnom i lokalnom nivou, prati i osigurava provođenje zakona koji garantuju ravnopravnost građana, te da objavljuje studije i izvještaje na temu zaštite ljudskih prava, koji obično sadrže nalaze, preporuke i savjete zakonodavnim tijelima.

Intervencije u upravnim i sudskim postupcima Komisija obavlja pomoću kancelarije Generalnog zastupnika, između ostalog i putem učešća u parnicama dostavljanjem stručnih mišljenja u svojstvu zainteresovane treće strane. Kako bi bila upoznata sa predmetima koji zahtijevaju intervenciju, ali i radi provođenja postupaka istrage i prikupljanja informacija, Komisija je osnovala Savjetodavne komitete u svakoj od 50 saveznih država i u Distriktu Kolumbija. Komitete čine građani savezne države, koji ne primaju naknadu za svoj rad, a njihova je dužnost da izvještavaju Komisiju u pismenoj formi, o navodima ili saznanjima vezanim za uskraćivanje izbornih prava ili diskriminaciju po gore nabrojanim osnovama, da dostavljaju mišljenje u predmetima iz nadležnosti Komisije koji se tiču stanja ljudskih prava u datoj saveznoj državi prilikom izvještavanja Predsjednika i Kongresa, da primaju žalbe od strane građana, javnih službenika i predstavnika javnih i privatnih organizacija, da prosljeđuju svoje nalaze i mišljenje po zahtjevu Komisije, kao i da prisustvuju javnim saslušanjima ili skupovima od značaja za rad Komisije. Na osnovu ovakvih mehanizama istrage, Komisija je najčešće intervenisala u sudskim postupcima koji se tiču opštih tema od značaja za cijelu državu, kao što su pitanja rodne ravnopravnosti⁴, pitanja uslova za registraciju nacionalnih manjina radi ostvarivanja biračkih prava⁵, pitanja ostvarivanja prava porodica čiji članovi imaju različita državljanstva⁶, kao i pitanje mjera pozitivne diskriminacije u oblasti obrazovanja.⁷ Imajući u vidu složen administrativni sistem kao i potrebu specijalizacije (stručne i geografske) za tačno određene oblasti u kojima dolazi do povrede ravnopravnosti građana, Komisija ima pretežno ulogu koordinatora između institucija različitih nivoa vlasti, a o stanju ljudskih prava i rezultatima svih preduzetih aktivnosti, najmanje jednom godišnje izvještava centralnu vladu i predlaže izmjene zakona.

Jedna od saveznih institucija koja u najvećoj mjeri koristi mogućnost učešća u parnicama i pokretanja postupaka za zaštitu od diskriminacije je američko Ministarstvo pravde, u okviru kojeg djeluju posebne kancelarije, Sekcije za građanska prava, čiji se rad odvija po oblastima: jednakih mogućnosti u obrazovanju, radnih prava, stanovanja, prava imigranata, prava osoba sa invaliditetom, zatvorenika, pritvorenika i maloljetnika lišenih slobode, kao i izbornih prava građana.⁸ Najveći broj sudskih intervencija Ministarstvo je imalo u oblasti obrazovanja, i to po pitanju desegregacije škola, gdje se godišnji budžet za ove namjene izdvaja u rasponu od dva do šest miliona dolara⁹ a broj stalno zaposlenog osoblja se u prosjeku kreće oko 30¹⁰. Pored toga,

⁴ Slučaj *G.G. v. Gloucester County School Board*, pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Američkih Država.

⁵ Slučaj *Shelby County v. Holder* pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Država i slučaj *North Carolina State Conference of the NAACP, et al., v. McCrory*, pred saveznom Apelacionim sudom četvrtog okruga.

⁶ Slučaj *United States v. Texas* pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Država.

⁷ Slučaj *Fisher v. University of Texas at Austin*, pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Država.

⁸ Vidjeti <https://www.justice.gov/crt/voting-section-litigation>, posjećeno 11.01.2018. godine.

⁹ Vidjeti http://www.usccr.gov/pubs/092707_BecomingLessSeparateReport.pdf, str 18, posjećeno 11.01.2018. godine.

¹⁰ Vidjeti http://www.usccr.gov/pubs/092707_BecomingLessSeparateReport.pdf, str 19, posjećeno 11.01.2018. godine.

Ministarstvo je sudski intervenisalo u oblasti stanovanja, gdje se godišnje u prosjeku otvori između 20 i 40 predmeta, od čega se prosječno $\frac{1}{2}$ završi pokretanjem sudskog postupka ili vansudskom nagodbom¹¹, kao i u oblasti jednakih mogućnosti u zapošljavanju gdje je od 1998. do 2017. godine (zaključno sa avgustom) pokrenuto ukupno 229 sudskih postupaka.¹²

Zanimljivo je da se Sekcije uključuju u rad sudova i putem organizovanja stručnih rasprava i edukacija za sudije, na kojima se raspravljaju pitanja koja su vezana za ostvarivanje temeljnih ljudskih prava, kao npr. pretvaranje novčane kazne u zatvorsku kod lica slabijeg imovnog statusa.

Takođe je simptomatično da se za naziv ovlaštenja koje podrazumijeva intervencije u sudske postupke koristi termin „provođenje“ zakona, statuta ili drugog akta,¹³ što ukazuje na to da je sudska intervencija svakodnevna, redovna i podrazumijevana aktivnost i samim tim u samoj srži djelovanja državnih agencija za zaštitu ljudskih prava.

Kompleksan federalni sistem, sa praktično nepreglednim brojem i vrstom praktičnih potreba za sudskom intervencijom u oblasti zaštite ravnopravnosti građana, u zemlji u kojoj snaga sudske presude ima status ne samo izvora prava nego i korektiva zakonodavne vlasti, iziskuje ne samo složen, nego i fleksibilan i decentralizovan državni mehanizam, koji je ujedno adekvatno opremljen i finansiran, a čije su reakcije blagovremene. Bez obzira na svoje specifičnosti, ovaj sistem je u kontekstu globalizacije i tijesne međunarodne saradnje izvršio presudan uticaj i na oblikovanje pravnih kultura van svojih granica, zajedno sa drugim karakterističnim predstavnikom anglosaksonske pravne tradicije, iz kojih mnogi od pomenutih pravnih instituta izvorno i vuku porijeklo.

Velika Britanija

Iako je duži niz godina zaštita ravnopravnosti i u Velikoj Britaniji bila povjerena radu više usko specijalizovanih tijela, Aktom o jednakosti iz 2006. godine, uspostavljena je Komisija za ravnopravnost i ljudska prava¹⁴, kao jedinstvena i nezavisna javna institucija koja ima nadležnost za promovisanje i primjenu zakona o ravnopravnosti i nediskriminaciji na teritoriji Engleske, Škotske i Velsa. Komisija je nastala preuzimanjem nadležnosti i spajanjem Komisije za rasnu jednakost, Komisije jednakih mogućnosti i Komisije za zaštitu prava osoba sa invaliditetom. Ona takođe ima nadležnost za postupanje po drugim osnovima diskriminacije, kao što su starosna dob, seksualna orijentacija, vjera ili uvjerenje. Sjedište Komisije je u Londonu, uz područne kancelarije u Mančesteru, Glazgovu i Kardifu, a finansira se iz državnog budžeta posredstvom Ministarstva obrazovanja.

¹¹ Ilustracije radi, tokom 2016. godine, otvoreno je 18 predmeta vezanih za nejednake mogućnosti dobijanja stambenih kredita za pripadnike manjinskih grupa, od čega je u sedam predmeta pokrenut sudski postupak, i ostvarena odšteta u ukupnom iznosu od blizu 37 miliona dolara. Vidjeti <https://www.justice.gov/crt/page/file/996791/download>, str 3, posjećeno 11.01.2018. godine.

¹² Vidjeti <https://www.justice.gov/crt/employment-litigation-section-cases>, posjećeno 11.01.2018. godine.

¹³ Izvorno: *Enforcement (of Law, Statute, Civil Rights Act etc.)*.

¹⁴ *The Equality and Human Rights Commission*, <https://www.equalityhumanrights.com/en>, posjećeno 12.01.2018. godine.

Komisija u odnosu prema sudovima ima nadležnost da obezbjeđuje pravnu pomoć žrtvama diskriminacije, da interveniše u postojećim ili da pokreće nove sudske postupke, uključujući postupke po pravnim lijekovima i postupke za ocjenu ustavnosti akata, kao i da zahtijeva od suda donošenje privremenih mjera.¹⁵

Ove mogućnosti Komisija najčešće koristi u predmetima jednakih mogućnosti u zapošljavanju, u osiguravanju pristupa dobrima, ustanovama i uslugama, te u oblasti stanovanja i obrazovanja.¹⁶ Prosječan godišnji budžet Komisije u periodu od 2007. do 2017. godine kretao se u iznosu od 20 do 60 miliona eura,¹⁷ a na pitanjima zaštite ravnopravnosti je zaposleno između 200 i 400 službenika.¹⁸ Na godišnjem nivou se interveniše u manjem broju odabranih slučajeva od generalne važnosti¹⁹, u skladu sa usvojenom Strategijom o strateškom parničanju²⁰, a procenat uspjeha je između 60% i 80%.²¹

Od velikog broja slučajeva koje Komisija razmatra, ovlaštenja za sudsku intervenciju se koriste kada je potrebno postići pozitivnu promjenu prakse, na način da se pojasne zakonske odredbe, da se pitanja od suštinske važnosti uvrste među prioritete u rješavanju, kao i da se ospore politike ili prakse koje prouzrokuju značajne nejednakosti u okviru cijele privredne grane ili oblasti društvenog života. Pažnju međunarodne javnosti na rad Komisije privukao je predmet u kojem je kao odgovorna strana označena Britanska nacionalna partija (BNP), čijim statutom je bilo propisano da je članstvo u partiji otvoreno za osobe „izvorno bjelačkih i srodnih etničkih grupa.“ Komisija je tražila izmjenu statuta nakon čega je odgovorna strana izrazila spremnost da „protumači“ termin bjelački, putem svoje zvanične internet stranice. U uvjerenju da će i pored tumačenja statut ostaviti mogućnost diskriminacije potencijalnih članova po osnovu rase, Komisija je pred Centralnim okružnim sudom u Londonu pokrenula postupak za zaštitu od diskriminacije protiv predsjednika partije i dva visokopozicionirana službenika, sa pozitivnim ishodom.²²

Evropske države kontinentalnog prava

¹⁵ Akt o jednakosti iz 2006. godine, poglavlje 30, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/3/contents>, posjećeno 12.01.2018. godine.

¹⁶ Vidjeti <https://www.equalityhumanrights.com/en/gwaith-achos-cyfreithiol/our-legal-work-action>, posjećeno 12.01.2018. godine.

¹⁷ Vidjeti <https://www.equalityhumanrights.com/en/adrodd-corfforaethol/annual-reports>, posjećeno 12.01.2018. godine.

¹⁸ Vidjeti <http://www.equineteurope.org/Equality-and-Human-Rights>, posjećeno 12.01.2018. godine

¹⁹ Vidjeti <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-casework/legal-cases>, i <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-casework/human-rights-legal-cases>, posjećeno 12.01.2018. godine

²⁰ Vidjeti https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/strategic_litigation_policy_100315.pdf, posjećeno 12.01.2018. godine.

²¹ Vidjeti <https://www.equalityhumanrights.com/en/adrodd-corfforaethol/annual-reports>, posjećeno 12.01.2018. godine.

²² Sud je uvažio tužbene navode i naložio izmjenu statuta partije u skladu sa klauzulom 4, Akta o jednakosti, što je i učinjeno. Vidjeti <https://www.theguardian.com/politics/2009/oct/15/bnp-non-white-members>, posjećeno 12.01.2018. godine.

Iako državna tijela za zaštitu ravnopravnosti djeluju rukovodeći se istim pravnim okvirom Evropske unije, njihov rad je organizovan na drugačiji način, imaju drugačiji mandat i svoju misiju ostvaruju unutar različitih pravnih sistema.

Direktive Evropske Unije²³ zahtijevaju od država članica da uspostave tijelo ili tijela za zaštitu i promociju principa jednakosti, da ta tijela imaju nadležnost da pružaju podršku žrtvama diskriminacije, da su ovlaštena da provode nezavisne istrage, daju svoje preporuke i javno objavljuju izvještaje o pojavama diskriminacije. Priroda i obim podrške koju je neophodno pružiti žrtvama diskriminacije, međutim, nisu precizirani. Preporuke Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije (ECRI), iako nisu obavezujuće, predstavljaju pokušaj kodifikovanja najbolje prakse tijela za ravnopravnost i tumačenja pomenutih Direktiva. U Preporuci o opštoj politici ECRI-ja o specijalizovanim tijelima za borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije na nacionalnom nivou, zahtijeva se da države u skladu sa domaćim pravnim okvirom, „omoguće tijelima za zaštitu ravnopravnosti intervenciju prema sudovima ili drugim pravosudnim organima, u odgovarajućim okolnostima, i kada je to neophodno.“²⁴

Evropski sud pravde je tumačeći Direktive EU u predmetu *Rewe-Zentral finanz* utvrdio:

“U odsustvu pravila [Evropske] zajednice o ovom pitanju, na domaćem je pravnom sistemu svake države članice da utvrdi sudsku nadležnost i da propiše proceduralne uslove za pokretanje i vođenje postupaka koji imaju za cilj da obezbijede zaštitu prava građana, koja direktno proističu iz prava Zajednice.”²⁵

Korištenje mogućnosti za sudsku intervenciju ili podneske u svojstvu prijatelja suda nije pak široko rasprostranjen fenomen, za šta se može navesti više razloga. Prije svega, neki od pravnih sistema ne predviđaju ovu mogućnost u bilo kojem obliku. Pojedina tijela za ravnopravnost su relativno skoro uspostavljena, a parametri njihovih ovlaštenja, kao i zakonske odredbe kojima se rukovode nisu testirani u praksi. Generalno, čini se da ovaj koncept snažnije rezonuje u državama članicama koje su vezane za tradiciju precedentnog prava, iako nije vezan isključivo za te zemlje.

Na nivou Evropske unije, tijela za ravnopravnost mogu proslijediti predmete na odlučivanje specijalizovanim tribunalima²⁶ i/ili pokrenuti sudske postupke u predmetima diskriminacije.²⁷

²³ Direktiva Savjeta Evropske Unije 2000/43/EC koja implementira princip ravnopravnog tretmana osoba bez obzira na rasno i etničko porijeklo (*Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*); Direktiva Savjeta Evropske Unije 2000/78/EC koja uspostavlja opšti okvir za ravnopravan tretman u zapošljavanju i profesiji, (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*); Direktiva Savjeta Evropske Unije 2004/113/EC koja implementira princip jednakog tretman muškaraca i žena u pristupu robama i uslugama i ponudi istih (*Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in access to and supply of goods and services*).

²⁴ ECRI general policy recommendation No.2: *Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level* CRI (97)36, od 13. juna 1997. godine.

²⁵ Predmet br. 33/76 *Rewe-Zentral Finanz eG and Rewe Zentral AG v Landwirtschafts Kamer für das Saarland* [1976] ECR 1989, para.13.

²⁶ Austrijski Ombudsmen za jednakopravnost, Ombudsmen za ravnopravnost i Ombudsmen za manjine Finske, Centar za rodnu ravnopravnost Islanda i Tijelo za ravnopravnost Irske.

Ombudsmen za jednakopravnost Austrije može od suda zahtijevati donošenje deklaratorne presude u radnim sporovima ili građanskim parnicama kada se ne slaže sa odlukom Komisije za jednak tretman ili kada odgovorna strana ne poštuje nalaze Komisije. Danski institut za ljudska prava kao i Pravobranilac Estonije²⁸ pružaju podršku žrtvama diskriminacije u postupku dobijanja besplatne pravne pomoći, kada to ocjene opravdanim. U građanskim i upravnim sporovima u Francuskoj, stranke ili sud mogu zahtijevati od Komisije za jednakost i borbu protiv diskriminacije da interveniše putem dostavljanja spisa sa rezultatima istrage i svojim mišljenjem o predmetu žalbe, ili ako slučaj nije bio razmatran od strane Komisije, da dostavi sudu svoje mišljenja u pogledu činjeničnog osnova i primjene prava. U krivičnim predmetima, francuska Komisija može intervenirati i na sopstvenu inicijativu. Druga tijela za ravnopravnost donose pravno obavezujuće odluke²⁹, izriču novčane kazne, koje mogu biti predmet osporavanja pred sudom³⁰ ili imaju izričito propisanu savjetodavnu ulogu u svojstvu prijatelja suda.³¹ Pojedina tijela za ravnopravnost koja imaju nadležnost za pokretanje sudskih postupaka mogu ujedno i zastupati žrtve diskriminacije na sudu.³² Kada tijelo za ravnopravnost pokrene sudski postupak u ime oštećene strane, to ga pretvara iz neutralne u instituciju koja nedvosmisleno zastupa interese samo jedne strane, tj. navodne žrtve diskriminacije. Ovu promjenu formalno najčešće prati presigniranje predmeta drugom službeniku ili drugom odjelu unutar tijela za ravnopravnost.

Iako mnoga tijela za ravnopravnost imaju nadležnost da pokrenu sudske postupke u predmetima diskriminacije, samo pojedina³³ su uspostavila detaljne kriterijume prilikom odlučivanja o tome koji slučajevi opravdavaju sudsku intervenciju. Kao neki od najčešće korištenih kriterijuma spominju se: tumačenje važećih zakonskih odredbi, prinudna primjena zakona i ostvarivanje ravnopravnosti u praksi, potencijalna korist za buduće žrtve diskriminacije, interesi žrtve ili oštećene strane i potencijalno korektivan uticaj na njenu/njegovu situaciju, uspostavljanje adekvatnog balansa između različitih pojava oblika diskriminacije i resursa koji stoje na raspolaganju tijelu za ravnopravnost za ove namjene, kao i saradnja sa drugim organizacijama koje zastupaju žrtve diskriminacije na sudu. Primjenom pomenutih kriterijuma procijenjuje se sa jedne strane individualna korist za žrtvu, kao što je dosuđena naknada štete, a sa druge strane opšti interes za unapređenjem pravne sigurnosti i sprečavanjem diskriminacije u oblastima koje su tome naročito podložne. Ovakvi slučajevi igraju ključnu ulogu u procesu provođenja zakona, doprinose pozitivnim promjenama u pogledu prisutnih diskriminatornih praksi i podižu svijest o ozbiljnosti, štetnosti i kažnjivosti takvih postupanja. Upravo ona tijela koja su uspostavila smjernice za odabir slučajeva za sudsku intervenciju su tijela koja se najčešće i uključuju u parničenje.

²⁷ Belgija, Finska, Francuska, Irska, Malta, Slovačka, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

²⁸ Pravobranilac od 1999. godine ujedno obavlja i funkciju Ombudsmena. Vidjeti <http://www.oiguskantsler.ee/en>, posjećeno 16.01.2018. god.

²⁹ Bugarska (Komisija za zaštitu od diskriminacije); Kipar (Ombudsmen); Estonija (Pravobranilac i Komisija za ravnopravnost i jednako postupanje); Finska (Nacionalni tribunal za diskriminaciju); Mađarska (Tijela za jednako postupanje); Island (Komitet za žalbe povodom rodne ravnopravnosti); Irska (Tribunal za jednakost); Norveška (Tribunal za jednakost i antidiskriminaciju) i Rumunija (Nacionalni savjet za borbu protiv diskriminacije).

³⁰ Letonija, Rumunija, Slovenija, Bugarska, Estonija, Irska, Norveška.

³¹ Bugarska, Finska, Francuska, Irska, Letonija, Litvanija, Norveška, Rumunija, Slovačka, Slovenija i Ujedinjeno Kraljevstvo.

³² Irska (Tijelo za ravnopravnost), Portugal (Visoki komesar za imigraciju i interkulturalni dijalog), Slovačka, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

³³ Belgija, Irska (Tijelo za ravnopravnost), Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

Čini se ipak da postoji suštinsko preklapanje ili čak konfuzija koncepta umješača, zainteresovane strane i prijatelja suda zavisno od pravne kulture, tradicije i ustaljene pravne terminologije.³⁴ Zbog različitih tumačenja i nejasnoća u tumačenju ovih pojmova, ali i nedovoljno definisane uloge nacionalnih tijela za zaštitu ljudskih prava, korisno je analizirati praksu evropskih sudova upravo u postupcima za zaštitu od diskriminacije sa učešćem tih tijela.

Intervencije Ombudsmena pred Evropskim sudom pravde

Sud pravde Evropske unije je najviši sudski organ koji ima nadležnost da tumači sporazume Evropske unije kao i da ocjenjuje zakonitost akata Evropskih institucija. Sud igra ključnu ulogu u pravnoj integraciji Evropske unije, putem raspravljanja i odlučivanja o granicama ovlaštenja Unije i uobličavanja i provođenja njenih izvornih principa. Samim tim, Sud se često bavio pitanjem tumačenja Direktiva koje tretiraju pitanje jednakosti građana, a načelno i ulogom i granicama nadležnosti tijela za ravnopravnost u sudskim postupcima. U slučaju *Webb v Emo Air Cargo* Sud je razmatrajući obaveze državnih tijela utvrdio da Direktivu o rodnoj ravnopravnosti treba tumačiti sa ciljem da se postigne suštinska, a ne samo formalna ravnopravnost,³⁵ dok je u predmetu *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* Sud utvrdio da je sistem pozitivnih mjera od strane državnih tijela neophodan korak u implementaciji principa jednakih mogućnosti, propisanog Direktivom o rodnoj ravnopravnosti.³⁶ Sud dakle državama nalaže preduzimanje pozitivnih mjera u provođenju Direktiva, što bez sumnje obuhvata i mogućnost intervencije pred nacionalnim sudovima. Ovo se međutim ne odnosi na pravo tijela za ravnopravnost da pokrene postupak pred samim Sudom pravde Evropske unije.

Članom 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, propisano je pravo nacionalnih sudova ili tribunala da od Evropskog suda pravde traže tumačenje ugovora ili akata institucija, organa, službi ili agencija Unije, kada im je odluka o tom pitanju potrebna kod donošenja presude. Jasno je, dakle, da pravila kojima je regulisan rad Suda ne dopuštaju ovu mogućnost i nacionalnim tijelima za ravnopravnost, pa čak i kada se radi o pitanjima tumačenja ili primjene Direktiva o ravnopravnosti. Ovakvo stanovište potvrđuje i praksa Evropskog suda u predmetu *Valeri Hariev Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AD and Others*³⁷ kada je zahtjev Komisije za zaštitu od diskriminacije Bugarske za prethodnim mišljenjem, Sud odbacio kao nedopušten. U obrazloženju se između ostalog navodi da je jedan od ključnih principa kojim se Sud rukovodi u odlučivanju o dopuštenosti, onaj prema kojem je pravo nekog tijela da proslijedi pitanje na prethodno odlučivanje Evropskom sudu pravde, isključivo predmet Evropskog, a ne domaćeg prava. U tom kontekstu, Sud ispituje da li je tijelo uspostavljeno zakonom, da li je stalno, da li je njegova nadležnost obavezujuća, da li se postupci vode između strana (*inter partes*), da li kod odlučivanja primjenjuju zakoni i da li je to tijelo nezavisno. Pored navedenog, potrebno je da se radi o sudskom postupku koji je u toku i da se zahtjev odnosi na predmet sudskog odlučivanja.³⁸

³⁴ Npr. Nacionalni centar za ljudska prava Slovačke može uputiti sudu „stručno stanovište“ po pitanjima zaštite ravnopravnosti. Po sadržini propisanih ovlaštenja, ovo je pandan konceptu *Amicus Curiae* iz anglosaksonskog prava.

³⁵ C-450/93 [1995] ECR I-305.

³⁶ C-32/93 [1993] ECR I-3567.

³⁷ C-394/11 *Valeri Hariev Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AD and Others*, CJEU, 31. januar 2013. godine.

³⁸ *Ibid*, para 38.

Situacija je nešto povoljnija kada je u pitanju pravo na dostavljanje podnesaka u svojstvu zainteresovane stručne strane, a bez učešća u samom postupku. Iako postojeća pravila o radu Suda ne dopuštaju izričito ovu mogućnost tijelima za ravnopravnost, niti bilo kojoj trećoj strani, pravo na podnošenje pismenih opservacija u postupcima koju su u toku, imaju države članice kao i Evropska komisija. Intervencija u postupcima pred Evropskim sudom može se, dakle, ostvariti posrednim putem i to u postupcima u kojima je tijelo za ravnopravnost prethodno učestvovalo na nacionalnom nivou. Ovu mogućnost koristilo je više evropskih tijela za ravnopravnost,³⁹ a pojedini takvi slučajevi izvršili su odlučujući uticaj na razvoj evropskog antidiskriminacionog prava.⁴⁰

Intervencije Ombudsmena pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu

Za razliku od Suda pravde Evropske unije, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu ne samo da dopušta učešće tijela za zaštitu ljudskih prava u svojstvu zainteresovane treće strane, nego i poziva na takvu intervenciju, kada to može biti od pomoći kod donošenja odluke.

Prije svega, treba imati na umu da nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava ne mogu pokrenuti postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava u ime oštećene strane, jer ih u tome sprečava uslov propisan članom 34 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Iako neki autori zagovaraju takvu mogućnost,⁴¹ skoriji sastanci predstavnika država Savjeta Evrope na najvišem nivou ukazuju da ne postoji podrška za takve promjene sistema zaštite iz Konvencije.⁴² Štaviše, nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava, iako su uspostavljene od strane države i nezavisne od drugih grana vlasti, ne mogu se ni u svoje ime obraćati Sudu zbog navodnih povreda prava garantovanih Konvencijom, koje im pričinila država. Konačno, praksa Suda je nedvosmislena i u pogledu nedopuštenosti kolektivnih tužbi (*Actio Popularis*) kojima se u ulozi podnosioca predstavke pojavljuje organizacija ili udruženje čiji su interesi ugroženi, ali koji nisu direktno oštećeni aktom države. U predmetu *Aksu protiv Turske*, Sud podvlači: „stoga, postojanje žrtve koja je lično pogođena navodnom povredom prava iz Konvencije je neophodan

³⁹ Belgijski centar za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma (predmet C-54/07 *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV*); Komisija za jednakost i ljudska prava Velike Britanije (predmeti C-303/06 *Coleman v. Attridge Law* i C-388/07 *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (aka the *Heyday case*)). Komisija za jednakost Sjeverne Irske (predmeti C-222/84 *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* i C-342/93 *Gillespie v. Northern Health and Social Services Board*); Ombudsmen Švedske (predmet C-236/98 *Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting*).

⁴⁰ U predmetu br. C-222/84 (*Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*), Evropski sud pravde je utvrdio da „lišavanje apelanta mogućnosti da ističe da je žrtva diskriminacije zbog nejednakog tretmana od strane suda predstavlja povredu prava Evropske unije“; u predmetu br. C-303/06 (*Coleman v. Attridge Law*), Sud je utvrdio da zabrana diskriminacije obuhvata i diskriminaciju po osnovu pretpostavljene veze sa grupom; a u predmetu br. C-54/07 (*Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV*), Sud je utvrdio da čin diskriminacije bez svjedoka i dalje može predstavljati diskriminaciju prema principima koji regulišu dokazivanje diskriminacije.

⁴¹ Gauthier de Beco, *Non-judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in the European States* (Brisel: Bruylant, 2009).

⁴² Antoine Buyse, *The Court's Ears and Arms: National Human Rights Institutions and the European Court of Human Rights*, u: Katrien Meuwissen and Jan Wouters (ur.), *National Human Rights Institutions in Europe: Comparative, European and International Perspectives* (Antwerp: Intersentia, 2012), str. 3.

uslov za pokretanje mehanizma zaštite prema Konvenciji, iako ovaj uslov ne treba tumačiti na krut i nefleksibilan način.⁴³

Nasuprot navedenom, član 36 Evropske konvencije o ljudskim pravima dozvoljava učešće trećih lica na nekoliko načina:

1. Visoka strana ugovornica čiji je državljanin podnosilac predstavke može podnijeti pisana zapažanja i uzeti učešće u raspravi u predmetima pred vijećem ili Velikim vijećem.
2. Predsjednik Suda može u interesu ispravnog postupanja pozvati Visoku stranu ugovornicu koja nije strana u postupku ili svako zainteresovano lice koje nije podnosilac predstavke da podnesu pisana zapažanja ili uzmu učešće u raspravi.
3. Komesar za ljudska prava Savjeta Evrope može podnijeti pisani podnesak i uzeti učešće u raspravi u predmetima.

Citirana odredba, dakle, omogućava intervencije Ombudsmena po pozivu Suda ili putem dostavljanja predstavke Visokom komesaru za ljudska prava Savjeta Evrope. Prednost druge opcije ogleda se u tome što Komesar u svakom slučaju ima pravo da interveniše, a uključivanje Ombudsmena mu svakako koristi u boljem sagledavanju situacije u državi koja je označena kao odgovorna strana. Komesar je zbog toga uspostavio kancelariju za vezu sa nacionalnim institucijama za zaštitu ljudskih prava, sa izričitim ciljem jačanja saradnje i koordinisanja razmjene informacija.⁴⁴ Prva opcija prema kojoj nacionalne institucije traže odobrenje Suda za intervenciju, povlači za sobom rizik da takav zahtjev bude odbijen, obzirom da Sud prima više zahtjeva za intervenciju, nego što može odobriti, a vrši selekciju na osnovu relevantnosti za odlučivanje u predmetu. U praksi, pak, nacionalnim institucijama za zaštitu ljudskih prava Sud uglavnom odobri zahtjev za intervenciju, ne samo jer je načelno otvoren za intervencije nego i zbog činjenice da su nacionalne institucije duboko ukorijenjene u domaći sistem zaštite ljudskih prava, čije funkcionisanje Sud preispituje.⁴⁵ Štaviše, može se argumentovati da je legitimnost njihovih intervencija veća zbog njihove nezavisnosti od nevladinih organizacija, koje se obično rukovode vrlo specifičnim interesima.

Intervencije nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava pred Evropskim sudom u Strazburu u proteklim dekadama nisu bile brojne, ali njihov broj raste iz godine u godinu i svakako predstavljaju pozitivan uticaj na razvoj prakse u primjeni Konvencije. Ove intervencije pomogle su Sudu u donošenju bitnih odluka, kao što je presuda vezana za prava iračkih državljana koje je jedna od zemalja potpisnica isporučila iračkim vlastima, koje im mogu izreći smrtnu kaznu⁴⁶, presuda oko prava na ispoljavanje vjeroispovijesti u kontekstu nošenja propisane uniforme za

⁴³ *Aksu v Turkey*, Predstavke br. [4149/04](#) i [41029/04](#), presuda od 15. marta 2012. godine.

⁴⁴ De Beco (2009) str. 177-178.

⁴⁵ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates i Carla Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2009, 2nd ed.), str. 855-856.

⁴⁶ Predmet AL-SAADON AND MUFDHI v. THE UNITED KINGDOM (*Application no. 61498/08*), presuda od 04.10.2010. godine, u kojem je intervenisala Komisija za ljudska prava i jednakost Engleske i Velsa.

stjuardese privatne britanske aviokompanije,⁴⁷ presuda kojom je utvrđeno da seksualno zlostavljanje djeteta u školi predstavlja mučenje, nečovječno i ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje, zabranjeno članom 3 Konvencije,⁴⁸ presuda koja tretira pitanje sterilizacije bez pristanka⁴⁹ ili presuda po pitanju nedobrovoljnog slanja u psihijatrijsku ustanovu i nepravilnog postupka imenovanja staraoca.⁵⁰

Opisana praksa prati Pariške principe koji nalažu da nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava sarađuju sa regionalnim mehanizmima sa ciljem zaštite ljudskih prava. Podržavajući rad Suda sa nivoa domaće jurisdikcije, nacionalne institucije doprinose efikasnosti evropskog sistema zaštite ljudskih prava i legitimnosti sudskih odluka, a pružena stručna pomoć ujedno doprinosi smanjenju zaostataka u radu. Iz perspektive Suda, nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava djeluju kao korisni izvori informacija i dokaza, a iz perspektive država potpisnica Konvencije, aktivnosti ovih institucija doprinose jačanju svijesti o obavezности i efikasnosti mehanizama zaštite ljudskih prava uopšte.

Zaključak

Sudski postupci generalno predstavljaju jedan od najvažnijih i najefikasnijih načina promovisanja i osiguranja primjene normi sadržanih u zakonima, jer presuda u pojedinačnom slučaju može imati dalekosežne pravne i društvene posljedice. Obzirom na činjenicu da tijela za zaštitu ljudskih prava imaju nadležnost za promociju i primjenu normi za zaštitu ljudskih prava, nesporno je da treba da preduzimaju mjere sa ciljem stvarne realizacije tih normi, što uključuje i mogućnost sudske intervencije. Postoji i međunarodno priznata obaveza domaćih sudova da tumače domaće pravo u svjetlu međunarodnih standarda uobličenih konvencijama, direktivama i praksom. Sa druge strane, bilo bi neshvatljivo da jedna institucija koja promoviše zaštitu prava građana nema ovlaštenje da traži primjenu osnovnih principa zaštite ljudskih prava putem učešća u sudskim postupcima. Namjera visokih strana ugovornica, predstavljena uporedna praksa tijela za zaštitu ljudskih prava, kao i tumačenje međunarodnih konvencija i evropskih direktiva od strane regionalnih sudova, nedvosmisleno upućuje na ovakav zaključak.

Da bi tijela za zaštitu ljudskih prava mogla uopšte obavljati ovu funkciju, neophodno je da se država ne samo uzdrži od postavljanja zabrana ili uslova koji tu nadležnost ograničavaju, prvenstveno putem zakonodavne aktivnosti, nego i da preuzme proaktivnu ulogu na način da obezbijedi adekvatne kapacitete za tu namjenu. Ovo se prvenstveno odnosi na materijalne i

⁴⁷ Predmet *EWEIDA AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM* (*Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10*), presuda od 15.01.2013. godine, u kojem je intervenisala Komisija za ljudska prava i jednakost Engleske i Velsa.

⁴⁸ Predmet *O'KEEFFE v. IRELAND*. (Application no. 35810/09), presuda od 28.01.2014., u kojem je intervenisala Komisija za ljudska prava Irske.

⁴⁹ Predmet *Gauer and others v. France* (predstavka broj 61521/08), presuda od 23.10.2012. godine, u kojem je intervenisala Evropska grupa institucija za zaštitu ljudskih prava.

⁵⁰ Predmet *D.D. v. LITHUANIA*, predstavka broj [13469/06](#), presuda od 09.07.2012. godine, u kojem je intervenisala Evropska grupa institucija za zaštitu ljudskih prava.

kadrovske kapacitete, koji treba da budu obezbijedeni uzimajući u obzir niz faktora kao što su broj predmeta, stepen primjene i realizacije prava građana bez intervencije nadležnih tijela, stanje ljudskih prava u pojedinim oblastima koja su naročito podložne diskriminaciji ili položaj naročito ranjivih grupa u datom društvu i određenom vremenskom kontekstu, mogućnost sudova da svojim odlukama po izabranim pitanjima utiču na pozitivne promjene u društvu, ali i neutralni parametri kao što su broj stanovnika, budžet i postojeći kapaciteti unutar tijela za zaštitu ljudskih prava. Dalje, interna struktura tijela za zaštitu ljudskih prava mora biti prilagođena obavljanju mandata sudske intervencije, a analizirani modeli upućuju na zaključak da je najčešće neophodno uspostaviti poseban odjel čiji rad je odvojen od rada odjela koji postupaju po žalbama građana, a koji je prvenstveno usmjeren na praćenje stanja u pojedinim oblastima, parničenje, izjavljivanje pravnih lijekova, te saradnju sa drugim relevantnim institucijama, prvenstveno pravosudnim i organizacijama nevladinog sektora. Ova podjela i specijalizovanost funkcija je naročito bitna zbog činjenice da tijelo za zaštitu ljudskih prava u predmetima otvorenim po žalbama građana postupi na neutralan način, posvećujući dužnu pažnju argumentima obje strane, donoseći konačnu odluku u skladu sa pozitivnim propisima, dok sudska intervencija podrazumijeva potpuno drugačiji modus rada, zastupanje interesa i argumenata samo jedne strane sa ciljem pozitivnog ishoda sudskog postupka. Jednako tako, sudske intervencije tijela koja nemaju adekvatne kapacitete mogu proizvesti kontraefekat, ne samo zbog povećane mogućnosti za nepovoljan ishod sudskih postupaka nego i zbog stvaranja opšte kulture nekažnjivosti, nemogućnosti sankcionisanja odgovorne strane i odvratanja žrtava povreda ljudskih prava od traženja materijalne i moralne satisfakcije.

Konačno, za djelotvorno učešće tijela za zaštitu ljudskih prava u sudskim postupcima, neophodna je otvorenost i spremnost sudova da uvažavaju ovaj vid kompetencije i da tim intervencijama poklone vjeru u mjeri u kojoj one predstavljaju stav stručne strane o pitanjima iz njihove primarne nadležnosti. Rezon kojim sve nadležne grane vlasti trebaju biti rukovođene je činjenica da se građani vrlo rijetko odlučuju za pokretanje sudskog postupka koji je dugotrajan, iscrpljujući i finansijski zahtijevan, a strateško fokusiranje resursa na pojedinačne sudske slučajeve može proizvesti suštinske promjene od opšteg javnog interesa.

LITERATURA

KNJIGE I ČLANCI

Ammer, Margit et al. (2010), *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, SYNTHESIS REPORT*, Human European Consultancy, Utrecht (in partnership with the Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Vienna);

Bertelsmann, Klaus (2005), *Who's afraid of the European Court of Justice? A Guide to the Preliminary Ruling Procedure for national courts*, European Anti-Discrimination Law Review, Issue 1;

De Beco, Gauthier (2009), *Non-judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in the European States*, Brisel, Bruylant;

De Schutter, Olivier (2007), „Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law“, *Northern Ireland Legal Quarterly* 57/1;

Harris, David et al. (2009, 2nd ed.), *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press;

Hepple B. et al. (2000), *Equality: A New Framework, Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing;

Hensler, Deborah R., et al. (2000), *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica, RAND;

Iordache, Romanita, Ionescu, Iustina (2014), „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review* No. 19;

Kadar, Tamas (2013), „The Standing of National Equality Bodies before the European Union Court of Justice: the Implications of the Belov Judgment“, *The Equal Rights Review*, Vol. 11;

Kocheavar, Steven (2013), „Amicus Curiae in Civil Law Jurisdictions“, *The Yale Law Journal* Vol. 122;

McBaine, J. P. (1944), „Burden of Proof: Degrees of Belief“, *California Law Review* 32/3;

McCrudden, Christopher (2005), *Equality and Diversity in The New Equality Directives*, ICEL No. 29;

Meuwissen, Katrien i Wouters, Jan (ur.) (2012), *National Human Rights Institutions in Europe: Comparative, European and International Perspectives*, Antwerp, Intersentia.

MEĐUNARODNI PROPISI

Direktiva Vijeća 2004/113/EC od 13. decembra 2004. godine o primjeni principa jednakog postupanja za muškarce i žene u mogućnosti dobijanja i nabave roba, odnosno pružanja usluga, OJ L 373, 21.12.2004.;

Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. decembra 1997. g. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu spola, OJ L 014, 20.01.1998.;

Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. novembra 2000. godine koja uspostavlja opšti okvir za jednako postupanje pri zapošljavanju i izboru zvanja, OJ L 303, 02.12. 2000.;

Dopunska Direktiva Vijeća 52/1998/EZ, OJ L 205, 22.07.1998.;

Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije, Preporuka br. VII u pogledu opšte politike o državnim zakonima za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, 2002.;

Komitet za eliminaciju diskriminacije žena, Opšta preporuka br. 28, CEDAW, /C/GC/28, 2010.

IZVJEŠTAJI

The Equality and Human Rights Commission (2015), *Strategic Litigation Policy*, London;

United States Commission on Civil Rights (2014), *Getting Uncle Sam to Enforce Your Civil Rights*, Washington DC, Clearinghouse Publication;

The Department of Justice's Record of Enforcing the Temporary Voting Rights Act Provisions (2006), *Voting Rights Enforcement and Reauthorization*, Washington DC;

Equinet Report (2010), *Influencing the law through legal proceedings: The powers and practices of equality bodies*, Brussels;

Equality and Human Rights Commission (2016), *Annual Reports and Accounts*, London, UK, the Williams Lea Group;

Equinet Report (2010), *Strategic enforcement powers and competences of equality bodies*, Brussels.

Amra Hadžimustafić⁵¹

ULOGA OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE U PARNIČNOM SUDSKOM POSTUPKU

Uvod

Ombudsmen je institucija stara preko dva vijeka. Kao vrijeme njenog nastanka obično se uzima 1809. godina, kada je stvorena služba švedskog parlamentarnog Ombudsmena. Međutim, ova institucija se nije proširila izvan švedskih granica odmah nakon svog nastanka. Naime, bilo je potrebno više od jednog vijeka da bi se Ombudsmen pojavio i u ostalim skandinavskim zemljama (Finskoj 1919. godine, Danskoj 1955. godine i Norveškoj 1962. godine).

Osnovni model Ombudsmena kao institucije za ljudska prava u Bosni i Hercegovini uspostavljen je 1996. godine Dejtonskim mirovnim sporazumom, Aneksom VI. Prvobitno su djelovale tri institucije ombudsmena u BiH, i to entitetski Ombudsmeni i Ombudsmen BiH. Izmjenama i dopunama Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH iz 2006. godine uspostavljen je Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine, kao nezavisna institucija u cilju promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajamčeno posebno Ustavom BiH i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava, a koja će s tim u vezi nadgledati institucije Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko u skladu sa odredbama zakona. Zakonom propisana ovlaštenja i nadležnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine utemeljeni su na Pariškim principima usvojenim rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 20. decembra 1923. godine, koji predstavljaju međunarodne standarde za funkcionisanje nacionalnih institucija ljudskih prava i koriste se kao osnova za njihovu međunarodnu akreditaciju.

Institucija ombudsmana ima čitav niz nadležnosti i funkcija, među kojima se kao posebno važna i zanimljiva ističe ona koja se tiče odnosa prema sudovima. Pozicija Institucije ombudsmena, konkretno u sudskom parničnom postupku, određena je odredbom člana 4. Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, koji u stavu (1) propisuje da će nadležnost Institucije sadržati i ovlaštenja da provodi istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta i da preporuči odgovarajuće pojedinačne ili opće mjere. Ombudsmen se neće miješati u proces

⁵¹ Sudija, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine; amra.hadzimustafic@pravosudje.ba

odlučivanja sudova, ali može pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u toku postupka koji se vodi, kada ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti. Ombudsmen također može dati preporuke organu vlasti koji je strana u postupka ili biti konsultovan od strane u postupku (stav 2). Pri tome se mora imati u vidu da je pravosuđe mehanizam kontrole zakonitosti djelovanja svih subjekata u jednom društvu. Sudovi su samostalni i nezavisni od zakonodavne i izvršne vlasti i niko ne smije uticati na nezavisnost i nepristrasnost sudije pri odlučivanju u predmetima koji su mu dodijeljeni u rad (član 3. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine). Nezavisnost predstavlja način postojanja sudstva ili suštinsko svojstvo suda kao državnog organa.

Ovlaštenja ombudsmena u sudskom parničnom postupku

Pravo na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom u razumnom roku, odnosno efikasno pružanje pravne zaštite, predstavlja jedno od osnovnih prava, čiju zaštitu građani traže i od Institucije ombudsmena. U godišnjem izvještaju ombudsmena za 2016. godinu ukazano je na neizvršene sudske odluke u vezi sa ljudskim pravima i na opterećenost sudskog sistema velikim brojem neriješenih predmeta, na neefikasnost sudstva.⁵²

U vezi sa posredovanjem Ombudsmena po žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema, iz sudskih spisa se vidi da prvostepeni sudovi, u najvećem broju slučajeva, nakon obraćanja Ombudsmena, poduzimaju zakonom propisane procesne radnje, što nije moguće i u drugostepenom postupku i postupku po reviziji, s obzirom da se predmeti rješavaju po starosti inicijalnog akta, prema uputstvu Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH (tzv. planski predmeti), zatim redovni predmeti koji su po zakonu hitni (radni i stambeni predmeti te predmeti iz stečaja).

Iako u najvećem broju predmeta Ombudsmen provodi istrage vezane za dužinu trajanja sudskih postupaka, iz nadležnosti propisanih Zakonom o Ombudsmenu ne slijedi da je Ombudsmen ovlašten da predstavlja građanina u postupku niti da u postupak uđe umjesto građanina.

Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije Instituciji ombudsmena za ljudska prava dodijeljena je uloga centralne institucije za zaštitu od diskriminacije. Diskriminacija je nedopušteno razlikovanje ljudi, nejednak tretman pojedinca ili grupe zasnovan na ličnom svojstvu, a bez razumnog opravdanja.

Osnovni moralni i pravni princip: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“ je postulat na kome počiva ideja, teorija i praksa ljudskih prava. Zabranjen je svaki oblik diskriminacije, koja je negacija načela jednakosti. Svakome je priznato pravo na nediskriminaciju. Kao izuzetno negativna društvena pojava diskriminacija je zabranjena svim domaćim, ali i međunarodnim pravnim dokumentima, koji su na snazi u BiH. Diskriminacija je zabranjena Ustavom BiH (Ustavima entiteta, Statutom Brčko distrikta, Ustavima kantona) kao i

⁵² Institucija ombudsmana za ljudska prava BiH, *Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmana za ljudska prava BiH za 2016. godinu*, str. 17-21, dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2017032310003163bos.pdf.

svim zakonima koji uređuju pojedine oblasti života i rada čovjeka, odnosno građanina (u oblasti rada, zdravlja, obrazovanja, socijalne zaštite i sl.).

Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine definiše sve oblike diskriminacije, institucije nadležne za zaštitu od diskriminacije, kao i postupke za zaštitu od diskriminacije, pred Institucijom za ljudska prava BiH, sudske postupke i upravne postupke.

Kao centralna institucija za zaštitu od diskriminacije, Institucija ombudsmena prema odredbama Zakona o zabrani od diskriminacije, ima više nadležnosti. Ombudsmen radi na promociji ovog zakona, informira javnost, podiže svijest, provodi kampanje i na druge načine aktivno promovira borbu protiv diskriminacije u svrhu njene prevencije. Ombudsmeni provode istraživanja u oblasti diskriminacije, povodom pojedinačne ili grupne žalbe fizičkih ili pravnih lica u vezi sa diskriminacijom ili na vlastitu inicijativu provode istraživanja u oblasti diskriminacije. Kada Ombudsmen u toku istrage utvrdi da je počinjena povreda prava i sloboda podnosioca žalbe, on daje preporuke organima vlasti. Preporuka može biti deklaratorna, kojom se utvrđuje da se diskriminacija uopšte desila (obrazložena u skladu sa najvišim međunarodnim standardima u oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda), koja je preduslov za davanje bilo koje druge preporuke; konstitutivna ili preobražajna preporuka kojom se preporučuje odgovornoj strani kako da utvrđenu diskriminaciju otkloni; preporuka sa garancijom neponavljanja – odgovornoj strani daje se preporuka kako da uspostavi efikasan način buduće prevencije ponavljanja, preporuka za naknadu štete – odgovornoj strani daje se preporuka da razmotri zahtjev podnosioca žalbe na naknadu štete s ciljem prevencije sudskih postupaka. Za prekršaje učinjene propuštanjem da se postupi po preporuci Ombudsmena BiH, zakon propisuje novčanu kaznu, kao i za slučaj da pravno lice ne sarađuje sa Ombudsmenom BiH, odnosno ne daje pismene odgovore ili obavještenja. Zakon o zabrani diskriminacije predviđa obavezu da Institucija podnosi godišnje izvještaje o pojavama diskriminacije i to nadležnim parlamentima u BiH, jer će to doprinijeti da se prije svega utvrdi nivo diskriminacije u BiH društvu, ali i da se o tome javno diskutuje pred različitim parlamentima.

Poglavlje V Zakona o zabrani od diskriminacije odnosi se na postojeće postupke za zaštitu od diskriminacije, sudske i upravne postupke. U slučajevima u kojima povreda prava na jednako postupanje proizilazi iz upravnog akta, žalba u upravnom postupku i eventualno pokretanje upravnog spora na osnovu zaštite od diskriminacije, a kojom se zahtjeva poništenje takvog upravnog akta, neće spriječiti lica iz stava (1) člana 11. da pokrene sudski postupak za zaštitu od diskriminacije.

Član 12. Zakona o zabrani od diskriminacije propisuje posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije. U postupku koji se pokreće podnošenjem tužbe za zaštitu od diskriminacije, može se u skladu sa pravilima parničnog postupka, kao umješac na strani lica ili grupe lica koja tvrde da su žrtve diskriminacije pridružiti Ombudsmen. Sud će dopustiti učešće ombudsmena kao umješaca samo uz pristanak tužitelja. Ombudsmen može podnijeti i tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje većeg broja lica, koja pretežno pripadaju grupi čija prava tužitelj štiti. U slučaju kada sud razmatra predmet o kojem je Institucija ombudsmena već donijela preporuku, koju stranka koristi kao dokaz, sud je dužan, u skladu sa pravilima, razmotriti preporuke Ombudsmena.

Učešće ombudsmena u upravnom postupku i upravnom sporu propisano je Zakonom o upravnom postupku BiH prema kome stranka može biti i Ombudsmen BiH kada u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da ima osnova za pokretanje upravnog postupka radi ostvarivanja prava i sloboda građana zagaranovanih Ustavom BiH, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i instrumentima navedenim u Aneksu VI Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH. Ombudsmen u upravnom postupku ima položaj stranke koji je određen njegovom nadležnošću u ostvarivanju prava i sloboda građana. Ombudsmen ima svojstvo stranke samo u procesnom ili formalnom smislu, jer nije bio učesnik u samom materijalno-pravnom odnosu koji je predmet upravnog postupka. Ombudsmen ima pravo pokrenuti upravni spor protiv konačnog upravnog akta, kao i koristiti pravne lijekove u korist stranke.

Dakle, u postupku sudske zaštite od diskriminacije Ombudsmen ima ovlaštenje da učestvuje u postupku u svojstvu umješaka uz pristanak tužitelja i pravo na podnošenje tužbe u korist većeg broja osoba koje pretežno pripadaju grupi čija prava tužitelj štiti. Produženi rok za podnošenje tužbe, na osnovu člana 12. Zakona o zabrani diskriminacije, je tri godine od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najduže pet godina od dana učinjene povrede (kod kontinuirane diskriminacije rok se računa od posljednje učinjene radnje, dok se rok ne računa u slučajevima sistemske diskriminacije). Takav rok omogućava zaštitu od diskriminacije u sudskom postupku, nakon provedenog postupka od strane Ombudsmena, odnosno izbjegavanje vođenja oba postupka istovremeno. Prije pokretanja i u toku postupka povodom zahtjeva iz člana 12. stav (1) Zakona o zabrani diskriminacije, sud može na prijedlog predlagača odrediti sudsku mjeru osiguranja, odnosno privremenu mjeru osiguranja, shodno pravilima Zakona o parničnom postupku, koji se primjenjuje u BiH.

Članom 17. Zakona o zabrani diskriminacije je propisano da udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su registrirane u skladu s propisima koji regulišu udruživanje građana u BiH, a imaju opravdani interes za zaštitu interesa određene grupe ili se u okviru svojih djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije određene grupe lica, mogu podnijeti tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje, ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja uglavnom pripadaju grupi čija prava tužitelj štiti. Iz sadržaja navedene zakonske odredbe može se zaključiti da je Ombudsmen aktivno legitimisan za podnošenje kolektivne tužbe protiv fizičkog ili pravnog lica koji je diskriminirao veći broj osoba, što znači da se ovaj vid zaštite ne može upotrijebiti ukoliko je žrtva pojedinac.

Specifičnost ove kolektivne tužbe ogleda se u mogućnosti da sudski postupak u svojstvu tužitelja pokreću osobe i organizacije koje same nisu žrtve povrede prava, već postupak vode u ime zaštite prava grupe, odnosno poimenično neidentificiranih osoba, koji se može smatrati u izvjesnom smislu i javnim interesom, to se kolektivna tužba može smatrati i vrstom postupka u javnom interesu. Pošto udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije samostalno pokreću postupak i imaju status stranke, one ne zavise o volji potencijalnih žrtava diskriminacije, tako da im za podnošenje ove tužbe nije potreban njihov pristanak. Međutim, da bi tužba bila dopuštena podnositelj mora učiniti vjerovatnim da je sporno postupanje tuženog moglo diskriminirati veći dio osoba, koje pretežno pripadaju određenoj skupini, koja se po prirodi stvari može povezati sa nekim od osnova diskriminacije iz člana 2. stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije (npr. spol,

vjera, etnička pripadnost itd.). Isto tako podnosilac tužbe bi morao dokazati da ima legitimni interes za zaštitu prava te grupe, tj. dokazati među svojim ciljevima ima ili zaštitu prava i interesa te grupe ili da se inače unutar svoje djelatnosti općenito bavi suzbijanjem diskriminacije, što je i u ovlaštenju Institucije ombudsmena.

Budući da kolektivna tužba predstavlja oblik grupne pravne zaštite, postavlja se pitanje subjektivnih granica presude koja je povodom nje donesena. Treba zaključiti da pravomoćna pozitivna presuda povodom kolektivne tužbe djeluje ne samo prema strankama u postupku već i prema svim članovima grupe u odnosu na koju je diskriminacija utvrđena. Stoga bi presuda kojom je utvrđena diskriminacija (ali ne i presuda kojom je tužba odbijena) imala prejudicijelan učinak u svim parnicama koje bi se mogle voditi između žrtava diskriminacije i diskriminatora. Navedeno prošireno subjektivno djelovanje osuđujuće presude donesene povodom kolektivne tužbe omogućuje svim, pa i budućim članovima grupe da se na tu presudu pozovu. Iz tih razloga i izvršenje na osnovu osuđujuće presude u postupku kolektivne zaštite od diskriminacije mogao bi, pored tužitelja tražiti i svaki član grupe o kojoj je riječ. Nasuprot tome, litispendencija zasnovana povodom kolektivne tužbe nije prepreka za paralelno vođenje individualnih antidiskriminacijskih postupaka.

Značaj kolektivne tužbe za zaštitu od diskriminacije ogleda se u tome što ova tužba omogućava razvijanje koncepta strateškog parničenja, koji ima za cilj da kroz postizanje uspjeha u jednom predmetu podstakne promjene u ostvarivanju spornog prava. Strateški predmeti su oni predmeti koji imaju potencijal da podstaknu izmjene ili dosljednu primjenu zakona, odnosno da dovedu do promjene u društvu. Zbog toga strateški predmeti imaju značaj za širu društvenu zajednicu budući da šire pravno obrazovanje i svijest javnosti o određenom društvenom problemu.⁵³

U sudskim postupcima u kojima Ombudsmen učestvuje kao umješak na strani tužitelja ili kao podnositelj kolektivne tužbe za zaštitu od diskriminacije od značaja je i odredba člana 15. Zakona o zabrani diskriminacije koja propisuje tzv. prebacivanje tereta dokazivanja, kao procesni instrument koji bi trebao povećati efikasnost antidiskriminacijske sudske zaštite. Tužitelj iznosi i dokazuje činjenice iz kojih se može pretpostaviti postojanje diskriminacije, nije dovoljno samo tvrđenje da je diskriminisan, pa u tom slučaju nastaje oboriva pretpostavka da je vjerovatno u pitanju diskriminacija. Tada se teret dokazivanja prebacuje na tuženog koji treba da dokaže da svojim postupanjem (činjenjem, nečinjenjem) nije prekršio načelo jednakosti, tj. da nije izvršio diskriminaciju.

Pojam „učiniti vjerovatnim“ treba tumačiti u smislu *prima facie* dokaza. Sudi se na osnovu jednog ili više dokaza i na osnovu niza uzročno-posljedičnih događaja, koji čine vjerovatnijim da je do diskriminacije došlo nego da diskriminacije nije bilo. Ova vrsta dokaza se od indicija razlikuje po tome što kod indicija sudija primarno primjenjuje svoje životno iskustvo, a kod dokaza *prima facie* primjenjuje i pravila iskustva pravne zajednice. Tuženi može da otkloni od sebe teret dokazivanja tako što će dovesti u pitanje vjerovatnost onoga što je tužitelj trebao da dokaže-protivdokaz i tako što će dokazati da je „vjerovatnije“ upravo suprotno-dokaz o protivnom. Tuženi ne dokazuje nepostojanje uzročno-posljedične veze između nejednakog postupanja i ličnog svojstva tužitelja, tzv. negativne činjenice, nego treba da iznese činjenice i

⁵³ Vidjeti npr. slučaj nazvan „dvije škole pod jednim krovom“- presuda Vrhovnog suda Federacije br.58 0 Ps 085653 13 Rev, od 29. augusta 2014. godine; odluka Ustavnog suda BiH AP-4348/14 od 15. juna 2017. godine.

ponudi dokaze koji će uvjeriti sud da je njegovo postupanje zasnovano na drugim objektivnim razlozima, koji nisu ni u kakvoj vezi s ličnim svojstvom lica koje tvrdi da je diskriminirano. Irelevantni su motivi, na primjer da je tuženi u svom ponašanju motivisan rasnim predrasudama, kao što je irelevantna i namjera, diskriminacija može biti izvršena čak i kada je diskriminator postupao u dobroj namjeri.

U slučajevima u kojima lice smatra da je snosilo posljedice diskriminacije, kao dokazno sredstvo za ostvarenje prava iz stava (1) člana 15. Zakona o zabrani diskriminacije mogu se koristiti i statistički podaci ili baze podataka. Prema odredbi člana 15. stav (4), (5) i (6) Zakona o zabrani diskriminacije kao svjedok u postupcima za zaštitu od diskriminacije može se pojaviti i lice koje se svjesno izložilo diskriminacijskom postupanju, s namjerom neposredne provjere primjene pravila o zabrani diskriminacije. To lice je dužno obavijestiti Ombudsmene za ljudska prava Bosne i Hercegovine o namjeravanoj radnji, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju, kao i o preduzetoj radnji izvijestiti Ombudsmena u pismenom obliku. Sud može to lice saslušati kao svjedoka.

Odluka suda u postupku radi zaštite od diskriminacije, koja je drugačija od preporuke Ombudsmena u slučaju kada je postupak vođen pred Institucijom ombudsmena, ne utiče na pravnu sigurnost građana, jer se radi o postupcima koji se ne mogu upoređivati, nego o postupcima koji se dopunjuju. S tim u vezi, treba imati u vidu podatak da je npr. u toku 2016. godine na Vrhovnom sudu Federacije BiH po revizijama riješeno sedam predmeta koji se tiču zaštite od diskriminacije, dok je 2017. godine primljeno 15 takvih predmeta, 15 ih je završeno, a dva su u radu.

Zaključak

Ombudsmen podrazumijeva besplatno, neformalno, krajnje dostupno i prilagodljivo sredstvo kontrole i zaštite ljudskih prava, koji treba da bude nezaobilazni element demokratskog društva. Nemogućnost donošenja odluka, preporuka koje bi bile pravno obavezujuće, ne umanjuje značaj ombudsmena. Ne smatram da bi pravna obaveznost preporuka ombudsmena povećala ugled i kredibilitet ombudsmena. Pravna neobaveznost preporuka ne predstavlja prepreku, već čini suštinu ove institucije. U suprotnom, funkcija ombudsmena se ne bi mnogo razlikovala od one koju vrše sudovi, pa bi se moglo postaviti pitanje svrhe i smisla njegovog daljeg postojanja. Velika prednost ombudsmena u odnosu na druge organe predstavlja činjenica da on ostvaruje kontrolu oslanjajući se na ubjeđivanje i lični autoritet. Uz sva ovlaštenja određena Zakonom o Ombudsmenu za ljudska prava za BiH, zakonima iz upravnog postupka i zakonima o upravnim sporovima, koji se primjenjuju u BiH, ombudsmen nije univerzalno sredstvo za sve probleme moderne uprave, niti je zamjena za postojeća sredstva kontrole, već njihova neophodna dopuna.

Efikasna i pravilna primjena Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, posebno kroz institucionalno jačanje Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, kao centralne institucije nadležne za zaštitu od diskriminacije, je pretpostavka brže i efikasnije zaštite prava na zabranu diskriminacije. Uloga Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u sudskom parničnom postupku kao umješaka na strani tužitelja ili kao tužitelja za kolektivne tužbe je takođe značajna. Zajedničkim djelovanjem, na način i pod pretpostavkama

kako propisuje zakon mogu se ostvariti značajni rezultati na suzbijanju, odnosno eliminaciji svih oblika diskriminacije.

LITERATURA

KNJIGE I ČLANCI

Davinić, Marko (2007), „Značaj institucije ombudsmena za pravni sistem“, *Pravni život* 10/2;
Mitrović, Ljubinko (2017) „Postupanje ombudsmena za ljudska prava BiH u predmetima diskriminacije“, *Pravni vjesnik* 33/3-4;
Nezirović, Goran (2012), „Postupci za zaštitu od diskriminacije“, materijal centara za obuku sudija i tužilaca RS i FBiH;
Petrušić, Nevena (2012), „Teret dokazivanja“, u Nevena Petrušić (ur.), *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija;
Pobrić, Nurko (2017), „Pozicija ombudsmena za ljudska prava BiH u upravnom postupku i upravnom sporu“, Fondacija Centar za javno pravo, dostupno na http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Nurko_Pobric16.pdf.

ZAKONI I INTERNI AKTI

Zakon o ombudsmanu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ broj 32/00, 35/04 i 32/06;
Zakon o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik BiH“ broj 59/09 i 66/16;
Pravila postupka Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ broj 104/2011.

Prof.dr. Branko Morait⁵⁴

ULOGA NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA U PARNIČNOM POSTUPKU I UPRAVNOM SPORU NA SUDU BOSNE I HERCEGOVINE

Uvod

Bosna i Hercegovina je, težeći da se reformama institucija priključi razvijenim zemljama Evrope, između ostalog, uvela i instituciju ombudsmana za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: ombudsman. Izvorno, ovo je institucija iz Švedske demokratske i pravne kulture, čiji naziv u prevodu znači lice koje „ima sluha za narod“. Otuda je i kod nas, a i u drugim zemljama, označen kao „zaštitnik građana“, „pučki pravobranitelj“, „ombudsman za ljudska prava“ i sl. U principu, njegova uloga je da štiti ljudska prava građana od narušavanja prava, nepravdičnih odluka, nemara i grešaka administracije, s krajnjim ciljem da se izvršna vlast, vlada i vladine službe učine odgovornijim prema javnosti i građanima kojima trebaju da služe a ne da vladaju nad njima. Otuda se postavlja pitanje, koja je uloga ombudsmana u sudskim postupcima?⁵⁵

U pogledu zaštite ljudskih prava nesporna je i značajna uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine koji se otvorio prema građanima postupkom koje građani pokreću apelacijama zbog kršenja ljudskih prava od strane organa državne vlasti uključujući i sudove.

Najzad, zapaženu ulogu imaju i nevladine organizacije, službe za pružanje besplatne pravne pomoći i sl. u cilju pomoći građanima u slučaju kršenja ljudskih prava od strane organa javne vlasti.

Reformisani parnični postupak i uloga stranaka

Pravilnost i zakonitost sudske odluke je misao vodilja cjelokupnog procesa, njegov cilj i smisao.⁵⁶ Ukrštajući ovaj osnovni cilj parnice s načelom ekonomičnosti postupka lako je zaključiti da načelo procesne ekonomije ima pretežno tehnički a ne suštinski značaj, jer služi olakšavanju nesmetanog rada sudije na donošenju pravilne i zakonite sudske odluke, u krajnjoj liniji, meritornom rješenju spora. Uprkos tome, reformatori parničnog postupka su se oslonili na percepciju javnosti i u javnosti prisutnu raširenost kritike sporosti pravosuđa, za šta su naišli na političku podršku kako domaćih tako i stranih političkih faktora.

⁵⁴ Sudija, Sud Bosne i Hercegovine.

⁵⁵ U međuvremenu, održana je stručna rasprava: *Trebamo li ombudsmene u pravnom sistemu BiH?*, dana 20. Septembra 2017. godine. Referati sa ovog skupa objavljeni su u zborniku: *Ombudsmeni za ljudska prava-bilans jednog neuspjeha*, koji je uredio Edin Šarčević, Fondacija Centar za javno pravo (CJP), Sarajevo (2017). Usljedila je negativna reakcija Institucije ombudsmana u BiH saopštenjem za javnost, u kojem saopštavaju da odbijaju učešće na konferenciji koja zagovara jednostran pristup.

⁵⁶ Milivoje Č. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka* (Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 1977) str. 125.

U primjeni reformisanog Zakona o parničnom postupku (ZPP) zapažene su problematične pojave koje se odnose, prvenstveno, na sužene mogućnosti ukidanja presuda niže sudske instance i vraćanja prvostepenoj instanci nepravilnih i nezakonitih odluka. Time su prvostepene instance izuzete od odgovornosti za počinjene greške u sudovanju čije bi ih ispravljanje, po uputama više sudske instance, dovelo do bolje sudske prakse. Po našem mišljenju, onaj ko je napravio grešku u suđenju treba da je ispravi, a ne da to, umjesto njega, čini viša instanca. Ispravljajući svoju grešku treba da nauči da je ne ponovi, a višoj instanci bi preostalo ono za šta je i nadležna, postupanje po pravnim lijekovima. Očito da su redaktori novih rješenja ZPP smatrali da neukidanje i vraćanje nižoj sudskoj instanci pogrešnih odluka vodi ubrazanju postupka i postizanju efikasnosti suđenja. Redaktori nisu imali u vidu drugu stranu medalje: da se suštinski povrijeđuju procesna prava stranaka i remeti rad sudova. Ovakvim, novim, pristupom, potire se razlika u suđenju između prvostepenog i drugostepenog, žalbenog, apelacionog, suda. A ta razlika je nužna. Sudeći sud, pred koji se iznosi činjenični supstrat spora i koji ima neposredni uvid u činjenični materijal koji je prikupio i izveo, treba da donese pravilnu ali i zakonitu presudu. Na prvostepenom sudu je zadatak pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja, ali, također, i pravilna primjena materijalnog prava. Drugostepeni, žalbeni, apelacioni sud treba da postupa po žalbi kojom stranka upozorava na eventualne nedostatke prvostepenog postupka koji se odnose na nepravilno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, povrede odredaba procesnog zakona i nepravilnu primjenu materijalnog prava.

Ako izvršimo uvid u procesni konstrukt po novom ZPP, postavlja se pitanje opravdanosti postojanja ovako zamišljenih prvostepenih sudskih instanci, jer oni postaju neka vrsta, figurativno kazano, „prolazne stanice“, kroz koju prolazi „brzi voz suđenja“ i više se ne vraća. Apelacioni sud, po pravnom lijeku, treba da preuzme njihovu ulogu i ponovno sudi o istoj stvari. Tako zamišljenim prvostepenim sudovima nikakvu odgovornost ne stvara nekvalitetan rad, jer ne očekuju vraćanje spisa predmeta na ponovno suđenje. Proizilazi i da ne moraju paziti na kvalitet svoga rada, nego samo na kvantitet, jer će sve greške popravljati apelaciona instanca. Loše proveden postupak, nepravilna i nezakonita odluka i drugi propusti u radu, ne dovode, po novom ZPP, do odgovornosti prvostepene sudske instance. Po našem mišljenju, koje odudara od tradicionalne prakse, prvostepeni sudija morao bi biti visokokvalitetan i kao takav vrednovan odnosno nagrađen. Na njemu stoji sav teret pravilnog i zakonitog suđenja. Od njega građani i druge stranke na sudu očekuju pravdu. Negovo pravilno i zakonito, nezavisno i profesionalno postupanje direktno postiže zaštitu subjektivnih građanskih i ljudskih prava u građanskom parničnom sudovanju. Prvostepeni sudija treba da je sudija „u najboljoj formi“. On se ni po primanjima ne bi trebalo da odvajava od sudija sudova više instance. Nažalost, iskustvo govori da se tako stvari ne odvijaju u pravosudnoj organizaciji. Po našem mišljenju, pored optimalnih procesnih pravila i ličnost sudije presudno utiče na pravilnost i zakonitost suđenja i presuđenja. Pravilan izbor vršilaca sudijskih funkcija sa svim potrebnim atributima radi čuvanja ugleda profesije i pozitivne recepcije javnosti od presudnog je značaja. To je složen i zahtjevan zadatak koji ne može zaobići i izbjeći nezavisno regulatorno tijelo i nema nikakvog opravdanja za propuste i greške koje čini današnje nezavisno i regulatorno tijelo u svom najvažnijem zadatku kadrovske pravosudne komisije. Kadrovski uvid u profile kandidata ne smije biti prepušten savremenim kadrometrijskim metodama, nego bi se moralo kandidatima prići što bliže uz dugoročno praćenje i ocjenjivanje njihovog rada.

U teoriji građanskog procesnog prava, vrsni teoretičari žurno rješavanje sporova nikada nisu smatrali procesnom vrlinom, odnosno vrijednošću za kojom treba žuditi i kojoj treba stremiti. Žurba u suđenju nije cilj, već je osnovni procesni cilj donošenje pravilne i zakonite odluke. Opravdana je samo pravilna i zakonita odluka, a nikako hitno i na prečac donesena odluka. Kako istaknuti teoretičari građanskog procesnog prava ističu u svojim radovima, sama riječ „proces“, prema svome smislu i značenju, upućuje na „jedno lagano, smišljeno, dostojanstveno kretanje naprijed.“⁵⁷ Pravni teoretičari ukazuju na istoriju procesnog prava u kojoj su načela procesnog prava uslovljena i zavisna od naroda u kojem su stvorena ili „pravnog kruga“ kojem pravo tog naroda pripada. Slični životni uslovi traže slična rješenja, a različiti različita.⁵⁸ Tako se može doći i do shvatanja pravde koje postoji u konkretnoj životnoj sredini odnosno zajednici.

Počev od 19. vijeka razvija se i afirmiše shvatanje da je građanski sudski postupak ustanova u javnom interesu, pa se teži uspostavljanju odgovarajućeg balansa između dispozicionog (raspravnog) načela i inkvizicionog načela.⁵⁹ U tom pravcu se vidi uticaj raspravnog načela na uvođenje obaveznog zastupanja stranaka od kvalifikovanih pravnih zastupnika, punomoćnika, a nasuprot rješenju da se umjesto obaveznog advokatskog zastupanja uvede načelo sudskog podučavanja stranaka nevičnih pravu.⁶⁰ Dosljedno sprovedeno načelo stranačke dispozitivnosti naslanja se na pravnu prirodu građanskih subjektivnih prava. Međutim, neposredni predmet parnice nije isključivo subjektivno materijalno pravo po kojem je samo stranka *dominus litis* („gospodar spora“). Neposredni predmet parnice je pravozaštitni zahtjev za zaštitu subjektivnog građanskog prava. Od subjektivnog građanskog prava odvaja se, proizilazi, „pravo na tužbu“, koja se upućuje državnom sudskom organu, te je, po svojoj pravnoj prirodi, „pravo na tužbu“ jedan javnopravni institut. Sudska odluka, što nas vraća na temu ove rasprave, ne može da zavisi samo od volje stranaka, jer je objektivni cilj postupka ostvarenje materijalno-pravnog poretka priznavanjem od strane autoriteta vlasti subjektivnih građanskih prava onom subjektu kojem su ona nezakonito uskraćena, osujećena ili oduzeta.⁶¹

Može se postaviti pitanje da li sudijska funkcija treba da zavisi od volje parničnih stranaka i u kojoj mjeri sudija treba da postupa po službenoj dužnosti.⁶² Ako bi se, hipotetički, cjelokupni parnični postupak prepustio stranačkoj dispoziciji, ne bi bilo nikakvih garancija da sud donese pravilnu i zakonitu odluku. Sud će, eventualno, moći donijeti odluku, ali, najvjerovatnije samo u interesu i u korist bogatije, bolje zastupane i branjene stranke, nauštrb kako istine tako i siromašnije, procesno neorganizovanije i lošije branjene stranke. A to je poraz pravosuđa kao javno-pravne društvene funkcije.

Ipak, zakonodavac ove dileme rješava odnosno usložnjava zavisno od sopstvenih pogleda na parnicu. Zakonodavno se može parnica organizovati kao borba privatnih interesa stranaka pred sudom, koji je pasivni posmatrač te borbe i koji se oglašava tek nakon okončanja te borbe, da „proglasi pobjednika“. S druge strane, moguće je da zakonodavac postavi Sud u poziciju

⁵⁷ *Ibid.*, str. 124.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 3.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 4.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 5.

⁶¹ *Ibid.*, str. 24.

⁶² *Ibid.*, str. 25.

odlučivanja u sporu o građanskom pravu kada parnica ima javno-pravnu funkciju a nezavisni sud predstavlja državni organ iz treće grane vlasti. Nema sumnje da ovaj drugi pristup preovlađuje u domaćoj, evropsko-kontinentalnoj, tradiciji parničnog pravosuđa, koja se oslanja na germanski uzor. Tada će načela ZPP morati sadržavati i princip sudskog rukovođenja parnicom, zbog čega bi se morao očuvati i uticaj inkvizicione maksime na tok postupka.⁶³ Po našem mišljenju, reformisano građansko parnično pravosuđe ne bi trebalo da postane „stranačka stvar“ ili njihovo sredstvo za rješenje spora po nečijoj, jačoj, volji. Građanski parnični postupak mora obezbijediti da sud, kao državni organ, nakon iscrpljivanja stranačke dispozicije pokretanjem spora tužbom (i kasnijim ulaganjem propisanih pravnih lijekova), parnični postupak vodi *ex officio*.⁶⁴ Nesumnjivo, stoji da je bitan položaj sudije u parnici da, s pozicije javnog interesa, omogućiti adekvatno promovisanje privatnih interesa parničnih stranaka, omogućavajući im ravnopravno sporenje i pravednu presudu.⁶⁵

Učešće trećih lica u sudskom postupku

Opšte pravilo za učešće trećih lica u parnici nalazimo prvenstveno u odredbama Zakona o parničnom postupku BiH.⁶⁶

Učešće trećih lica (umješača) u parničnom postupku za zaštitu od diskriminacije uređeno je odredbom člana 16. Zakona o zabrani diskriminacije:

„(Učešće trećih lica)

(1) U postupku koji se pokreće u skladu s članom 12. ovog zakona može se, u skladu s pravilima parničnog postupka, kao umješač na strani lica ili grupe lica koja tvrde da su žrtve diskriminacije pridružiti tijelo, organizacija, ustanova, udruženje ili drugo lice koje se u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.

(2) Sud će dopustiti učešće umješača samo uz pristanak tužioca.

(3) Umješač će učestvovati i preduzimati radnje u postupku sve do izričitog opoziva pristanka tužioca.

(4) Bez obzira na ishod parnice, umješač sam snosi troškove svog učešća u parnici.“

Ustavni sud Bosne i Hercegovine utvrdio je u predmetu po apelaciji AP-4179/12 da u slučaju kolizije Zakona o zaštiti od diskriminacije i Zakona o parničnom postupku, Zakon o zaštiti od diskriminacije ima status *lex specialis*.

⁶³ *Ibid.*, str. 36.

⁶⁴ *Ibid.*, str. 37.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 38.

⁶⁶ Odredbom člana 306 ZPP-a učestvovanje umješača je regulisano na sljedeći način: „(1) Lice koje ima pravni interes da, u parnici koja teče među drugim licima, jedna od stranaka uspije, može se pridružiti toj stranci. (2) Umješač može stupiti u parnicu u toku cijelog postupka sve do pravosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu, te u toku postupka nastavljenog podnošenjem vanrednog pravnog lijeka. (3) Izjavu o stupanju u parnicu umješač može dati na ročištu ili pismenim podneskom. (4) Podnesak umješača dostavlja se objema parničnim strankama, a ako je izjava umješača data na ročištu, prijepis tog dijela zapisnika dostavit će se samo onoj stranci koja je s ročišta izostala.“ („Službeni glasnik BiH“, broj 36/04, 84/07 i 58/13).

Uloga Ombudsmana BiH u sudskom postupku⁶⁷

Primarna funkcija ombudsmana ogleda se u tome da djeluje kao bitan mehanizam u zaštiti ljudskih prava tako što izdaje preporuke za zaštitu lica od diskriminacije. No, Institucija ombudsmana BiH, u okviru svojih nadležnosti, može pokrenuti prekršajni i krivični postupak u slučajevima diskriminacije pojedinaca, odnosno intervenirati u toku postupka koji se već vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njenih dužnosti.⁶⁸

Pored toga, u aktuelnom zakonskom okviru ombudsman može pokretati i sudske postupke, bilo u korist pojedinca ili u vlastito ime. Potonja opcija naročito je značajna u oblasti diskriminacije, jer omogućava utuživanje i u slučajevima u kojima nema konkretne žrtve (npr. konkurs za posao koji sadrži diskriminatorne elemente) ili u situacijama u kojima postoji strah kod potencijalnih žrtava od negativnih posljedica ukoliko sami podnesu tužbu. Dodatni način na koji se ombudsmanu daje mogućnost da sudjeluje u sudskom postupku jeste intervencija u ulozi treće strane. Prema članu 16 ZZD-a, ombudsman može intervenirati u sudskom postupku tako što će se pojaviti na strani žrtve diskriminacije, odnosno na strani tužioca, i na taj način ojačati njihov položaj u postupku. Potencijalno značajna uloga ombudsmana u svojstvu prijatelja suda, koji bi u sudskom postupku pojašnjavao određena pravna ili faktička pitanja iz oblasti diskriminacije, nažalost, **nije predviđena aktuelnim zakonskim rješenjem.**

No, i pored navedenih široko postavljenih ovlašćenja, ombudsman još uvijek zazire od angažmana u sudskim postupcima, prvenstveno zbog sveprisutnog nedostatka resursa, ali i zbog restriktivne interpretacije vlastite uloge u domenu zaštite od diskriminacije, koju predstavnici ove institucije vide kao strogo i potpuno odvojenu od one koju imaju sudovi.

U slučaju diskriminacije, građanin u Bosni i Hercegovini ima pravo da podnese žalbu ombudsmenu, da pokrene postupak za zaštitu od diskriminacije pred sudom ili da učini i jedno i drugo. Rokovi za obraćanje ovim institucijama se razlikuju. U slučaju obraćanja sudu, pojedinac za pokretanje postupka ima subjektivni rok od tri godine, odnosno objektivni rok od pet godina.⁶⁹ S druge strane, opšti rok za podnošenje žalbi instituciji ombudsmana je godina od nastupanja događaja na koji se pojedinac žali. U praksi, preporuka ombudsmana u sudskom postupku po istom slučaju diskriminacije najčešće se koristi kao dokaz da je došlo do povrede prava, pa sudovi uglavnom odlučuju na isti način kao i ombudsman. Tada sudu preostaje samo da utvrdi obim povrede prava, te vrstu Zakonom predviđene sankcije, ali u konkretnom slučaju Sud nije obavezan da prihvati preporuku institucije ombudsmana.

⁶⁷ Navedeno prema: Hanušić Adrijana, sažetak zasnovan na nalazima izvještaja autorice *Ombudsmen u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problemi* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2012), dostupno na http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/analitika_-_izvjestaj_-_ombudsman_10maj2013_bhs.pdf.

⁶⁸ Zakon o Ombudsmanu za ljudska prava BiH, član 4, stav 2. „*Službeni glasnik BiH*“, br. 19/02 i 32/06.

⁶⁹ Zakon o zabrani diskriminacije, član 13, stav 4. „*Službeni glasnik BiH*“, broj 59/09 i 66/16.

Prema odredbama Zakona o zabrani diskriminacije predviđena je uloga ombudsmana kao centralne institucije za zaštitu od diskriminacije.⁷⁰ Značajnu ulogu ombudsmana predviđa i Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine (ZUS BiH).⁷¹ Prema odredbi člana 2. stava 2. navedenog zakona, *upravni spor može pokrenuti i Ombudsman za ljudska prava BiH, a i intervenirati u postupku koji je u toku kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je konačnim upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, prava i slobode građana garantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima navedenim u Aneksu 1. Ustava Bosne i Hercegovine.*

⁷⁰ Član 7. (Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije)

(1) Centralna institucija nadležna za zaštitu od diskriminacije je Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ombudsman Bosne i Hercegovine).

(2) Ombudsman Bosne i Hercegovine postupa u skladu s ovim zakonom i Zakonom o ombudsmanu za ljudska prava BiH na način da u okviru svoje nadležnosti:

- a) zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom;
- b) fizičkim i pravnim licima koja su podnijela žalbu zbog diskriminacije daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite;
- c) povodom žalbe Ombudsman Bosne i Hercegovine može odlučiti da ne prihvati žalbu ili da pokrene istražni postupak u skladu s posebnim propisima;
- d) predlaže pokretanje postupka medijacije u skladu s odredbama Zakona o medijaciji;
- e) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije;
- f) podnosi godišnji, a prema potrebi i vanredne izvještaje o pojavama diskriminacije Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine, Narodnoj skupštini Republike Srpske i Skupštini Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine;
- g) informira javnost o pojavama diskriminacije;
- h) na vlastitu inicijativu, provodi istraživanja u oblasti diskriminacije;
- i) daje mišljenja i preporuke s ciljem sprečavanja i suzbijanja diskriminacije, te predlaže odgovarajuća zakonska i druga rješenja nadležnim institucijama u Bosni i Hercegovini;
- j) ima pravo da pokreće i učestvuje u postupku za zaštitu od diskriminacije za prekršaje propisane ovim zakonom;
- k) prati zakonodavstvo i daje savjete zakonodavnim i izvršnim organima;
- l) radi na promociji ovog zakona, informira javnost, podiže svijest, provodi kampanje i na druge načine aktivno promovira borbu protiv diskriminacije u svrhu njene prevencije;
- m) unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje.

(3) Ombudsman Bosne i Hercegovine pri izradi redovnih izvještaja, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije sarađuje s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava grupa izloženih visokom riziku diskriminacije.

(4) Ombudsman Bosne i Hercegovine pruža pomoć licima ili grupama lica koja se obraćaju međunarodnim tijelima za zaštitu od diskriminacije u davanju uputstava, savjeta, konsultacija u toku postupka, prijedloga i preporuka.

(5) Institucija ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine će u svrhu ostvarivanja svoje nadležnosti uspostaviti poseban odjel koji bi isključivo razmatrao predmete navodne diskriminacije u pogledu postupanja javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim oblastima života.

U budžet Institucije ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine bit će uvrštena posebna budžetska stavka neophodna za funkcioniranje specijalnog odjela/specijalnih odjela za borbu protiv diskriminacije.

(6) Sve državne institucije, entitetske, kantonalne i tijela Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinske, institucije i pravna lica s javnim ovlaštenjima, te ostala pravna i fizička lica dužna su, na zahtjev Ombudsmana Bosne i Hercegovine, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva, dostaviti tražene podatke i dokumente.

(7) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini obavezne su sarađivati s Ombudsmanom Bosne i Hercegovine i davati pismeno odgovore i obavještenja u roku koji je Ombudsman Bosne i Hercegovine odredio i o efektu preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije.

⁷¹ „Službeni glasnik BiH“ br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10).

Odredba člana 60. ZUS BiH daje značajna ovlaštenja Instituciji ombudsmana, jer *ponavljanje postupka i zahtjev za preispitivanje sudske odluke može podnijeti i ombudsman za BiH ako je sudjelovao u postupku upravnog spora ili kada u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom i instrumentima Aneksa Ustava BiH*. Po našem mišljenju, u cilju pravilnijeg pozicioniranja ombudsmana u sudskom postupku, trebalo bi inicirati da se njegova uloga kod ulaganja pravnih lijekova u upravnom sporu koncentriše na pravo ulaganja zahtjeva za zaštitu zakonitosti. Kao što je pravničkoj javnosti dobro poznato, zahtjev za zaštitu zakonitosti je tradicionalno u našem procesnom pravu imao pravo ulagati javni tužilac. Javni tužilac je lice koje nije učestvovalo ni u jednom parničnom postupku ili upravnom sporu. Prema sadašnjem zakonskom rješenju, koje ne smatramo najprimjerenijim, *protiv konačne odluke Upravnog odjela Suda BiH i protiv konačne odluke najvišeg suda Brčko Distrikta BiH donesene u upravnom sporu, pravobranilac Bosne i Hercegovine može podnijeti zahtjev za zaštitu zakonitosti*.⁷² Ovoj odredbi, po našem mišljenju, ako ostane na snazi u sadašnjem obliku, nedostaje formulacija, „*ako nije učestvovao u upravnom sporu*“. Najzad, a u smislu *de lege ferenda*, predlažemo „preseljenje“, uz neophodne adaptacije, odredaba čl. 67-75 ZUS BiH (VIII-POSTUPAK ZAŠTITE SLOBODA I PRAVA GRAĐANA ZAJEMČENIH USTAVOM).

U odnosu na pravosudne institucije Ombudsman za ljudska prava BiH djeluje u okvirima nadležnosti iz odredbe člana 1. Zakona o ombudsmanu za ljudska prava BiH⁷³

Odredbom člana 4. stav 1. Zakona o ombudsmanu za ljudska prava BiH propisano je da je Institucija nadležna da provodi istrage po žalbama zbog lošeg funkcionisanja sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta i da preporuči odgovarajuće pojedinačne ili opšte mjere. Stavom 2. istog člana ombudsmanu je zabranjeno miješanje u proces odlučivanja sudova, ali mu je ostavljena opcija da može pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u postupak koji je u toku, ako je to neophodno pri obavljanju njegovih dužnosti. Može se pojaviti i kao savjetodavni organ tijela vlasti koje je strana u postupku (tužilac ili tuženi).

U skladu s takvom pozicijom, Institucija ombudsmana konkuriše zakonom utvrđenoj poziciji i ulozi državnog pravobranioca, koji ima prvenstvenu ulogu zastupnika države pred sudovima, tj. Sudom Bosne i Hercegovine.⁷⁴ Prema Zakonu o ombudsmanu za ljudska prava BiH,

„Ombudsman za ljudska prava BiH je nezavisna institucija uspostavljena u cilju promocije dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajamčeno posebno Ustavom BiH i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava, koja će s tim u vezi nadgledati aktivnosti institucija BiH, njenih entiteta i distrikata Brčko, saglasno odredbama ovog zakona.“

Odredbom člana 32. stav 1. istoga zakona je propisano: *Ombudsman može dati preporuke tijelima vlade u Bosni i Hercegovini...*“ Tako je, Preporukom broj P-79/17 od 03.04. 2017.

⁷² Član 55. Zakona o upravnim sporovima BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10)

⁷³ „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/04, 32/06)

⁷⁴ Član 13. Zakona o pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 08/02, 10/02, 44/04, 102/09, 47/14).

godine upućenom Visokom sudskom i tužilačkom savjetu i Apelacionom sudu Brčko distrikta BiH, naloženo: „1. Da poduzmu neophodne radnje kako bi se osigurao redovan rad Apelacionog suda Brčko distrikta BiH i odlučivanje po predmetima koji su uvjetovani odlučivanjem u vijeću sudija; 2. Da u roku od trideset (30) dana od dana prijema preporuke obavijeste Ombudsmene za ljudska prava BiH o realizaciji ovih preporuka.“

Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine⁷⁵ u odredbi člana 87. stav 1. dodijelio je naglašenu monitoring ulogu ombudsmanu, jer se, prema izričitoj zakonskoj odredbi, *isključenje javnosti ne odnosi na stranke, njihove zakonske zastupnike, punomoćnike i umješake i ombudsmana*. Prema odredbi člana 89. koja dopunjuje navedenu odredbu ZPP pred Sudom BiH, *odredbe o javnosti na glavnoj raspravi na odgovarajući način će se primjenjivati i na pripremnom ročištu, na ročištu izvan glavne rasprave pred Sudom, te na ročištu pred zamoljenim sudom*. Kompatibilna s ovim odredbama je odredba člana 1. stav 1. Zakona o ombudsmanu za ljudska prava BiH, po kojoj, *će ombudsman nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko, u skladu s odredbama Zakona o ombudsmanu za ljudska prava BiH*.

Za razliku od građanskog procesnog zakonodavstva BiH, krivično procesno zakonodavstvo BiH⁷⁶ ne sadrži ovako izričitu odredbu. Odredba člana 234. ZKP BiH predviđa opštu javnost glavnog pretresa. Odredba člana 235 ZKP BiH propisuje uslove za isključenje javnosti, dok odredba člana 236. ZKP BiH propisuje na koga se ne odnosi isključenje javnosti, a to su stranke, branilac, oštećeni, zakonski zastupnik i punomoćnik. Sud može dozvoliti da javnom pretresu na kojem je javnost isključena budu prisutna službena lica, naučni i javni radnici, a na zahtjev optuženog može dozvoliti prisustvo bračnom/vanbračnom drugu ili bliskim srodnicima.

Zaključak

U bosanskohercegovački pravni sistem institucija ombudsmana transplantirana je iz skandinavskog pravnog kruga. U skandinavskom građanskom parničnom zakonodavstvu specifičnost je institucija ombudsmana. „Švedski model“ karakteriše dogovorno i beskonfliktno rješavanje sporova. Težište postupanja „civilnog ombudsmana“ je arbitražno posredovanje kako bi na takav način stranke riješile spor, a istovremeno kontroliše ustavnost i zakonitost rada i postupanja državnih i administrativnih organa, pa tako i suda. Snaga odluke skandinavskog ombudsmana je u tzv. *deliberaciji*, što podrazumijeva odlaganje izvršnosti sudskog akta koji je predmet ocjene, do konačne odluke vrhovnog suda.⁷⁷

⁷⁵ „Službeni glasnik BiH“, br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16

⁷⁶ Zakon o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 03/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 86/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09. 72/13)

⁷⁷ Sanjin Omanović, *Izvjeste parnične utenzilije u uporednom pravu*, Zbornik radova-Međunarodna naučna konferencija: *Primjena zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Pale, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu (2007) str. 372.

U uporednom pravu nisu sve zemlje prihvatile instituciju ombudsmana niti su mu dali ulogu u parničnom postupku. Kritika pokušaja implementacije ombudsmana je zapažena u angloameričkom pravu od tamošnjih uglednih pravnika. Američki pravници smatraju da u američkom pravu postoje dovoljne garancije koje obezbjeđuju potrebna prava stranaka u sudskom civilnom postupku kao i u administrativnom i krivičnom postupku.

Većina savremenih građanskih postupaka evropsko-kontinentalnog pravnog kruga garantuje najveći stepen zaštite prava stranaka u parničnom postupku, prvenstveno visokom profesionalizacijom advokatske službe. Tako je u italijanskom, njemačkom i austrijskom građanskom procesnom pravu.⁷⁸

U Bosni i Hercegovini, koja je u svom burnom tranzicionom periodu nekritički transplantirala strana pravna rješenja i institucije, političke težnje zakonodavca da instituciju ombudsmana legalizuje kao nacionalnu, državnu, instituciju, nisu pratila i adekvatna zakonodavna rješenja. Ako bi slijedili skandinavski model, koji je poslužio kao uzor u Bosni i Hercegovini, ombudsmeni bi morali biti aktivni subjekti u postupku medijacije prema pravilima sadržanim u entitetskom građanskom parničnom zakonodavstvu. Tako postavljena uloga ombudsmana ne bi protivurječila načelu sudijske nezavisnosti. Ako pođemo od etičkih principa sadržanih u Kodeksu sudijske etike⁷⁹, konstatovano je: „*Nezavisno pravosuđe predstavlja pravo svakog građanina u Bosni i Hercegovini. Sudija ima slobodu da pošteno i nepristrasno odlučuje na osnovu zakona i dokaza, bez ikakvog pritiska ili uticaja.*“ Nezavisnost pravosuđa je pravo građana Bosne i Hercegovine, preduslov za vladavinu prava, statusna pozicija sudije u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast, javnost, medije, druge institucije društva i stranke u postupku i svoje kolege.⁸⁰ U Kodeksu sudijske etike navodi se :“*Sudija će odbiti svaki pokušaj uticaja na njegove odluke i izvan sudskog postupka.*“⁸¹

Da li je bosansko-hercegovački zakonodavac možda pogriješio kada je oprezno normirao ulogu ombudsmana u sudskim postupcima? Odgovor je odričan, nije. A, zašto? Zato jer je ombudsman državni organ čije bi učešće na jednoj strani kontradiktornog sudskog postupka vodilo u procesnu neravnotežu, neravnopravnost i povredu osnovnih principa građanskog parničnog pravosuđenja. Ombudsman ostaje faktor prevencije i regulacije koji svojim aktivnostima i autoritetom odnosno ugledom otklanja tendencije kršenja ljudskih prava u radu državnih organa pretežno zakonodavne i upravne vlasti, a djelimično i odmjereno i sudske vlasti. Kao svaka nova institucija ona se treba dokazati, o čemu svjedoče brojne revalorizacije njenog dosadašnjeg rada i rezultata takvog rada.

Ombudsman ima funkciju da preventivno djeluje na uočavanju i otklanjanju tendencija kršenja ljudskih prava koje se javlja u radu državnih organa zakonodavne upravne i sudske vlasti. Pošto je sudska vlast pod opservacijom i ingerencijom Ustavnog suda BiH, ali i Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, polje djelovanje ombudsmana ostaje zakonodavna i upravna vlast. Da li su alati kojima se sada služi ombudsman pravilno i adekvatno normirani treba posebno, multidisciplinarno, preispitati raspravama u stručnim i naučnim krugovima.

⁷⁸ *Ibid.*, str. 374.

⁷⁹ „Službeni glasnik BiH“, broj: 13/06.

⁸⁰ *Ibid.*, tačka 1. nezavisnost.

⁸¹ *Ibid.*, tačka 1. podtačka 1.6.

LITERATURA

- Hanušić, Adrijana (2012), *Ombudsman u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problemi*, Sarajevo, Analitika-Centar za društvena istraživanja;
- Marković, Č. Milivoje (1977), *Osnovna načela parničnog postupka*, Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu;
- Omanović, Sanjin (2007), *Izvjesne parnične utenzilije u uporednom pravu*, Zbornik radova-Međunarodna naučna konferencija: *Primjena zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Pale, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu;
- Šarčević Edin, ur., (2017), *Ombudsmani za ljudska prava-bilans jednog neuspjeha*, Sarajevo, Centar za javno pravo.

Zlatko Kulenović⁸²

OMBUDSMAN ZA LJUDSKA PRAVA BIH KAO STRANKA U UPRAVNOM POSTUPKU

Uvod

Institucija Ombudsmana u novonastalim državama - bivšim republikama SFRJ, nije nepoznanica. U Republici Sloveniji („varuh človekovih pravic“) postoji već od 1991. godine⁸³, u Republici Hrvatskoj⁸⁴ (pučki pravobranitelj), od 1992. godine⁸⁵, u Republici Srbiji („zaštitnik građana“) od 2005. godine⁸⁶, u Republici Makedoniji⁸⁷ („narodniot pravobranitelj“) od 2001. godine, a u Republici Crnoj Gori⁸⁸ („zaštitnik ljudskih prava i sloboda“) od 2011. godine. U državno-pravni sistem BiH, Dejtonski mirovni sporazum uvodi instituciju Ombudsmana u decembru 1995. godine. Imajući u vidu da u državi BiH i njenim državotvornim komponentama-entitetima, a počev od 01.03.2000. godine i Brčko Distriktu BiH⁸⁹, u smislu odredbe člana 2. Aneksa II na Ustav BiH, postoji kontinuitet pravne snage, pa time i primjene svih zakona i drugih opštih akata, postojećih u BiH u času stupanja na snagu Ustava BiH, uvođenje Ombudsmana u tako Ustavom utvrđen i zakonima razrađen državno-pravni sistem BiH je predstavljao apsolutnu novinu. To je protekom vremena otvorilo mogućnost lutanja zakonodavca u potrazi za adekvatnim zakonskim rješenjem, u pravcu normiranja položaja i nadležnosti Ombudsmana, a koje bi udovoljilo proklamovanoj funkciji Ombudsmana⁹⁰, s jedne strane, a sa druge, zahtjevima ustavnog načela vladavine prava (uključujući dobru upravu) i obezbjeđenju poštovanja principa demokratskih standarda zaštite ljudskih prava.

Posebnu poteškoću je predstavljala i činjenica da su sve do operacionalizacije Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava u BiH (2004/2005 godina), paralelno sa tom institucijom, egzistirale i entitetske institucije ombudsmana.

Raznovrsni faktori: brojnost ombudsman institucija na teritoriji države BiH, sa nerijetko i uzajamnim nerazumijevanjem između Ombudsmana BiH i entitetskih Ombudsmana, naročito u vrijeme mandata posljednjeg stranog Ombudsmana BiH Frenka Ortona, pravni položaj institucije ombudsmana BiH, široka zakonom propisana nadležnost, kako u sudskom, tako i u upravnom postupku, te izostanak stvarne volje zakonodavca da se posveti suštini pravnog bića

⁸² Sudija, Ustavni sud Republike Srpske.

⁸³ Član 159 Ustava Republike Slovenije iz 1991. godine i Zakon o varuhu človekovih pravic iz 1993. godine.

⁸⁴ Član 93 Ustava Republike Hrvatske.

⁸⁵ (Prvi) Zakon o pučkom pravobranitelju, Narodne novine RH, br. 60/92.

⁸⁶ Zakon o zaštitniku građana iz 2005. g, te član 138. Ustava Republike Srbije iz 2006. godine.

⁸⁷ Član 77. Ustava Republike Makedonije (amandman XI na član 77, 2001.god.) , Zakon za narodniot pravobranitelj iz 2003. god.

⁸⁸ Član 81. Ustava Republike Crne Gore iz 2007., Zakon o zaštitniku/ci ljudskih prava i sloboda iz 2011. god.

⁸⁹ Uspostavljen Arbitražnom odlukom od 05.3.1999. godine, koja je stupila na pravnu snagu 01.03.2000. godine i koja se temelji na odredbi člana 5. Aneksa II uz Dejtonski mirovni sporazum.

⁹⁰ Član 1. Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 19/02, 35/04 i 32/06, u daljem tekstu:ZOLJP).

ombudsmana, doveli su do zakonskog rješenja u Zakonu o upravnom postupku BiH kojim se Ombudsmanu BiH izričito daje svojstvo stranke u upravnom postupku, ukoliko on ocijeni da je upravni postupak potrebno pokrenuti radi ostvarivanja prava sloboda građana garantovanih Ustavom BiH i relevantnim međunarodnim dokumentima⁹¹.

Ovakvim zakonskim normiranjem, otvoreno je pitanje da li je ono u skladu sa važećim pravnim shvatanjem (teorijskim i zakonskim) pravne prirode stranke u upravnom postupku, te da li se tom normom ZUP BiH Ombudsmanu BiH daje viši nivo ovlaštenja nego što mu pripada po samom Zakonu o Ombudsmenu za ljudska prava BiH.

Ombudsman za ljudska prava BiH- osnovne nadležnosti

Saglasno ZOLJP, Institucija je uspostavljena u cilju promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajamčeno posebno Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava. S tim u vezi, Ombudsmeni BiH nadgledaju aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko, saglasno odredbama tog zakona (član 1 ZOLJP). Institucija djeluje po prijemu žalbe ili po službenoj dužnosti (član 2. stav 2. ZOLJP).

Ombudsman razmatra predmete koji se odnose na slabo funkcioniranje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od strane bilo kojeg tijela vlasti u Bosni i Hercegovini (član 2. stav 1. ZOLJP). U vršenju ove nadležnosti, može sprovoditi istrage u svim žalbama o povredi ljudskih prava i sloboda koje su navodno počinile vojne vlasti (član 3. ZOLJP), kao i istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcioniranje sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta. Kao ishod tih istraga, Ombudsmen može preporučiti odgovarajuće pojedinačne ili opšte mjere (član 4. stav 1. ZOLJP).

Ombudsman nema ovlaštenje da se miješa u proces odlučivanja sudova, ali može pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u toku postupka koji se vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njegovih dužnosti. Ovlašten je davati preporuke tijelu vlasti u Bosni i Hercegovini koje je strana u postupku, a može primati savjete od strane u postupku (član 4. stav 2. ZOLJP).

Ombudsman je ovlašten da proslijedi predmete o navodnim povredama ljudskih prava najvišim sudskim organima Bosne i Hercegovine koji su nadležni za pitanja ljudskih prava, saglasno pravilima koja regulišu ulaganje žalbe tim organima, kad god ustanovi da je to neophodno za efikasno provođenje njegovih dužnosti (član 6. ZOLJP). Odluke donosi u formi preporuke, odluke i izvještaja⁹², a protiv odluka Institucije žalba nije dozvoljena (član 22. ZOLJP).

Zakoni o upravnom postupku u BiH: ZUP BiH, ZUP F BiH, ZOUP RS i ZUP Brčko Distrikta BiH

⁹¹ Član 42. stav 4. ZUP BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 29/02, 12/04 88/07 93/09 41/13 i 53/16).

⁹² Član 9. Pravila institucije Ombudsmana za ljudska prava BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 104/11).

Odredbom člana 41. ZUP BiH je definisano da je stranka u upravnom postupku lice po čijem je zahtjevu pokrenut ili protiv koga se postupak vodi, ili koje, radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa, ima pravo učestvovati u postupku.

U prva 3 stava člana 42. ZUP BiH, propisano je ko može biti stranka u upravnom postupku. To može biti svako fizičko ili pravno lice, a svojstvo stranke može imati i organ uprave i drugi organ, naselje, grupa lica i drugi koji nemaju svojstvo pravnog lica, ako mogu biti nosioci prava i obaveza o kojima se rješava u upravnom postupku. Pored toga, stranka može biti i sindikalna organizacija, ako se upravni postupak odnosi na kakvo pravo ili pravni interes državnog službenika u organima uprave, kao i radnika u instituciji koja ima javna ovlaštenja. Gotovo identično je i zakonsko rješenje u ZUP F BiH/Brčko Distrikta BiH te u ZOUP RS.

Međutim, u stavu 4. člana 42. ZUP BiH se izričito propisuje da Ombudsman može biti stranka u upravnom postupku: “kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da ima osnova za pokretanje upravnog postupka, radi ostvarivanja prava i sloboda građana zagarantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i instrumentima navedenim u Aneksu 6 Opšeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.”

Entitetski zakoni o (opštem) upravnom postupku, kao ni ZUP Brčko Distrikta nemaju ovakvu odredbu. Ipak, odredbom člana 49. stav 4. ZUP F BiH, Ombudsmenu je omogućeno prisustvo upravnom postupku do pravosnažnosti upravnog akta, kao i u postupcima po vanrednim pravnim lijekovima.

U smislu odredbe člana 36. stav 4. ZUP Brčko Distrikta BiH: “Kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti ombudsmen utvrdi da je konačnim upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo prava i slobode građana zajamčeni Ustavom BiH i Statutom Distrikta, on može prisustvovati i učestvovati u upravnom postupku do donošenja pravosnažne sudske odluke i u postupcima vanrednih pravnih lijekova.”

Svojstvo stranke u upravnom postupku

Strankom u upravnom postupku se smatra ono lice (fizičko ili pravno), te izvjesni kolektivitet ili državni organ, koji iako nema pravnu sposobnost, može biti nosilac nekog prava ili obaveze o kojem se odlučuje u upravnom postupku, po čijem zahtjevu se vodi postupak (aktivna stranka), ili protiv koje se vodi postupak (pasivna stranka), ili pak koja radi zaštite i ostvarenja svojih na zakonu zasnovanih interesa ima pravo da učestvuje u upravnom postupku (uzgredna stranka, zainteresovano lice). Samo poslovno sposobno lice može samostalno preduzimati radnje u postupku (procesna sposobnost). Poslovno nesposobno lice u upravnom postupku zastupa zakonski zastupnik, čiji se obim ovlaštenja određuje aktom nadležnog organa o određivanju zakonskog zastupnika. Stranka može imati punomoćnika, na koga može prenijeti dio ili sva svoja procesna ovlaštenja.

Za shvatanje i pravilno određivanje pojma stranke, nužno je poznavati vrste upravnog postupka u kome se stranka pojavljuje. Tako, zakoni o (opštem) upravnom postupku u Bosni i Hercegovini

poznaju jednostranačku i višestranačku upravnu stvar. Jednostranačkom upravnom stvari se definiše ona upravna stvar u kojoj se u postupku pojavljuje samo jedno lice ili više njih, ali koje zajednički nastupaju (kojima je pravni interes ideničan, isti). Ovdje je korisno napomenuti da zakonodavac poznaje i definiše tzv. procesnu zajednicu. Ona će postojati kada dva ili više lica zajedno imaju isti pravni interes i traže donošenje jednog rješenja, ili kada organ donosi rješenje koje se odnosi na više lica (npr. rješenje o eksproprijaciji nepokretnosti koja je suvlasništvo više lica, ukoliko su svi suvlasnici saglasni sa eksproprijacijom).

Višestranačka/kontradiktorna upravna stvar je ona u kojoj postoje dva ili više lica čiji su interesi međusobno suprotstavljeni. Ovdje je moguće postojanje nekoliko različitih situacija:

- a) kolidirajuće stranke - stranke sa suprotnim interesima, ali koje ne stoje ni u kakvom međusobnom pravnom odnosu; te
- b) kontranne/protivstranke - između njih postoji međusobni, uzajamni pravni odnos

Dakle, osnovne pretpostavke stranačkog djelovanja u tom smislu su:

- stranačka sposobnost (tj. sposobnost biti nosilac prava i obveza o kojima se odlučuje u upravnom postupku),
- procesna sposobnost – *legitimatio ad processum* (sposobnost samostalnog preduzimanja procesnih radnji u upravnom postupku), te
- stranačka legitimacija – *legitimatio ad causam* (postojanje neposrednog odnosa između predmeta o kojem se u upravnom postupku odlučuje i prava ili obaveze konkretnog lica).

Odnos odredbe člana 42.stav 4. ZUP BiH i ZOLJP

Prema sadržaju ZOLJP, Ombudsman je preventivni i korektivni faktor ažurnog, ispravnog i zakonitog funkcionisanja organa države, entiteta i distrikta, u pravcu ostvarenja prava i sloboda građana. Takva uloga Ombudsmana upravo proizlazi iz njegove zakonom propisane pozicije i nadležnosti. Prema tome, Ombudsman je nezavisni kontrolni organ.

Obzirom na ovakvu, zakonom propisanu pravnu prirodu Ombudsmana i takođe zakonom ustanovljenu funkciju kontrolora, teško bi bilo odbraniti zakonsko određenje da Ombudsman ima svojstvo stranke, čak i kada nađe da ima osnova za pokretanje upravnog postupka, radi ostvarivanja prava i sloboda građana.

Posmatrano sa aspekta nomotetike i nomotehnike, ova odredba ZUP je nepravilna. Naime, u smislu odredbe člana 114. ZUP BiH, upravni postupak se pokreće po službenoj dužnosti ili povodom zahtjeva stranke. Dakle, Ombudsman ne može pokrenuti postupak, već samo zahjtevom tražiti pokretanje upravnog postupka.

No, van je sumnje da, *per se*, Ombudsman ima stranačku sposobnost, jer može biti nosilac prava i obaveza, ali onih koja su direktno vezana za neki pojedinačni upravnopravni interes ili obavezu institucije, o kome se odlučuje u upravnom postupku (npr. poreske obaveze institucije Ombudsmana, inspeksijski nadzor na zakonitošću primjene radnopravnog zakonodavstva na zaposlene u instituciji Ombudsmana, ili institucija Ombudsmana kao investitor u oblasti

urbanizma i građenja). No, teško je zamisliti da se stranačko svojstvo Ombudsmana temelji na, pa i crpi iz njegove zakonom definisane pozicije „kontrolora“ zakonitosti i pravilnosti rada izvjesnog upravnog organa u izvjesnom upravnom postupku u kome se odlučuje o, opet izvjesnom, pravu, slobodi ili obavezi pojedinca, tj. stranke iz člana 41. ZUP BiH. Stranačko svojstvo Ombudsmana u ovom smislu je, naime, teško zamisliti s obzirom da se ova odredba ZUP BiH temelji na materijalnopravnom odnosu lica prema nekoj upravnoj stvari, koja je uvijek pojedinačna, tj. odnosi se na tačno određeno lice i dejstvo odlučivanja se proteže samo na to lice.

Stranačko svojstvo Ombudsmana, kako je propisano odredbom člana 42. stav 4. ZUP BiH, više upućuje na to da je Ombudsman supstituent stvarne stranke iz upravnog postupka, o čijim pojedinačnim pravima, slobodama ili obavezama se treba ili mora odlučivati u upravnom postupku. Međutim, treba voditi računa o činjenici da je u pravilu izvjestan materijalnopravni interes stranke (kao predmet upravnog postupka) neprenosiv, tj. u upravnom postupku stranka egzistira (procesno djeluje) lično, u svoje ime i za svoj račun. Ona na drugo lice može prenijeti svoja procesna ovlaštenja, i tada to drugo lice postupa u svoje ime, ali za račun (u materijalnopravnom interesu) stranke. To lice ima svojstvo punomoćnika, a uz ispunjenje uslova propisanih posebnim zakonom i ZUP BiH, u upravnom postupku javlja se i zakonski zastupnik, privremeni zastupnik i zajednički predstavnik. Iz same sadržine ZOLJP i ZUP BiH, jasno slijedi da se Ombudsman ne može pojaviti u upravnom postupku ni u jednoj od ovih uloga.

Postavlja se dakle, pitanje da li je takvo supstituisanje moguće i potrebno. Prema ovoj odredbi ZUP BiH, potreba za pokretanjem postupka se javlja kada Ombudsman, temeljem predstavke (žalbe, aplikacije) građanina ili putem drugog vida saznanja o potrebi ili mogućnosti izvršavanja svoje nadležnosti (npr. saznanje o nekoj pojavi temeljem informacija iz medija), zaključi da je potrebno pokrenuti upravni postupak. U takvoj situaciji, na scenu stupa upravo suština postojanja Ombudsmana i to prvenstveno savjetodavna - u odnosu na lice o čijim pravima i slobodama je riječ. Ta savjetodavna funkcija se sasvim izvjesno ostvaruje uputom licu da ono, a ne Ombudsman, zahtjevom traži pokretanje odgovarajućeg upravnog postupka. Po pokretanju postupka povodom zahtjeva stvarne stranke, može doći do izvršavanja nadležnosti Ombudsmana (preventivne i korektivne), ali tek ako se pokaže da se upravni postupak vodi na način suprotan zakonu, u pravcu onemogućavanja lica da ostvari svoja prava i slobode. Stoga se može zaključiti da je odredba člana 42. stav 4. u nepotrebnoj koliziji sa odredbom člana 41. ZUP BiH.

Imajući u vidu da u smislu ZOLJP Ombudsman nije zakonski zastupnik stranke, niti je njen punomoćnik, normativno rješenje iz odredbe člana 42. stav 4. ZUP BiH, vrlo se lako može pretvoriti u svoju suprotnost. Naime, nije isključena mogućnost da stranke od institucije Ombudsmana upravo zahtijevaju pokretanje upravnog postupka pozivom na ovu odredbu ZUP BiH, iako nema nikakve prepreke da to same učine. Time bi došlo do preopterećenja rada institucije Ombudsmana, pretjeranog angažmana resursa institucije i rasplinjavanja rada, što pak vodi ka realnom onemogućavanju efikasnog izvršavanja nadležnosti Ombudsmana u drugim područjima promocije poštovanja ljudskih prava i sloboda.

Iz svega iznijetog da se zaključiti da nadležnost Ombudsmana, definisana odredbama članova 2.-4. i 6. ZOLJP, toj instituciji ne daje svojstvo stranke u smislu odredbe člana 42. stav 4. ZUP BiH, obzirom da predmet ZOLJP, kako je definisano odredbom člana 1. tog zakona, predstavlja opšti

cilj (interes) države BiH. S druge strane, interes stranke u upravnom postupku je uvijek pojedinačnog karaktera i odnosi se samo na individualnu, tačno određenu upravnopravnu stvar.

Zaključak

Odredba člana 42. stav 4. ZUP BiH Ombudsmenu za ljudska prava BiH daje procesnopravni položaj stranke, za slučaj da ta institucija u izvršavanju svoje nadležnosti nađe potrebnim da pokrene upravni postupak radi ostvarivanja prava i sloboda građana zagarantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i instrumentima navedenim u Aneksu 6 Opšeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Međutim, ta odredba ZUP BiH nema teorijsko opravdanje, obzirom na elemente svojstva stranke (stranačka i procesna sposobnost, te stranačka legitimacija), te obzirom na činjenicu da je cilj Zakona o Ombudsmenu BiH opšti - obezbjeđenje poštovanja prava i sloboda građana, garantovanih Ustavom BiH i međunarodnim pravnim instrumentima čiji je BiH potpisnica, te naročito s obzirom na činjenicu da je interes stranke u upravnom postupku uvijek pojedinačni, individualno određen. Ovakvo zakonsko određenje može dovesti i do nepotrebnog i neprimjerenog zahtjeva lica da Ombudsman umjesto njih, pokreće upravni postupak.

Imajući u vidu nadležnost Ombudsmena za BiH propisanu odredbom člana 2. stav 1. ZOLJP - da Ombudsman razmatra predmete koji se odnose na slabo funkcionisanje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od strane bilo kojeg tijela vlasti u BiH, te da tim povodom Ombudsman pokreće istragu i u konačnici, može izdati preporuku, to „pokretanje“ upravnog postupka u pravnom interesu nekog lica, može voditi ka nepravilnoj favorizaciji upravo tog lica. Drugim riječima, vrlo je lako moguće da sva lica koja se nalaze u istoj pravnoj situaciji. neće imati isti tretman u upravnom postupku, jer je neki upravni postupak pokrenut upravo po zahtjevu Ombudsmana, a drugi - nije. Time se i pred institucijom Ombudsmana otvara delikatno pitanje različitog tretmana „korisnika“ njegovih usluga.

Ukoliko je zakonodavac već htio naglasiti značaj institucije Ombudsmana u izvršavanju njenih nadležnosti, u vezi sa upravnim postupkom, što spada u domen procjene zakonodavca o cjelishodnosti sadržaja zakonske norme, tada je to mogao učiniti analogno sadržaju odredbe člana 44. stav 1. ZUP BiH. Treba imati na umu da ZOLJP eksplicitno propisuje specifičan vid intervencije Ombudsmana u sudskim postupcima, bez - naravno - miješanja u ishod tih postupaka, te da takvog eksplicitnog propisivanja nema u pogledu intervencije Ombudsmana u upravnom postupku. Stoga je institucija Ombudsmana primorana da svoje učešće u upravnom postupku temelji na vrlo široko postavljenoj nadležnosti iz već spomenutog člana 2. stav 1. ZOLJP.

Nema nikakve dileme da je institucija Ombudsmana neophodna u BiH, upravo kao savjetodavni, preventivni i korektivni faktor funkcionisanja postojećih pravnih sistema u zemlji. Ona nije neprijatelj nijedne grane vlasti, već njen „meki“ kontrolor. Ažurno i zakonito izvršavanje pravde, je ustavnopravni princip vladavine prava, od koga se nikada ne smije odustati, niti ga se smije zanemariti. No, taj zahtjev podrazumijeva i aktivnost zakonodavca u donošenju zakona i drugih propisa, koja se mora temeljiti na opšteprihvaćenim pravnim pravilima i shvatanjima.

Samir Zuparević⁹³

DOKAZIVANJE DJELA RASNE I RELIGIJSKE DISKRIMINACIJE U SUDSKOM POSTUPKU

Postupak povodom diskriminacije i teret dokaza

Postoje različiti primjeri diskriminatornih ponašanja u važnim oblastima društvenog života osnovanih na rasnoj, etničkoj i religijskoj pripadnosti čovjeka. Međunarodno i nacionalno pravo daje odgovarajuće pravne lijekove za zaštitu žrtava diskriminacije. Međutim, većina slučajeva diskriminacije nikada ne završi na sudu. Ovo je posljedica nedovoljnog i površnog prepoznavanja diskriminacije od strane njenih žrtava, zatim sudija, tužilaca, advokata i javnih službenika koji svakodnevno odlučuju o podjeli različitih prava. Na odvratanje od tužbi utiče i činjenica da je međunarodna i nacionalna sudska praksa povodom djela rasne i religijske diskriminacije prilično siromašna i oskudna.

Svaki čovjek koji se smatra žrtvom diskriminacije u uživanju prava i sloboda može podnijeti tužbu sudu protiv navodnog počinioca djela diskriminacije. Sindikalna organizacija ili neka druga nevladina organizacija za zaštitu ljudskih prava, u državama u kojima je to dopušteno, može pokrenuti postupak protiv povodom diskriminacije za oštećenu treću osobu. Ako se žrtva diskriminacije suprostavi postupku, isti će se istog momenta prekinuti.

Najveći problem povodom diskriminacije u bilo kojoj oblasti društvenog života jeste kako dokazati u postupku pred sudom da se diskriminacija uopće dogodila. Broj uspješno okončanih slučajeva pred sudom zavisi od mogućnosti dokazivanja djela rasne i religijske diskriminacije. Teret dokaza najprije leži na tužiocu- jednom ili više lica koja tvrde da su žrtve diskriminacije. Tužilac će u tradicionalnoj tužbi za diskriminaciju dokazivati da se prema njemu postupalo drugačije u odnosu na druga dva lica prema kojima se, iako su u istom položaju kao i on, postupalo bolje. Podnosilac tužbe obično nema problema kod utvrđivanja na koji način se prema njemu postupalo sa manje naklonosti nego prema drugima.⁹⁴ Identifikacija pripadnosti rasnoj i religijskoj manjini kao jednog od mogućih kriterijuma na osnovu kojih je napravljena razlika u postupanju predstavlja dodatnu obavezu za podnosioca tužbe. Ukoliko tužilac podnese očigledan dokaz diskriminacije koja je zabranjena zakonom, tuženi je dužan da podnese dokaz da takva razlika nije napravljena na osnovu konkretnog zabranjenog osnova. Dakle, na mogućeg počinioca, državnu ili javnu instituciju, privatnog subjekta (npr. poslodavca), prelazi teret dokaza u namjeri da dokaže da nije bilo diskriminacije ili da su postojeće razlike opravdane, odnosno neizbježne zbog prirode posla odnosno djelatnosti.

Razlika između tradicionalnog dokaznog postupka i specifičnog pristupa dokazivanju djela diskriminacije je u tome što odbrana od diskriminacije ili sumnje na diskriminaciju neće isključivo ležati na žrtvi.⁹⁵ Uvodi se i institute tzv. profesionalnih tužilaca. U Italiji je data

⁹³ Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Vitez.

⁹⁴ Vidjeti npr. Schmidt protiv Njemačke, Serija A 291-B.

⁹⁵ Eduard Picker, "Anti-discrimination as a Program of Private Law?" German Law Journal Vol. 4 No 8 (2003), str. 776.

mogućnost da u slučaju “grupne diskriminacije”, sindikati mogu u parnici preuzeti položaj diskriminiranih radnika.⁹⁶

U međunarodnom i nacionalnom pravu ne postoje posebna, detaljna pravila za dokazivanje djela diskriminacije. Zato je od velike važnosti stvaralačka uloga sudova u pogledu prepoznavanja adekvatnih instrumenata za utvrđivanje lošijeg tretmana konkretnog čovjeka zbog njegove identitetski određene pripadnosti. Unošenje u rasnu jednakosnu direktivu klauzule o prelasku tereta dokaza na tuženog jasno koristi, ali pravnici ipak izražavaju sumnju na koji način ovu klauzulu treba primjeniti u praksi, te u pogledu načina njenog sudskog shvatanja.⁹⁷ Pošto su u nacionalnim pravima prisutne značajne razlike u pogledu prihvatljivosti dokaznog materijala, cilj je da se stvaralačka uloga sudova kreće u granicama postojećih dokaznih pravila.⁹⁸

Vrste dokaznih sredstava

U velikom broju slučajeva pripadnici rasnih, etničkih i religijskih manjina dožive diskriminaciju, jer ne budu posluženi u kafićima ili restoranima, zatim ne dobiju posao, stan ili adekvatnu ljekarsku pomoć. Direktna rasna i religijska diskriminacija može biti počinjena eksplicitno i neeksplicitno. Diskriminacija postoji, ako u kafiću ili restoranu, konobar ili vlasnik kaže gostu da ne poslužuje „Rome“ ili „crnce“. Ili, ako gazda u firmi odbija zaposliti na upražnjeno radno mjesto kandidata saopštavajući mu da to čini iz razloga njegove tamnije boje kože. Ovaj posljednji primjer diskriminacije je u Danskoj osobno iskustvo i aktuelni Predsjednik evropske mreže protiv rasizma Bashy Quraishy. On je kao tamnopusi mladi inženjer iz Kanade doputovao u Dansku 1970.godine i ostao u Kopenhagenu u potrazi za poslom. Kada je nakon 69 aplikacija za prijem u radni odnos, napokon pozvan na intervju za posao u jednu međunarodnu građevinsku kompaniju, doživio je eksplicite ponižavajuću usmenu odbijenicu. Direktor službe za ljudske resurse je pogledao njegove dokumente i izgovorio: “Gospodine Quraishy, Vaše kvalifikacije su odlične, ali Vi ste pogrešne boje kože. Ja mislim da nijedan zaposleni Danac ne želi biti potčinjen čovjeku Vašeg porijekla.“ Ovakav stav predstavlja eksplicite djelo rasne diskriminacije. Nakon 34 godine od ovog događaja situacija je još gora. Prema provedenim istraživanjima, skoro 50 % pripadnika etničkih manjina su nezaposleni.⁹⁹ Veliki problem predstavlja dokazivost diskriminacije u takvim slučajevima. Ona se može dokazivati korištenjem dokumenata, tehničkih zapisa ili izjavavama svjedoka, ali sve ovo najčešće nedostaje žrtvama diskriminacije u konkretnim slučajevima. Bez pisanog dokumenta, tehničkog zapisa ili bez izjave svjedoka koji su vidjeli ili čuli o diskriminatornom ponašanju, nemoguće je dokazati slučaj rasne i religijske diskriminacije.

⁹⁶ Migrants, Minorities and Employment- EUCM, oktobar 2003., str. 71.

⁹⁷ Strategic litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapešt, 2004, str. 70.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Barbara Liegl, Bernhard Perching, Birgit Weyes, Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment from the EU and International Perspective, Preface, European Network Against Racism, 2004, pp.3

Još jedan način činjenja rasne diskriminacije predstavlja ponašanje u kome riječi „Romi“, „crnci“ nisu eksplicitno upotrebljeni, ali je moguće dokazati da je došlo do diskriminacije. Na primjer, mnogi barovi i disko klubovi, naročito u Francuskoj, ne dozvoljavaju ulazak u objekte Romima i drugim osobama tamnije boje kože pod izgovorom da je za ulazak potrebno biti „član kluba“, ili govoreći da je u toku privatna zabava. Često se događa da Romima koji se prijave na oglas za posao, putem telefona bude rečeno da dođu na razgovor, ali kad dođu i osoba koja je dala oglas vidi da su u pitanju Romi, kaže im da nema upražnjenog radnog mjesta ili da je ono nedavno popunjeno. U pogledu dokazivanja takvih i sličnih slučajeva diskriminacije razvijena su dopunska eksperimentalna i statistička dokazna sredstva.

Neke nevladine organizacije, kao što je SOS Rasizam u Francuskoj, su napisale čitave studije o diskriminaciji korištenjem **metoda „testiranja“** u obliku „uzimanja uzorka“ i „uzimanja uzorka u parovima“. U istraživanju se ne uključuje cijelo stanovništvo, već samo pažljivo odabrani predstavnici rasnih ili etničkih manjina. Dokazivanje diskriminatornog ponašanje se odvija na način da se pošalju npr. parovi sastavljeni od osoba romske nacionalnosti i osoba koje nisu Romi-osoba koje su u pogledu odjeće, kvalifikacija veoma slične, da se prijave na oglas za posao ili stan ili da traže ulazak u restoran ili diskoteku za koje se sumnja da kontinuirano vrši diskriminaciju Roma. Ove organizacije detaljno registruju njihova svjedočenja, ako se paru osoba koji nisu Romi dopusti ulazak u diskoteku, a istovremeno se paru Roma traži pokazivanje članske karte bez dozvole ulaska. Ova vrsta ankete po sistemu uzorka predstavlja dokaz diskriminatornog ponašanja i u mnogim zemljama se može koristiti kao dokaz na sudu.¹⁰⁰

Sudska praksa u Francuskoj je ostala prilično konzervativna u pogledu ovakvog testiranja situacije kao dokaza ponašanja motivisanog rasnom diskriminacijom. To je vidljivo u praksi Kasacionog suda u predmetu 3294 od 11. juna 2002. godine.¹⁰¹ Svjedočenje parova u anketama može predstavljati subjektivnu diskriminaciju, koja ne mora značiti da je osoba žrtva diskriminacije samo zato što se osjeća kao da je prema njemu izvršena diskriminacija, te zbog toga ovo svjedočenje treba uzeti sa rezervom. Javni tužilac je podigao optužnicu protiv pojedinih vlasnika barova i disko klubova, kao i njihovih vratare koji su stajali na ulazima da nisu dopuštali osobama sjevernoafričkog porijekla ulazak u barove i disko klubove, te su počinili krivično djelo rasne diskriminacije prema Krivičnom zakonu koji predviđa takav zločin na osnovu porijekla ili etniciteta. U pozadini slučaja je bio grupni eksperiment organizovan od strane aktivista SOS Rasizma. Osobe evropskog porijekla su činile tri grupe, dok su u drugim grupama bile zastupljene osobe sjevernoafričkog porijekla. Eksperiment je imao za cilj da se potvrdi nedokazana diskriminatorna praksa koja se primjenjuje prema osobama tamnije boje kože zabranom ulaska u disko klubove i barove. Rezultati eksperimenta su bili zabrinjavajući, jer je osobama sjevernoafričkog porijekla bio odbijan pristup. Presuda krivičnog suda u Montpellieru¹⁰² proglasila je nevinim pojedine vlasnike barova i disko klubova, kao i njihove vratare koji su stajali na ulazima.

¹⁰⁰ Dodatne informacije o testiranju se mogu dobiti na internet stranici ERRC-a: http://errc.org/rr_nr3_2000/legal_defence.shtml

¹⁰¹ Strategic litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest (2004), str. 175. Cour de Cassation je najviša sudska instanca u Francuskoj za građanske i krivične postupke.

¹⁰² Presuda br. 870 od 5. juna 2001.godine

Žalba građana, među kojima i SOS Rasizma na ovu presudu je bila odbačena od strane Kasacionog suda. Navedeni su razlozi formalne prirode da je u cilju utvrđivanja materijalne istine u krivičnom postupku bilo neophodno utvrditi činjenice koje su rezultat provedene istrage od strane policije, žandarmerije, carine i drugih ovlaštenih vladinih službi. Ovaj stav je posljedica sudijskog prava na slobodnu ocjenu dokaza u krivičnom postupku. Prikupljene dokaze aktivista SOS Rasizma sud je ocijenio neuvjerljivim, jer nisu prikupljeni uz poštivanje osnovnih procesnih obaveza preduzimanja radnji „u dobroj vjeri“, kao što to čine gore navedene vladine službe. Ipak, to znači da na ovaj način prikupljeni dokazi od strane privatnih lica ne ispunjavaju osnovni princip nepristrasnosti u prikupljanju dokaza. Ispitivanje navodnog diskriminatornog ponašanja je provedeno po grupama potencijalnih naručioca i organizovano od strane samog udruženja SOS Rasizma, bez obavješćavanja njihovih članova o obimu aktivnosti, a pogotovo o cilju koji nije bio puki ulazak u barove ili disko klubove. Ali ta praksa ima za rezultat dokaze provedene segregacije kod ulazaka na ovakva mjesta. Kasacioni sud je navedeno mjerilo diskriminacije koje se odnosi na lično-opisna iskustva stanovništva tamnije boje kože ocijenio kao nepouzdan izvor dokaza rasne diskriminacije. Drugim rječima, Sud kao da je vodio računa o upozorenju Wrench and Modooda da „žrtva može opaziti diskriminaciju tamo gdje ona stvarno ne postoji; suprotno tome, (...) etničke manjine mogu potcjeniti diskriminaciju kojoj su u stvarnosti izložene.“¹⁰³

Subjektivna diskriminacija može biti značajan dodatak drugim dokazima diskriminacije. Kasacioni sud je ocijenio da uopće nije bilo drugih dokaza u konkretnom slučaju. Prikupljene izjave svjedoka SOS Rasizma bile su jedini dokaz u navedenom sudskom postupku,¹⁰⁴ zbog čega je sud iz formalnih razloga zaključio da ne postoji djelo rasne diskriminacije u konkretnom slučaju. Osim toga, svjedočenje pred sudom je pokazalo da posjetioци tih barova i disko klubova na dva od tri mjesta nisu bili lica koja su isključivo iste rasne pripadnosti. Sa izuzetkom subjektivnog mišljenja izraženog od strane privatnih stranaka, kao jedinog mjerila diskriminacije u konkretnom slučaju, ništa ne dovodi sud do zaključka da optuženi vrše odabir svojih posjetilaca na osnovu rasnih kriterija. Izvjesno ograničenje ulaska na takva mjesta može se smatrati dopuštenim, ako je učinjeno iz poslovnih razloga povećanja zarade vlasnika barova i disko klubova. Kasacioni sud je optužene oslobodio bilo kakve odgovornosti za krivično djelo rasne diskriminacije.

Šta navedena praksa i stavovi znače u svjetlu nove direktive o rasnoj jednakosti¹⁰⁵ koja ističe zabranu direktne i indirektnu diskriminacije na osnovu rase i etničkog porijekla u javnom i privatnom sektoru? Značaj subjektivne diskriminacije nije toliko u konačnom dokazivanju samog djela diskriminacije. On se ogleda u stvaranju pretpostavke za pomjeranje tereta dokaza sa tužioca na tuženoga. Ključno pitanje je koji uslovi su potrebni da bi u konkretnom slučaju diskriminacija bila dokazana? Razlog za prihvatanje subjektivne diskriminacije kao početnog dokaza na sudu treba tražiti u činjenici da su djela diskriminacije vrlo teška za dokazivanje i da se zbog toga mnogi pravници slažu da se teret dokaza mora premjestiti na tuženog. U dokaznom

¹⁰³ Wrench, J., Modood, T., The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK. Report commissioned by the International Labour Office, Geneva, International Migration Papers 38, str. 31, dostupno na: <http://www-ilo-mirror.coronell.edu/public/english/protection/migrant/download/imp/imp38.pdf>.

¹⁰⁴ U pitanju je pristrasno posmatranje koje ne daje potvrdu svjedočenja privatnih stranaka.

¹⁰⁵ Za države članice EU-a ova direktiva je stupila na pravnu snagu u decembru 2003.godine.

postupku treba primijeniti iskustva Londonske radionice (London Workshop) o postupanju sudova Velike Britanije u vezi subjektivne diskriminacije u obliku **dosljednog obrasca zaključivanja** (drawing inferences) o premještanju tereta dokaza na tuženog radi njegova opravdanja navodnog diskriminacionog tretmana.¹⁰⁶ Žrtva navodne diskriminacije može, u stadiju koji prethodi sudskom postupku, popuniti anketni upitnik prezentovan od strane specijalnih tijela za jednakost u Velikoj Britaniji.¹⁰⁷ Popunjeni upitnik se dostavlja tuženom radi iznošenja razloga koji osporavaju navodni diskriminacioni tretman. Ako tuženi ne popuni anketni upitnik ili napiše nerazumne odgovore, sud može naći opravdanje za primjenu dosljednog obrasca zaključivanja i premjestiti teret dokaza na tuženog. Mada ovakav stav nema karakter zvaničnog sudskog stanovišta, brojni slučajevi diskriminacije u Velikoj Britaniji su bili presuđeni u korist tužioca zbog neadekvatnog odgovora tuženog na anketni upitnik. Ovaj upitnik je metodom analogije primijenjen u drugim evropskim državama od strane pravnika koji se bave diskriminacijom.¹⁰⁸ Sud pravde Evropske Unije podržava ovu praksu o osnovanosti „prima facie“ slučaja diskriminacije, što je značajno za budući razvitak sudske prakse u tom pogledu.

Statistički podaci takođe predstavljaju korisno dokazno sredstvo za utvrđivanje postojanja djela direktne i indirektne diskriminacije, uključujući i diskriminaciju na rasnoj i etničkoj osnovi. To pokazuje istraživanje Evropskog centra za prava Roma¹⁰⁹ koje je provedeno 1999. godine u okrugu Ostrava, istočna Češka Republika, u cilju dokazivanja diskriminatornog postupanja vlasti prema romskoj djeci u oblasti obrazovanja.¹¹⁰ Izvršeno je prebrojavanje romske i ostale djece koja pohađaju osnovne školame u okrugu Ostrava. Brojke su pokazale da je okrug strogo podjeljen po etničkoj osnovi. Većina romske djece pohađa škole u kojima ne stiču potrebna znanja sa kojima će biti konkurentni na tržištu rada i voditi dostojanstven život.¹¹¹

Jedan od izvještaja Međunarodne organizacije rada¹¹² uvrštava statistički dokaz među pet najvažnijih sredstava za dokazivanje diskriminacije. Statistički podatak predstavlja samo posredan dokaz diskriminacije koji ne može dokazati postojanje diskriminacije, dok ostali značajni dokazni parametri ne budu identifikovani i uračunati.¹¹³

¹⁰⁶ Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest (2004), str. 70.

¹⁰⁷ Komisija za jednakost za Sjevernu Irsku i Komisija za rasnu jednakost.

¹⁰⁸ Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest (2004), str. 70.

¹⁰⁹ European Roma Rights Center (ERRC).

¹¹⁰ Prepoznavanje rasne diskriminacije i borba protiv nje: kratki vodič, Publikacija European Roma Rights Centre, dostupno na: http://lists.errc.org/publications/pamphlets/discrimination_bos.shtml

¹¹¹ Polovina romske djece školskog uzrasta pohađalo je specijalne škole i preko polovine od ukupnog broja djece u takvim školama su bili Romi. Većina romske djece koja nisu pohađala škole za djecu sa posebnim potrebama su koncentrisana u mali broj osnovnih škola u određenim predgrađima Ostrave; u preko 30 škola od ukupno 70 redovnih osnovnih škola u Ostravi nije bilo niti jednog romskog djeteta koje je pohađalo te škole.

¹¹² Wrench, J., Modood, T., The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK. Report commissioned by the International Labour Office, Geneva, International Migration Papers 38 (2000), str. 24, dostupno na:

<http://www-ilo-mirror.coronell.edu/public/english/protection/migrant/download/imp/imp38.pdf>.

¹¹³ Migrants, Minorities and Employment-EUCM, oktobar 2003., str. 56.

U većini evropskih država nedostaju valjani statistički podaci o pitanjima bitnim za pripadnike rasnih, nacionalnih i etničkih manjina. U pojedinim državama se blokiraju nastojanja da se dođe do podataka vezanih za takve manjine. To je slučaj u Češkoj Republici, u kojoj su predstavnici ERRC-a često dobijali odgovor u školskim upravama da se ne vodi evidencija o etničkoj pripadnosti učenika ili, čak, da je to protivzakonito.¹¹⁴ Opravdanje se nalazi u činjenici da država takvim manjinama nije priznala nikakav poseban pravni status, pa za valjano prikupljanje statističkih podataka o njima nedostaje zakonski osnov. Priznanje nacionalnih i etničkih manjina se može dati ustavom i zakonom o nacionalnim manjinama.¹¹⁵ Neke države apsolutno negiraju postojanje nacionalnih i etničkih manjina. To je slučaj kada se država poistovjeti sa nacijom, te izjednači većinsku nacionalnu i etničku skupinu sa nacijom shvaćenom kao skupom svih državljana. U Danskoj se ne mogu prikupljati statistički podaci o nacionalnim i etničkim manjinama, jer je etničko nadgledanje zabranjeno.¹¹⁶ Francuskim ustavom¹¹⁷ je isključena bilo kakva mogućnost priznanja posebnog statusa nacionalnim manjinama. Država priznaje samo Francuzima uživanje prava i sloboda u punom kapacitetu, bez obzira na njihovu identitetski određenu pripadnost.¹¹⁸ Svako prikupljanje i davanje statističkih podataka u vezi sa rasnom, nacionalnom i etničkom pripadnosti predstavlja povredu ustava i zakona. Primjena navedene ustavne odredbe proizvodi statističku diskriminaciju prema pripadnicima takvih manjina. Žrtvi diskriminacije preostaje jedino da sudu podnese kao dokaz snimku telefonskog razgovora sa poslodavcem, koja neposredno dokazuje postojanje diskriminacije u konkretnom slučaju. Ovi tehnički zapisi su uspješno korišteni u praksi pojedinih evropskih država što se ogleda u brojnim vansudskih nagodbama koje su zaključene između takvih stranaka.

Imigracioni zakon Republike Italije iz 1998.godine daje različite mogućnosti za dokazivanje diskriminacije. Ovdje izdvajamo mogućnost da se tužilac na sudu može pozvati na prikupljene statističke podatke u cilju dokazivanja diskriminacije, kao što su podaci o popunjenosti radnih mjesta, uplaćenim doprinosima, raspodjeli poslova i radnih zadataka.¹¹⁹ Ovo može biti važan uporedni primjer za promjenu zakonodavstva ostalih evropskih država u cilju uvažavanja statističkih podataka kao dokaza na sudu.

¹¹⁴ Prepoznavanje rasne diskriminacije i borba protiv nje: kratki vodič, Publikacija European Roma Rights Centre, dostupno na web-u: http://lists.errc.org/publications/pamphlets/discrimination_bos.shtml.

¹¹⁵ U teoriji preovladava stanovište da status manjine ne treba priznati nacionalnoj i etničkoj pripadnosti, čiji udio u ukupnom stanovništvu nije dovoljno reprezentativan, jer njenih pripadnika jedva da ima u državi. Ali prema gornjoj granici, njihova brojnost mora biti ispod polovine ukupnog stanovništva jedne države. Vidjeti Zoran Radivojević i Nebojša Raičević, „Zaštita manjina u međunarodnom pravu”, u Dragan Žunić (ur.), Prava manjina (Niš: OGI, 2005), str. 51.

¹¹⁶ Strategic litigation of Race discrimination in Europe: From principles to practice, European Roma Rights Center (ERRC), Budapest (2004), str. 70.

¹¹⁷ Član. 3. st. 2, čl. 53. st. 3 i čl. 27. st. 3. Ustava Republike Francuske iz 1958.godine.

¹¹⁸ Stranci koji imaju stalno mjesto prebivališta u Francuskoj uživaju jednaka prava i slobode sa francuskim državljanima u državama porijekla stranca koje imaju zaključene recipročne sporazume sa Francuskom.

¹¹⁹ Migrants, Minorities and Employment- EUCM, oktobar 2003., str. 71.

MJESTO I ULOGA CIVILNOG SEKTORA U NACIONALNOM MEHANIZMU ZA PREVENCIJU TORTURE

Uvodna razmatranja

Kako ističe Norberto Bobio (*Norberto Bobbio*), „čovjek, tj. svi ljudi bez izuzetaka posjeduju po prirodi i time nezavisno od svoje volje, a naročito volje jednog ili nekolicine drugih, određena temeljna prava kakva su prava na život, slobodu, sigurnost i sreću“ (Bobio, 1995: 23). Sama ideja potiče iz teorije prirodnog prava (Finis, 2005), ali su se sve do XVIII vijeka ljudska prava svodila na privilegije koje su bile garantovane pojedinim staležima. Tek u doba velikih građanskih revolucija vrši se konstitucionalizacija ljudskih prava (Fridrih, 2005), a period između dva svjetska rata, a naročito poslije Drugog svjetskog rata, predstavlja vrijeme u kome dolazi do procesa njihove internacionalizacije, te na koncu i do procesa univerzalizacije, tj. svjetskog prostiranja ljudskih prava (Milosavljević, 2011). Prema tome, ljudska prava su ona prava koja ima svako ljudsko biće, njih ne dodjeljuje pojedincu država već su to prava koja svako ima po svom rođenju. Ona su postojala i prije države, pa ih pojedinac njoj ne duguje i ona ih mora poštovati. Osnovni principi na kojima se temelje ljudska prava jesu poštovanje ljudskog dostojanstva, univerzalnost, neotuđivost i jednakost (Mitrović, Grbić Pavlović, Pavlović, 2016: 201).

Postoje mnogobrojne klasifikacije ljudskih prava, a čini se da je najzastupljenija ona koja ljudska prava kategoriše u tri generacije prema vremenu nastanka. Tako, u prvu generaciju spadaju lična i politička prava, u drugu ekonomska, socijalna i kulturna prava, a u treću tzv. prava solidarnosti (Weston, 1984). Posebno je važno ukazati na smisao ličnih prava, odnosno sloboda, a koji upravo leži u ograničavanju moći represivnih državnih organa do granice iza koje počinje pravno zaštićen prostor od uplitanja trećih lica i državnih organa (Dvorkin, 2001), odnosno zahtjev da svaka takva radnja mora biti zasnovana na ustavu i zakonu. Prema tome, ljudska prava imaju određenu dijalektičku ulogu u životu države i pojedinca, tj. ona treba da pomire efikasnost državne vlasti, s odbranom od iste te vlasti. S jedne strane, država je jemac ljudskih prava i obezbjeđuje institucionalni okvir za njihovu zaštitu, dok s druge strane, država odnosno njeni organi su upravo oni koji najčešće ugrožavaju pojedina prava pojedinaca (Tomušat, 2006: 58). Istovremeno demokratija zasnovana na vladavini prava podrazumijeva pravno dopuštene mogućnosti za ograničavanje određenih ljudskih prava radi zaštite drugih interesa, a posebno nacionalne i javne bezbjednosti. Zbog toga, kod značajnog broja konkretnih ljudskih prava, a pogotovo onih koja se definišu kao slobode, utvrđena je mogućnost njihovog ograničavanja zakonom i navedeni su razlozi zbog kojih se takva ograničenja mogu ustanoviti u redovnim prilikama (Mitrović, Pavlović, 2017: 2). Međutim, prilikom zadiranja u pojedina ljudska prava postoji zabrana nezakonitog nasilja od strane države, tj. službenih lica koja postupaju u ime države, odnosno postoji apsolutna zabrana torture.

Zabrana mučenja se u opštem međunarodnom pravu tretira kao *ius cogens*, odnosno imperativna norma opšteg međunarodnog prava. Stoga, brojni međunarodni i regionalni instrumenti uređuju pitanje zabrane torture: član 5. Univerzalne deklaraciji o pravima čovjeka, član 7. Međunarodnog

¹²⁰ Zamjenica predsjednika Skupštine Istraživačkog centra Banja Luka. E-mail: nikolinagrbic@blic.net

pakta o građanskim i političkim pravima, UN Deklaracija o zaštiti svih lica od torture i drugog svirepog, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Konvencija UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, član 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropska konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja Savjeta Evrope, član 4. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije (Dimitrijević i dr., 2007). Istovremeno su, uz zabranu mučenja pojedinim od navedenih instrumenata za zaštitu ljudskih prava ustanovljena i ugovorna tijela, tj. komiteti za nadzor nad poštovanjem odredaba tih ugovora.

Tako je, Konvencijom protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih i ponižavajućih kazni ili postupaka uspostavljen Komitet protiv torture (CAT) koji čini grupa eksperata koji su ovlašćeni da izvještavaju o tome šta države rade da spriječe i kazne mučenje i druge oblike zlostavljanja. Nadalje, Generalna skupština Ujedinjenih nacija je 2002. godine, donijela Opcioni protokol uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (OPCAT)¹²¹, a koji predviđa uvođenje kako novih međunarodnih preventivnih mehanizama, tako i onih na nivou zemalja članica. O njihovom značaju, posebno ovog drugog mehanizma govorićemo u daljem tekstu. S druge strane, ogroman značaj Konvencije Savjeta Evrope ogleda se u uspostavljanju posebnog nadnacionalnog organa za prevenciju torture, odnosno mučenja – Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja, nečovjećnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (CPT). Ovaj Komitet svoju djelatnost, u prvom redu, realizuje kroz stalne ili periodične posjete mjestima i licima koja su lišena slobode, te u ispitivanju njihovog stvarnog položaja u pogledu poštovanja sloboda i prava garantovanih međunarodnim i evropskim standardima kako bi se kroz savjete, mišljenja ili upozorenja u pojedinim državama podigao nivo zaštite svih uhapšenih, odnosno pritvorenih ili osuđenih lica. Treba istaći da Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka može u svako doba izvršiti inspekciju policijskih stanica i njihovih pritvorskih jedinica. Poslije svake posjete sačinjava se izvještaj, o kojem se potom raspravlja sa predstavnicima konkretne države.

Takođe, odredbe člana II Ustava Bosne i Hercegovine se u cjelosti odnose na ljudska prava i osnovne slobode. Naime, odredbe ovog člana sadrže listu prava i sloboda koje garantuje Ustav Bosne i Hercegovine. Tako, sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine, na osnovu Ustava, uživaju sljedeća ljudska prava i osnovne slobode: pravo na život; *pravo da ne budu podvrgnuta mučenju ili nehumanom i ponižavajućem postupku ili kazni*; pravo da ne budu držana u ropstvu ili potčinjenosti ili na prinudnom ili obaveznom radu; pravo na ličnu slobodu i bezbjednost; pravo na pravičan postupak u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi s krivičnim postupkom; pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku; slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti; slobodu izražavanja; slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja; pravo na brak i zasnivanje porodice; pravo na imovinu; pravo na obrazovanje i pravo na slobodu kretanja i prebivališta (Pavlović, Grbić Pavlović, 2011). Naravno, ustavima entiteta, kao i Statutom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine predviđene su liste ljudskih prava koje se imaju primjenjivati na njihovoj teritoriji, uključujući, pored nabrojanih, još i niz ekonomskih i socijalnih prava. S obzirom na to da tortura, odnosno mučenje (zlostavljanje) predstavlja jedan od najozbiljnijih oblika povrede ili ugrožavanja ljudskog dostojanstva, ali i kršenja ljudskih prava koje se čini od strane predstavnika državnih organa, onda se precizno u domaćem pravu uređuje sistem zabrana

¹²¹ Opcioni protokol uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2002. godine, a stupio na snagu 2006. godine.

ovog ponašanja. Tortura je u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine uređena u više krivičnih zakona. Tako, na primjer, Krivični zakon BiH¹²² uključuje više krivičnih djela koja sadržavaju zabranjena postupanja u vezi sa torturom. Tako je u članu 190. Krivičnog zakona BiH kao posebno krivično djelo propisano mučenje i drugi oblici surovog, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja. Počinilac ovog djela može biti službeno lice, ili neko drugo lice koje djeluje na osnovu službenog ovlaštenja, izričitog naloga ili pristanka službene osobe. Dalje, Krivičnim zakonom BiH su inkriminirani i oni akti zlostavljanja učinjeni od strane privatnih subjekata, npr.: genocid (član 171), zločini protiv čovječnosti (član 172), ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika (član 174), ratni zločin protiv ratnih zarobljenika (član 175), trgovina ljudima (član 186) itd. (Živanović i dr., 2014: 84). Sa druge strane, Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine¹²³ u grupi krivičnih djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina, u odredbi člana 182. propisuje krivično djelo “zlostavljanje u vršenju službe”. Ovo djelo čini ono službeno lice koje u obavljanju službe drugoga zlostavlja, nanosi mu teže tjelesne ili duševne patnje, zastrašuje ga ili ga vrijeđa (Petrović i Jovašević, 2005). Ovo krivično djelo pod istim nazivom, sa istom sadržinom i karakteristikama bića i propisanom kaznom poznaje u identičnom tekstu i Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine u odredbi člana 178.¹²⁴ Takođe, novi Krivični zakonik Republike Srpske¹²⁵ u okviru krivičnih djela protiv sloboda i prava građana, u odredbi člana 149. pod nazivom “zlostavljanje, mučenje i drugo neljudsko i ponižavajuće postupanje” određuje krivično djelo koje se sastoji u zlostavljanju drugog ili prouzrokovanju teže fizičke ili psihičke patnje drugome grubim ponašanjem (Jovašević, Mitrović, Ikanović, 2017).

Iz navedenih zakonskih rješenja vidljivo je da u Bosni i Hercegovini važeći krivični zakoni ne uređuju torturu na identičan način. Međusobna neusaglašenost pozitivnog krivičnog zakonodavstva, koje se primjenjuje unutar BiH, u krajnjoj liniji vodi nejednakoj zaštiti građana u ostvarivanju njihovih ljudskih prava. Potrebno je napomenuti da je u većoj mjeri prisutna i neujednačenost zapriječenih kazni za ova djela u pozitivnim krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini, pri čemu se ni jedna od njih ne čini adekvatnom, imajući u vidu ozbiljnost akata mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja.

Obaveze zemalja članica Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka

Tortura je neljudsko i svako drugo surovo ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje i kao takvo strogo je zabranjeno i predstavlja ozbiljno kršenje ljudskih prava. Članovi 2. i 16. Konvencije¹²⁶ obavezuju svaku državu članicu da preduzme djelotvorne mjere radi sprečavanja torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka na čitavoj teritoriji pod njenom nadležnošću. Svjetska konferencija o ljudskim pravima čvrsto je zauzela stav da naponi za iskorjenjivanje torture treba prije svega da budu usmjereni na prevenciju. Jedan od tih napora je

¹²² Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 34/2004, 61/2004, 30/2005, 33/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015 i 40/2015.

¹²³ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016.

¹²⁴ Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 33/2013 – Prečišćeni tekst.

¹²⁵ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/17.

¹²⁶ Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori, broj 8/08).

svakako i usvajanje *Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (OPCAT)* čija je namjera da se uspostavi preventivni sistem redovnih posjeta pritvorskim jedinicama. Generalna skupština Ujedinjenih nacija je 2002. godine sačinila navedeni Protokol, čiji je neposredni cilj da uspostavi sistem redovnih posjeta mjestima gdje se nalaze lica lišena slobode od strane nezavisnih međunarodnih i domaćih tijela, a radi prevencije torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.

Bosna i Hercegovina je u oktobru 2008. godine ratifikovala navedeni Opcioni protokol i na taj način se obavezala na ispunjavanje svih standarda navedenih u njemu. Opcioni protokol se sastoji iz sedam dijelova i to: 1) Opšti principi; 2) Potkomitet za prevenciju; 3) Mandat Potkomiteta za prevenciju; 4) Nacionalni mehanizmi prevencije; 5) Izjava; 6) Finansijske odredbe i 7) Završne odredbe.

Prvi dio definiše opšte principe. Naime, osnovni cilj Protokola je da uspostavi sistem redovnih posjeta mjestima gdje se nalaze lica lišena slobode od strane nezavisnih međunarodnih i domaćih tijela, radi prevencije torture i drugih surovih neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka. Takođe, u prvom dijelu definiše se uspostavljanje Potkomiteta, zatim principi i ciljevi njegovog rokovođenja, te obaveza država članica da uspostave jedno ili više tijela na nacionalnom nivou koja vrše posjete radi prevencije torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (nacionalni preventivni mehanizam) (član 3). Data je i definicija lišavanja slobode u smislu ovog protokola, prema kojoj je lišavanje slobode bilo koji oblik pritvora ili zatvaranja ili stavljanje lica u javno ili privatno mjesto zatočenja, a koje to lice prema odluci sudskog, upravnog ili drugog tijela ne može da napusti svojevrijedno.

U drugom dijelu Opcionog protokola detaljnije se uređuje Potkomitet za prevenciju. U članu 5. se naročito ističe da se za članove Potkomiteta biraju lica visokih moralnih kvaliteta, sa dokazanom stručnošću u oblasti pravosuđa, posebno krivičnog prava, zatvorske ili policijske uprave ili u drugim oblastima koje imaju veze sa postupanjem sa licima lišenim slobode. U ovom dijelu se definiše i način izbora članova Potkomiteta. Treći dio predviđa mandat Potkomiteta za prevenciju. Tako je u članu 11. Opcionog protokola predviđeno da Potkomitet za prevenciju: (a) obilazi mjesta gdje se nalaze ili se mogu nalaziti lica lišena slobode i daje preporuke državama članicama u vezi sa zaštitom lica lišenih slobode od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka; (b) u odnosu na nacionalne mehanizme za prevenciju: (i) daje savjete i pomaže države članice, kada je to potrebno, u njihovom uspostavljanju; (ii) održava direktan i, ukoliko je potrebno, povjerljiv kontakt sa nacionalnim mehanizmima za prevenciju i pruža im obuku i tehničku pomoć u cilju jačanja njihovih kapaciteta; (iii) pruža im savjete i pomoć u procjeni potreba i sredstava potrebnih za jačanje zaštite lica lišenih slobode od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka; (iv) daje preporuke i zapažanja državama članicama u cilju jačanja kapaciteta i mandata nacionalnih mehanizama za prevenciju torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka; (c) sarađuje u cilju prevencije mučenja uopšte sa odgovarajućim tijelima Ujedinjenih nacija kao i sa međunarodnim, regionalnim i domaćim institucijama i organizacijama koje rade na jačanju zaštite lica od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.

Kako bi Potkomitet za prevenciju mogao da izvrši svoj mandat države članice preuzimaju za obavezu (član 12): (a) da prime Potkomitet za prevenciju na svoju teritoriju i da mu omoguće pristup svim pritvorskim ustanovama; (b) da dostave sve relevantne informacije koje Potkomitet za prevenciju može tražiti radi procjene potreba i mjera koje treba usvojiti radi jačanja zaštite lica lišenih slobode od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka; (c) da podstiču i olakšavaju kontakte između Potkomiteta za prevenciju i nacionalnih mehanizama za prevenciju; (d) da razmatraju preporuke Potkomiteta za prevenciju i da stupe u dijalog sa istim o mogućim mjerama implementacije. Nadalje, u trećem dijelu Opcionog protokola predviđeno je da Potkomitet za prevenciju organizuje redovne posjete državama članicama. U tom smislu države članice su obavezne da omoguće Potkomitetu za prevenciju ispunjavanje mandata predviđenog ovim Opcionim protokolom na način da omoguće: (a) neograničen pristup svim informacijama u vezi s brojem lica lišenih slobode, kao i brojem takvih mjesta i njihovim lokacijama; (b) neograničen pristup svim informacijama koje se odnose na postupanje s tim licima kao i o uslovima pritvora; (c) neograničen pristup svim pritvorskim ustanovama i njihovim instalacijama i objektima; (d) mogućnost da nasamo razgovaraju sa licima lišenim slobode bez svjedoka, bilo lično ili uz pomoć prevodioca ukoliko se smatra potrebnim, kao i sa bilo kojim drugim licem za koje Potkomitet za prevenciju vjeruje da može da pruži relevantne informacije; (e) slobodu izbora mjesta koja žele da posjete i lica sa kojima žele da obavi razgovor. U ovom dijelu Opcionog protokola predviđen je i način izvještavanja Potkomiteta za prevenciju koji isključivo povjerljivo saopštava svoje preporuke i zapažanja državi članici, i po potrebi, nacionalnom mehanizmu.

Četvrti dio Opcionog protokola govori o nacionalnim mehanizmima prevencije. Naime, svaka država članica je dužna da ima, odredi ili uvede, najkasnije godinu dana nakon stupanja na snagu ovog protokola ili nakon njegove ratifikacije ili pristupanja ovom protokolu, jedan ili više nezavisnih nacionalnih mehanizama za prevenciju torture na nacionalnom nivou (član 17), zatim da garantuje funkcionalnu nezavisnost nacionalnim mehanizmima prevencije kao i nezavisnost njihovog osoblja, te da preduzima neophodne mjere da bi stručno osoblje imalo potrebne sposobnosti i stručna znanja, ali i da stave na raspolaganje neophodna sredstva za funkcionisanje nacionalnih mehanizama prevencije.

Članom 19. Opcionog protokola predviđena su minimalna ovlašćenja nacionalnih preventivnih mehanizama, a to su:

- (a) da redovno provjeravaju tretman lica lišenih slobode u pritvorskim ustanovama;
- (b) da daju preporuke nadležnim organima u cilju poboljšanja tretmana i položaja lica lišenih slobode i da se spriječe tortura, surovi, neljudski ili ponižavajući postupci i kažnjavanje, uzimajući u obzir relevantne norme Ujedinjenih nacija i
- (c) da podnose prijedloge i daju mišljenja u vezi s važećim ili predloženim zakonima.

Kako bi nacionalni mehanizmi za prevenciju mogli da izvršavaju svoja ovlašćenja, države članice protokola se obavezuju da im obezbijede (Delaplace i Pollard, 2006, 244):

- (a) pristup svim podacima o broju lica lišenih slobode u pritvorskim ustanovama, kao i broju ustanova i njihovoj lokaciji;
- (b) pristup svim podacima o tretmanu ovih lica i uslovima njihovog pritvora;
- (c) pristup svim pritvorskim ustanovama, njihovim instalacijama i objektima;

(d) mogućnost da vode privatne razgovore sa licima lišenim slobode bez prisustva svjedoka, bilo lično ili sa prevodiocem ukoliko je potrebno, kao i bilo kojom drugom osobom za koju nacionalni mehanizam za prevenciju smatra da može da pruži značajne informacije;

(e) slobodu da biraju mjesta koja žele da posjete i lica sa kojima žele da razgovaraju;

(f) pravo da imaju kontakte sa Potkomitetom za prevenciju, da mu dostavljaju podatke i sastaju se s njegovim predstavnicima.

Povjerljive informacije koje pribavlja nacionalni mehanizam za prevenciju biće zaštićene. Lični podaci ne smiju biti objavljeni bez izričite saglasnosti lica o kojem se radi. Nadležne vlasti države članice dužne su da razmotre preporuke nacionalnog mehanizma za prevenciju i stupe u dijalog s njim u vezi s mogućim mjerama implementacije (član 22).

Peti dio Opcionog protokola predviđa da prilikom ratifikacije, države članice mogu da daju izjavu kojom odlažu izvršenje svojih obaveza iz poglavlja III ili IV ovog Protokola. Navedeno odlaganje će važiti najviše tri godine. Nakon što država članica da odgovarajuću izjavu i nakon konsultacija s Potkomitetom za prevenciju, Komitet protiv torture može da produži ovaj period za još dvije godine.

Šesti dio se odnosi na finansijske odredbe. Ovdje je značajno naglasiti da se osniva posebni fond u skladu sa relevantnim procedurama Generalne skupštine, kojim se upravlja u skladu s finansijskim propisima i pravilima Ujedinjenih nacija, da bi se pomoglo finansiranje implementacije preporuka koje Potkomitet za prevenciju daje državi članici nakon posjete, kao i obrazovnih programa za osoblje nacionalnih mehanizama za prevenciju. Posebni fond može da se finansira putem dobrovoljnih doprinosa od strane vlada država, međuvladinih i nevladinih organizacija i drugih javnih ili privatnih subjekata.

Sedmi dio su završne odredbe u kojem se, između ostalog, navodi da je ovaj Protokol otvoren za potpisivanje i pristupanje svim državama koje su potpisale Konvenciju te da se odredbe ovog protokola primjenjuju na sve dijelove federalnih država bez bilo kakvih ograničenja ili izuzetaka.

Uloga civilnog sektora u preventivnom mehanizmu

Opcioni protokol uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (*OPCAT*), kao međunarodni sporazum, sadrži izričite odredbe i prema tome uspostavlja standarde nezavisnog monitoringa. On predstavlja do sada najrazrađeniji i izgrađeni međunarodni sporazum koji se bavi ovim problemom. Kako smo već naveli prethodno *OPCAT* zahtijeva da sve države potpisnice uspostave ili odrede jedno ili više tijela kao preventivne mehanizme koji vrše posjete ustanovama u kojima se nalaze lica lišena slobode (čl. 3), a s ciljem prevencije torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka na unutrašnjem nivou (čl. 17). Ratifikacijom Opcionog protokola države članice potvrđuju da su tortura, neljudsko, ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje zabranjeni i da predstavljaju ozbiljna kršenja ljudskih prava. Takođe, države članice su se sporazumjele da uspostave sistem redovnih posjeta od strane međunarodnih i domaćih tijela mjestima u kojima se nalaze lica lišena slobode (npr. zatvori, policijske stanice, psihijatrijske bolnice, psihijatrijska odjeljenja u opštim bolnicama,

odnosno kliničnim centrima, ustanove socijalne zaštite, centri za azil) (Mitrović i Pavlović, 2017: 10-11).

Cilj djelovanja preventivnog mehanizma jeste da kontinuiranim posjetama u ustanovama za zadržavanje lica lišenih slobode, djeluje preventivno i spriječi torturu, da redovno provjerava tretman lica lišenih slobode, da daje preporuke nadležnim organima u cilju poboljšanja tretmana i položaja lica lišenih slobode; da se spriječi tortura, surovi, neljudski ili ponižavajući postupci i kažnjavanje, uzimajući u obzir relevantne norme Ujedinjenih nacija, kao i da podnosi prijedloge i daje mišljenja u vezi s važećim ili predloženim zakonima (čl. 19). S tim u vezi, da bi država članica ispunila obaveze iz Opcionog protokola potrebno je da formira domaće tijelo, tj. preventivni mehanizam koji bi imao nadležnost da obilazi mjesta u kojima su smještena lica lišena slobode (Ombudsmen BiH, 2010; Asocijacija za prevenciju torture, 2006).

Na osnovu dostupnih informacija, prvenstveno sadržanih u publikacijama izdatim od strane Asocijacije za prevenciju torture (APT) iz Ženeve, čini se da većina država preventivni mehanizam i njegove nadležnosti dodjeljuje nekom od već postojećih mehanizama za prevenciju – obično su to već postojeće komisije za ljudska prava ili institucije Ombudsmana. Takođe, posmatrajući rješenja ovog pitanja uporedno, u zemljama iz okruženja, vidljiva je takođe opredjeljenost da se obaveza uspostavljanja preventivnog mehanizma iz OPCAT riješi tako što se, u pravilu, određuju već postojeći mehanizmi za zaštitu ljudskih prava, odnosno institucije Ombudsmena. Takvi su primjeri u Crnoj Gori¹²⁷, u Hrvatskoj¹²⁸ i Srbiji¹²⁹.

¹²⁷ Prema članu 25b. Zakona o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore ("Službeni list CG", br. 42/2011 i 32/2014), poslovi prevencije torture su: obilazak organa, ustanova ili organizacija u kojima se nalaze ili bi se mogla nalaziti lica lišena slobode ili lica kojima je ograničeno kretanje, radi povećanja stepena njihove zaštite od mučenja i drugih oblika surovog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja; davanje preporuka nadležnim organima, ustanovama i organizacijama radi poboljšanja postupanja prema licima lišenim slobode i uslova u kojima se nalaze, odnosno sprječavanja mučenja i drugih oblika surovog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja; davanje mišljenja na prijedloge zakona i druge propise radi zaštite i unaprjeđenja ljudskih prava i sloboda lica lišenih slobode i lica kojima je ograničeno kretanje; saradnja sa Potkomitetom Ujedinjenih nacija za prevenciju torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka i drugim tijelima. U skladu sa Zakonom pri vršenju poslova prevencije torture, Zaštitnik i druga ovlaštena lica koje on ovlasti imaju pravo: da bez prethodne najave obilaze organe, ustanove i organizacije i pregledaju prostorije u kojima se nalaze ili bi se mogla nalaziti lica lišena slobode; zatim pravo na pristup podacima o: organima, ustanovama i organizacijama u kojima se nalaze lica lišena slobode; broju lica lišenih slobode u organu, ustanovi ili organizaciji koju obilaze i o postupanju sa licima lišenim slobode; kao i da bez prisustva službenog lica razgovaraju sa licima lišenim slobode i drugim licima koja mogu da daju odgovarajuće informacije u vezi sa sumnjom da se krše ljudska prava u organu, ustanovi ili organizaciji koju obilaze.

¹²⁸ Od 2012. godine poslove nacionalnog preventivnog mehanizma obavlja Pučka pravobraniteljica. To uključuje redovne i nenajavljene obilaske institucija u kojima se nalaze ili bi se mogle nalaziti osobe lišene slobode, kao što su zatvori, psihijatrijske ustanove, policijske stanice i druge. Tokom obilaska, članovi nacionalnog preventivnog mehanizma imaju slobodan pristup informacijama o mjestu koje obilaze, te o postupanjima prema osobama lišenima slobode, sa kojima mogu razgovarati bez nadzora. Takođe, mogu pregledati sve prostorije. Nakon obilaska, Pučka pravobraniteljica daje preporuke i upozorenja nadležnim tijelima i ustanovama radi poboljšanja postupanja prema osobama lišenim slobode i uslova u kojima se one nalaze. Ukoliko se desi da se u propisanom roku ne postupi po njenoj preporuci ili upozorenju, Pučka pravobraniteljica o tome obavještava Hrvatski sabor. Takođe, Pravobraniteljica u svom radu sarađuje s Pododborom Ujedinjenih nacija za sprečavanje mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, te daje prijedloge i primjedbe na zakone i druge propise radi promocije zaštite osoba lišenih slobode od mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja. Vidjeti više na <http://ombudsman.hr/hr/npm>.

Da bi nacionalni mehanizam bio efikasan nije dovoljno da su njegovi članovi nezavisni od vlade, pravosuđa i organa nadležnih za pritvorska mjesta. U skladu sa članom 18. Opcionog protokola, svi članovi moraju imati relevantnu stručnost i nacionalni mehanizam mora obuhvatiti zahtijevanu različitost i balans različitih oblasti profesionalnog znanja. Kako se to najčešće navodi, kroz članstvo u nacionalnom preventivnom mehanizmu bi trebalo uključiti mješavinu sljedećih vještina i profesionalnih zanimanja:

- pravnici (posebno sa poznavanjem nacionalnih i međunarodnih propisa o ljudskim pravima, krivičnog prava, zakona koji se tiču izbjeglica i azilanata i u nekim slučajevima i humanitarnog prava),
- doktori (uključujući, ali se ne ograničavajući na, specijaliste iz oblasti sudske medicine)
- psiholozi i psihijatri,
- lica sa prethodnim profesionalnim iskustvom u policiji, administraciji zatvora i psihijatrijskih ustanova,
- *predstavnici nevladinih organizacija*,
- lica sa prethodnim iskustvom u oblasti vršenja posjeta zatvorima,
- lica sa prethodnim iskustvom u radu sa posebno ranjivim grupama (kao što su migranti, žene, maloljetnici, lica sa fizičkim ili psihičkim nedostacima, starosjedioci, i predstavnici nacionalnih, etničkih, vjerskih ili jezičkih manjina),
- antropolozi,
- socijalni radnici.

Prema tome, a kao što je i rečeno na početku, nevladine organizacije i drugi članovi civilnog društva bi trebali biti takođe biti uključeni u proces rada nacionalnog mehanizma za prevenciju. U većini slučajeva, primarna uloga koju nevladine organizacije mogu imati u odnosu na nacionalni mehanizam su da budu važan izvor informacija, ali i da vrše spoljnji nadzor nad realizacijom aktivnosti nacionalnog mehanizma.

¹²⁹ U Republici Srbiji je dopunom Zakona o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture iz 2011. godine ("Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori", broj 7/11), određeno da poslove nacionalnog preventivnog mehanizma obavlja Zaštitnik građana Republike Srbije. Nacionalni preventivni mehanizam u Srbiji ima sljedeća ovlašćenja: da nesmetano, nenajavljeno i u svako doba pristupi svim mjestima na kojima se nalaze ili se mogu nalaziti lica lišena slobode; da bez ičijeg prisustva razgovara sa svim licima lišenim slobode, kao i sa svim službenim licima koja mogu imati informacije značajne za postupanje prema licima lišenim slobode; da pristupi svojoj dokumentaciji koja se odnosi na ta lica; da nadležnim organima daje preporuke u cilju poboljšanja načina postupanja prema licima lišenim slobode i unapređenje uslova u kojima ona borave; da podnosi prijedloge i daje mišljenja u vezi sa postojećim ili predloženim pravnim aktima. Nakon posjeta Nacionalni preventivni mehanizam sastavlja izvještaje o posjetama, sa preporukama mjera za otklanjanje nedostataka i dostavlja ih državnim organima. Godišnje izvještaje dostavlja Narodnoj skupštini Republike Srbije i Potkomitetu za prevenciju torture Ujedinjenih nacija. Da bi Nacionalni preventivni mehanizam mogao da izvršava svoja ovlašćenja, država je obavezna da mu obezbijedi sljedeće: pristup svim podacima o broju lica lišenih slobode kao i broju ustanova i njihovoj lokaciji; pristup svim podacima o tretmanu ovih lica i uslovima njihovog lišenja slobode; pristup svim ustanovama u kojima se nalaze lica lišena slobode, njihovim instalacijama i objektima; mogućnost da vode nesmetane i nenadzirane razgovore sa licima lišenim slobode bez prisustva svjedoka, bilo lično ili sa prevodiocem ukoliko je potrebno, kao i bilo kojom drugom osobom za koju smatra da može da pruži značajne informacije; slobodu da biraju mjesta koja žele da posjete i lica sa kojima žele da razgovaraju. Takođe, potrebno je naglasiti da Nacionalni preventivni mehanizam ne postupi po pojedinačnim pritužbama lica lišenih slobode. Takva lica mogu uputiti pritužbe Zaštitniku građana. S druge strane, država je dužna da razmotri preporuke Nacionalnog preventivnog mehanizma i da stupi u dijalog s njim u vezi sa sprovođenjem istih. Vidjeti: Zaštitnik građana, *Nacionalni mehanizam za prevenciju torture - Izveštaj za 2013. godinu sa zaključcima Narodne skupštine Republike Srbije* (Beograd, 2014), str. 22.

Organizacije civilnog društva koje se bave zaštitom i unapređenjem ljudskih prava su često lideri u odbrani interesa lica lišenih slobode, posebno protiv torture i drugih oblika lošeg postupanja. Nevladine organizacije i druge organizacije civilnog društva mogu već biti uključene u nadzor nad pritvorskim mjestima, kroz pružanje različitih vrsta usluga pritvorenima. Tako da oni mogu biti odličan izvor informacija za preventivni mehanizam, posebno u kontekstu planiranja posjeta i davanja drugih savjeta u vezi sa reagovanjima na nepredviđene situacije koje se mogu uočiti u *ad hoc* posjetama (Asocijacija za prevenciju torture, 2006). Kroz svoje savjete ili rad, nevladine organizacije mogu steći poseban nivo povjerenja od strane pritvorenika. Kada takva nevladina organizacija smatra za potrebno, može u velikoj mjeri povećati efikasnost nacionalnog mehanizma putem podizanja svijesti među pritvorskom populacijom o postojanju nacionalnog mehanizma za prevenciju torture, o narednim posjetama, mandatu i metodi rada, kao i putem ohrabrivanja pritvorenika da sarađuju i pruže informacije nacionalnom mehanizmu.

Konačno, neke nevladine organizacije mogu biti i važan izvor kontrole, analiza i povratnih informacija o radu samog nacionalnog mehanizma. Neophodnost obezbjeđenja snažne nezavisnosti nacionalnog mehanizma od izvršne vlasti i pravosuđa znači da su ove institucije neadekvatne kao izvor kontrole odgovornosti nacionalnog mehanizma (Asocijacija za prevenciju torture, 2006). Generalna snaga političkog pritiska koji nevladine organizacije i civilni sektor mogu često usmjeriti na vlasti, kroz podizanje javne svijesti o određenim pitanjima, je takođe značajan izvor podsticaja na nacionalnom nivou za vlast da se potpuno angažuje u konstruktivnim dijalozima sa nacionalnim mehanizmom i da preduzme konkretne mjere za implementaciju preporuka nacionalnog mehanizma. Nevladine organizacije mogu biti u dobroj poziciji da vrše kontrolu nad implementacijom preporuka nacionalnog mehanizma od strane službenika u pojedinačnim pritvorskim mjestima, kroz njihovu čestu prisutnost u tim mjestima i njihovim vezama za lokalnom zajednicom. Proaktivno pružanje ovih informacija nacionalnom mehanizmu može u velikoj mjeri povećati njegovu efikasnost.

Zaključna razmatranja

Ono što torturu čini posebno opasnom jeste svojstvo njenog učinioca. To su u pravilu lica koja su predstavnici državnih organa, a posebno organa krivičnopravne represije, među kojima su policija, tužilaštvo, sud, zatvorska administracija i dr. Činjenica da je Bosna i Hercegovina u oktobru 2008. godine ratifikovala Opcioni protokol podrazumijeva i obavezu na ispunjavanje svih standarda navedenih u njemu. Bez obzira na značaj i potrebu uspostavljanja preventivnog mehanizma za torturu, isti do danas u Bosni i Hercegovini nije uspostavljen. Ipak, određeni napori na tom planu su učinjeni.

Prijedlogom Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine iz 2017. godine predviđeno je uspostavljanje preventivnog mehanizma u okviru institucije Ombudsmena, na način kako je to riješeno i u zemljama regiona. Član 4a prijedloga Zakona definiše nadležnosti i ovlašćenja preventivnog mehanizma, kao i način na koji će se angažovati pojedini eksperti za rad ovog mehanizma. Članom 4. stav 2. predviđeno je da ombudsmeni mogu, u svako doba i bez prethodne najave, posjetiti mjesta u kojima se nalaze osobe lišene slobode, mjesta u kojima se nalaze osobe kojima je ograničena sloboda kretanja i

mjesta u kojima su smještene ili borave pojedine grupe. Ombudsmeni imaju pravo pristupa svim mjestima - prostorijama u kojima se nalaze osobe lišene slobode, poštujući pravila o kućnom redu i utvrđene zabrane pristupa donesene od strane kazneno popravnog zavoda u koji dolaze. Godišnji izvještaj o radu Institucije ombudsmana ubuduće bi obavezno morao sadržati posebno poglavlje o funkcionisanju preventivnog mehanizma, sa odgovarajućim preporukama.

Kada je u pitanju uloga civilnog sektora u radu nacionalnog preventivnog mehanizma, prijedlogom Zakona u članu 4a u stavu 4. predviđeno je da institucija Ombudsmana posebnim Pravilnikom reguliše organizaciju i način rada, kriterije za izbor predstavnika organizacija civilnog društva, akademske zajednice i ostalih stručnjaka uključenih u funkcionisanje nacionalnog preventivnog mehanizma.

Jasno je da će ovo pitanje biti detaljnije uređeno podzakonskim aktom. Ono što je zbilja neophodno jeste da nevladine organizacije i drugi članovi civilnog društva budu uključeni u punom kapacitetu u proces funkcionisanja nacionalnog mehanizma za prevenciju, kako bi nacionalni mehanizam bio uvjerljiv i na taj način efikasan.

U većini slučajeva, primarna uloga koju nevladine organizacije mogu imati u odnosu na nacionalni mehanizam jeste da budu važan izvor informacija za NPM, ali i izvor spoljnog nadzora i kontrole nacionalnog mehanizma.

Propisi za implementaciju OPCAT-a u BiH bi trebali da predvide mješovitost relevantnih struka članova nacionalnog mehanizma, uključujući: pravnike, doktore, psihologe i psihijatre, lica sa prethodnim profesionalnim iskustvom u policiji, administraciji zatvora i psihijatrijskih ustanova, predstavnike NVO-a, lica sa prethodnim iskustvom u oblasti vršenja posjeta zatvorima, lica sa prethodnim iskustvom u radu sa posebno ranjivim grupama, antropologe i socijalne radnike. Prema tome, stručnost preventivnog mehanizma se može dopuniti angažovanjem spoljnih eksperata. Pravilnikom bi trebalo izričito biti dozvoljeno da se u nacionalnom preventivnom mehanizmu angažuju ovi eksperti i da im se omogući da mogu zajedno sa članovima Nacionalnog preventivnog mehanizma vršiti posjete. Međutim, ovo ne može umanjiti potrebu postojanja adekvatnog ranga stručnosti i unutar samog nacionalnog preventivnog mehanizma. Njegovi članovi bi takođe trebali da imaju izražen lični integritet i zalaganje za prevenciju torture, lošeg postupanja, te unapređenje uslova u svim pritvorskim mjestima.

LITERATURA

KNJIGE, ČLANCI I IZVJEŠTAJI

1. Asocijacija za prevenciju torture (2006), *Uspostavljanje i određivanje Nacionalnih mehanizama za prevenciju torture U okviru Opcionog protokola uz UN Konvenciju protiv torture*, Ženeva.
2. Bobio, N. (1995), *Liberalizam i demokratija*, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

3. Dimitrijević, V., i dr. (2007), *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
4. Dvorkin, R. (2001), *Sušтина individualnih prava*, Beograd, Podgorica, JP Službeni list SRJ, CID.
5. Delaplace, E., Pollard, M. (2006), „Torture prevention in practice“, *TORTURE*, Volume 16, No. 3, str. 220–246.
6. Finis, Dž. (2005), *Prirodno pravo*, Podgorica, CID.
7. Fridrih, K. (2005), *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica, CID.
8. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka, Fakultet pravnih nauka.
9. Milosavljević, B. (2011), *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Javno preduzeće Službeni glasnik,.
10. Mitrović, Lj., Grbić Pavlović, N., Pavlović, G. (2016), „Derogiranje ljudskih prava u vanrednom stanju – slučaj Bosni i Hercegovine“, *Pravni vjesnik*, god. 32, br. 3-4, str. 201 – 211.
11. Mitrović, Lj., Pavlović, G. (2017), „Nephodnost usaglašavanja pravnih standarda u Bosni i Hercegovini sa međunarodnim standardima na polju prevencije torture“, u: Zborniku radova *Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama (acquis communautaire) Evropske unije - stanje u Bosni i Hercegovini i iskustva drugih*, Banja Luka, Istraživački centar Banja Luka, str. 1–18.
12. Ombudsmen za ljudska prava BiH (2010), *Opservacije o primjeni Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja*, Banja Luka.
13. Pavlović, G., Grbić-Pavlović, N. (2011), *Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kao osnov prevazilaženja nezaposlenosti*, u: Zbornik radova *Nezaposlenost...*, Banja Luka, Klub intelektualaca 123, Evropski defendologija centar, str. 238–250.
14. Petrović, B., Jovašević, D. (2005), *Krivično (kazнено) pravo, Posebni dio*, Sarajevo, Pravni fakultet.
15. Tomušat, K. (2006), *Ljudska prava iztmeđu idealizma i realizma*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
16. Weston, B., 1984, „Human Rights“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, No. 3, str. 257.– 283.
17. Zaštitnik građana (2014), *Nacionalni mehanizam za prevenciju torture - Izveštaj za 2013. godinu sa zaključcima Narodne skupštine Republike Srbije*, Beograd.
18. Živanović, M. (pr.) (2014), *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini - Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava*, Sarajevo, Centar za ljudska prava.

MEĐUNARODNI INSTRUMENTI I PROPISI IZ BiH

1. Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori, broj 8/08).
2. *Opcioni protokol uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka*, usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2002. godine, stupio na snagu 2006. godine.

3. Krivični zakon BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 34/2004, 61/2004, 30/2005, 33/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015 i 40/2015.
4. Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/17.
5. Krivični zakon Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016.
6. Krivični zakon Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, broj 33/2013 – Prečišćeni tekst.
7. Zakon o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore, “Službeni list CG”, br. 42/2011 i 32/2014.
8. Zakon o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture iz 2011. godine, “Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori”, broj 7/11.

ISKUSTVA DRUGIH ZEMALJA

ULOGA NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA LJUDSKA PRAVA U UPRAVNOM I SUDSKIM POSTUPCIMA IZ PERSPEKTIVE PUČKOG PRAVOBRANITELJA

Uvod

Ovim se tekstom nastoji prikazati razvoj institucije pučkog pravobranitelja u Republici Hrvatskoj.

Institucija pučkog pravobranitelja¹³¹ ustavna je kategorija uvedena u pravnu i političku zbilju Republike Hrvatske „Božićnim“ Ustavom 1990. godine (Narodne novine, dalje NN, br. 56/90). Ustav Republike Hrvatske je pučkog pravobranitelja odredio kao opunomoćenika Hrvatskog sabora koji štiti ustavna i zakonska prava građana u postupcima pred državnim upravom i tijelima koja imaju javne ovlasti.

Dvije godine kasnije donesen je prvi Zakon o pučkom pravobranitelju (NN 60/92), a od tada do danas status institucije jača. Prema Zakonu iz 1992. godine u fokusu pučkog pravobranitelja je dobro upravljanje i borba za prava građana pred tijelima državne uprave i tijelima s javnim ovlastima u cijelom nizu upravnih područja: zdravstvenoj zaštiti, socijalnoj skrbi, službeničkim odnosima, imovinskim i stambenim pravima i sl. Značajan posao tih je godina podrazumijevao rad po pritužbama vezanim uz posljedice osamostaljenja Republike Hrvatske i ratna događanja, odnosno uz isplate mirovina, uz prava izbjeglica i povratnika, statusne probleme građana, probleme sa stanovanjem i povratom imovine.

U skladu s općim demokratskim promjenama i inicijativom za decentralizaciju, Ustavom Republike Hrvatske iz 2000. godine (NN 113/00) nadležnost pučkog pravobranitelja se širi na zaštitu ustavnih i zakonskih prava građana u postupcima koji se vode u Ministarstvu obrane, oružanim snagama i službama sigurnosti, te na zaštitu prava građana pred tijelima lokalne i područne (regionalne) samouprave i zaštitu prava na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu pred tijelima državne vlasti.

Međunarodni koordinacijski odbor za nacionalne institucije, reprezentativno tijelo nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava pri Vijeću za ljudska prava Ujedinjenih naroda 2008. godine, akreditirao je pučkog pravobranitelja kao neovisnu nacionalnu instituciju za promicanje i zaštitu ljudskih prava s najvišim postojećim statusom A prema tzv. Pariškim načelima.

Iste 2008. godine donesen je Zakon o suzbijanju diskriminacije (NN 85/08 i 112/12), a pučki pravobranitelj postao je središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije u gotovo svim područjima javnog života, s ovlastima postupanja prema svim fizičkim i pravnim osobama.

Prema izmjenama Ustava Republike Hrvatske iz 2010. godine (NN 76/10) pučki pravobranitelj je opunomoćenik Hrvatskoga sabora za promicanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda utvrđenih Ustavom, zakonima i međunarodnim pravnim aktima o ljudskim pravima i slobodama koje je

¹³⁰ Savjetnica pučkog pravobranitelja, Pučki pravobranitelj, Republika Hrvatska

¹³¹ Riječi i pojmovni sklopovi korišteni u muškom rodu odnose se jednako na muški i ženski rod.

prihvatila Republika Hrvatska. Dakle, pučki pravobranitelj dobiva zadatak promicanja ljudskih prava i sloboda zajamčenih ustavom, zakonom i međunarodnim pravnim aktima o ljudskim pravima i slobodama ljudskih prava, a tijekom 2012. godine stupa na snagu novi Zakon o pučkom pravobranitelju (NN 76/12).

Od 2013. godine pučki pravobranitelj djeluje i kao Nacionalni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja, što mu omogućava da nenajavljeno obilazi zatvore i kaznionice, psihijatrijske ustanove, domove za starije i nemoćne, policijske postaje.

Postupanje pučkog pravobranitelja

Pritužbu pučkom pravobranitelju može podnijeti svatko tko smatra da su nezakonitim ili nepravilnim radom državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba s javnim ovlastima ugrožena ili povrijeđena ustavna ili zakonska prava i slobode.¹³²

I pritužbu na diskriminaciju može podnijeti svatko tko se smatra žrtvom nedopuštenog nejednakog postupanja bilo da je riječ o činjenju ili propuštanju. No Zakon o suzbijanju diskriminacije propisuje svim pravnim i fizičkim osobama, uključivo državnim tijelima, tijelima jedinica lokalne i područne samouprave te pravnim osobama s javnim ovlastima, da uz pristanak osobe za koju postoji sumnja da je žrtva diskriminacije, prijave osnovane sumnje na diskriminaciju pučkom pravobranitelju ili posebnim pravobraniteljima.

Nitko ne smije biti onemogućen u podnošenju pritužbi pučkom pravobranitelju ili stavljen u nepovoljniji položaj zbog obraćanja pučkom pravobranitelju, a zaštitu od viktimizacije osoba koje su u dobroj vjeri prijavile diskriminaciju ili su na neki način sudjelovale u postupku vođenom povodom diskriminacije, moguće je ostvariti u prekršajnom postupku sukladno Zakonu o suzbijanju diskriminacije.

Pučki pravobranitelj postupi i po anonimnim pritužbama ukoliko su razumljive i sadrže dovoljno podataka, a njihova brojnost ukazuje na nepovjerenje građana u institucije. U praksi se primjećuje sve veći broj podnesaka koji po svom karakteru ne predstavljaju pritužbe građana, već molbe za pomoć ili informaciju.

Pučki pravobranitelj može pokrenuti postupak i po službenoj dužnosti, a najčešće se radi o situacijama za koje dozna putem medija.

Zbog Ustavom Republike Hrvatske zajamčene samostalnosti i neovisnosti sudbene vlasti, pravilo je da pučki pravobranitelj ne postupi u slučajevima o kojima se vodi sudski postupak, osim ako se radi o pritužbi na nepotrebno odugovlačenje postupka ili očitoj zloupotrebi ovlasti. Pučki pravobranitelj ne postupi niti po pritužbama za čije su rješavanje nadležne druge

¹³² Ustav Republike Hrvatske čl. 93. st. 2.: „Svatko može podnijeti pritužbu pučkom pravobranitelju ako smatra da su, uslijed nezakonitog ili nepravilnog rada državnih tijela, tijela lokalne i područne (regionalne) samouprave i tijela s javnim ovlastima, ugrožena ili povrijeđena njegova ustavna ili zakonska prava.“

pravobraniteljske institucije, odnosno pravobranitelj za ravnopravnost spolova, pravobranitelj za osobe s invaliditetom i pravobranitelj za djecu.

Zakonom o pučkom pravobranitelju propisano je kako pučki pravobranitelj slobodno odlučuje hoće li pritužbu uzeti u razmatranje i u kojem opsegu, a može odlučiti ne postupati ukoliko se radi o predmetu u kojemu je u tijeku postupak, osim zbog neopravdanog odugovlačenja ili očite zloupotrebe ovlasti, ako je otvoren rok za podnošenje pravnog lijeka ili sredstva pravne zaštite prema posebnim propisima, ako nije iskorišteno pravo na podnošenje pravnog lijeka u roku, ako su od učinjene nepravilnosti ili odluke nadležnog tijela protekle tri godine, osim ako ocijeni da se radi o predmetu od iznimnog interesa za zaštitu ljudskih prava i sloboda.¹³³ Odluka o tome hoće li pučki pravobranitelj uzeti pritužbu u razmatranje prema Poslovniku pučkog pravobranitelja ovisi o značaju vrijednosti zaštićenog dobra, broju osoba čija su prava moguće povrijeđena, načinima i okolnostima pod kojima je došlo ili može doći do povrede prava, kao i zakonskim mogućnostima zaštite prava.¹³⁴

Dakle, okolnost da je u tijeku upravni ili sudski postupak u konkretnom slučaju na koji se pritužba odnosi u pravilu predstavlja i zapreku za postupanje pučkog pravobranitelja posljedica je diobe vlasti i definirane uloge ombudsmana u društvu.¹³⁵ Kako Aviani ističe: „Propisivanje načelnog stava da pučki pravobranitelj u pravilu ne postupi u stvarima o kojima je u tijeku upravni ili drugi postupak, bilo je, po mom sudu, motivirano prije svega razlogom da se ne udvostručuju postupci pred različitim tijelima, što bi išlo na uštrb načela učinkovitosti i ekonomičnosti rada. S druge pak strane, ovakav pristup zakonodavca bio je vjerojatno uvjetovan i okolnošću da je potrebno osigurati samostalnost u radu odgovarajućih tijela koja bi mogla biti ugrožena kada bi pučki pravobranitelj vodio postupak s tijelima državne uprave ili pak sudova, a posebno u slučaju kada bi vođenje tog postupka bilo končano zauzimanjem odgovarajuće stava od strane pučkog pravobranitelja prije nego bi bio završen upravni ili sudski postupak.“¹³⁶

Događaju se situacije u kojima neovisno o rezultatima primjerice žalbenih upravnih postupaka iz same pritužbe i prilježeće joj dokumentacije ili više istovjetnih pritužbi postane razvidno da se radi o ugrozi ili povredi nekog prava, odnosno neprihvatljivoj praksi. Tako se u Izvješću pučke pravobraniteljice za 2016. godinu glede problema policijskih službenika oko premještaja navodi: „Iako se u većini pritužbi ukazuje na okolnosti koje su istovremeno predmetom žalbenog postupka pred Odborom, odnosno disciplinskog ili sudskog postupka, pa su mogućnosti postupanja pučke pravobraniteljice ograničene, većini je zajedničko ukazivanje na mobing i samovoljno postupanje rukovodećih policijskih službenika PU i PP prilikom donošenja odluka o rasporedu rada, prekovremenom radu i plaćanju tog rada, dodjeljivanju radnih zadataka, premještajima i rasporedima te pokretanju disciplinskih postupaka. U mnogim pritužbama se spominje kako su odluke rukovodećih službenika motivirane time što su pritužitelji prethodno ukazali na nepravilnosti u njihovom radu ili radu kolega, ili su jednostavno zatražili prava koja

¹³³ I Zakonom o pučkom pravobranitelju iz 1992. bilo je propisano da pučki pravobranitelj u pravilu ne postupi u stvarima u kojima je u tijeku upravni ili drugi postupak.

¹³⁴ Poslovnik pučkog pravobranitelja, čl. 25.

¹³⁵ Zakon o općem upravnom postupku odnosno tzv. „Stari ZUP“ izričito je propisivao mogućnost sudjelovanja pučkog pravobranitelja u upravnom postupku povodom izvanrednih pravnih lijekova, dajući mu ovlast da podnese zahtjev za poništenje ili ukidanje konačnog rješenja po pravu.

¹³⁶ Damir Aviani, „Kontrola uprave putem pučkog pravobranitelja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta a u Splitu*, god. 53 (2016), str. 156.

im pripadaju te im se time zamjerili. Motive tih odluka teško je dokazati, posebice ako su ispunjene sve formalne pretpostavke njihovog donošenja, no ipak je razvidno kako se odluke o premještanju često donose zbog „potreba službe“, ali bez valjanog obrazloženja.“ Imajući u vidu uočeno, pučka je pravobraniteljica ukazala na potrebu izmjene propisa kojima će izričito odrediti najduže trajanje obavljanja poslova drugog radnog mjesta po pisanom nalogu nadređenog rukovoditelja.¹³⁷

Po pritužbi se provodi skraćeni postupak ili ispitni postupak. Predmet kontrole i propitivanja pritužbenih navoda je činjenje odnosno propuštanje službenih osoba, uključivo i slobodnu ocjenu, dakle i zakonitost i pravilnost rada.¹³⁸

U tom kontekstu, Đerđa i Antić navode: „...Zadatak mu je na relativno neformalan način ispitivati slučajeve povreda prava pojedinaca do kojih je došlo nezakonitim i nepravilnim radom upravnih tijela; te je ovlašten konstatirati uočenu nezakonitost ili nepravilnost rada tijela nad kojima je ovlašten obavljati nadzor, kao i davati prijedloge i preporuke u svezi s mjerama koje treba poduzeti kako bi se uočena nezakonitost ili nepravilnost otklonila. Međutim, pučki pravobranitelj nema ovlast staviti nezakonit ili nepravilan akt izvan snage, baš kao što nema niti ovlast meritorno riješiti upravnu stvar.“¹³⁹

U ispitnom postupku se traži dostava informacija, podataka, objašnjenja, dokumentacije u određenom roku, a sve kako bi se dobio što širi uvid o mogućoj povredi. I Zakon o pučkom pravobranitelju i Zakon o suzbijanju diskriminacije sadrže odredbe o obvezi tijela da osiguraju dostupnost informacija i dokumentacije vezanu za podnesenu pritužbu. No, samo za nedostavljanje podataka vezanih uz pritužbe na diskriminaciju od strane državnog tijela, jedinice lokalne i područne samouprave odgovorna osoba se može prekršajno goniti te kazniti novčanom kaznom u visini od 1.000 do 5.000 kn.

Zakonom o suzbijanju diskriminacije uvedeno je pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja i u postupanje pred pučkim pravobraniteljem. Prema ovom rješenju, stranka koja u sudskom ili drugom postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje, dužna je učiniti vjerojatnim kako je došlo do diskriminacije. Ukoliko to učini, teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci. Vjerojatnost, odnosno stupanj izvjesnosti mora biti takav da se uvjerenje o postojanju diskriminacije čini izglednijim od odluke da diskriminacije nije bilo. Pritužitelj bi trebao prezentirati činjenice koje pobuđuju sumnju u postojanje veze između diskriminacijske osnove i nekog oblika nepovoljnog postupanja - izravne ili neizravne diskriminacije, uznemiravanja i sl. - a sud, odnosno pučki pravobranitelj, odrediti prag koji se mora zadovoljiti kako bi došlo do prebacivanje tereta dokazivanja na drugu stranu.

Po dovršetku ispitnog postupka pučki pravobranitelj izrađuje izvješće o slučaju koje sadrži ocjenu o ugroženosti ili povredi ustavnih ili zakonskih prava te, kada je to moguće, i preporuku, prijedlog, upozorenje ili mišljenje na koji se način povreda ili ugroza mogu otkloniti. Pučki

¹³⁷ Izvješće pučke pravobraniteljice za 2016. godinu, str. 62.-69., dostupno na www.ombudsman.hr

¹³⁸ Vidjeti više u Damir Aviani, “Kontrola uprave putem pučkog pravobranitelja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53 (2016), str. 144 -152.

¹³⁹ Dario Đerđa i Teodor Antić, “Nadzor nad radom izvršnih i upravnih tijela jedinica lokalne samouprave u Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53 (2016), str. 196.

pravobranitelj nema kasatornih ovlasti, ne može ukinuti ili poništiti akt odnosno sudsku presudu, no ukoliko bi se u postupku utvrdile povrede s elementima kaznenog djela, prekršaja ili povrede radne discipline, može predložiti pokretanje odgovarajućeg postupka. Tijela kojima je upućena preporuka ili prijedlog dužna su u određenom roku o poduzetom obavijestiti pučkog pravobranitelja, a ako to ne učine, obavještava se tijelo nadzora, potom i Vlada Republike Hrvatske.

Pučki pravobranitelj podnosi redovito godišnje izvješće Hrvatskome saboru. Izvješće obvezno sadrži analizu i ocjenu stanja zaštite prava i sloboda u Republici Hrvatskoj, analizu i ocjenu stanja vezanu za određene pojavne oblike povreda prava pojedinaca ili pojedinih društvenih skupina, ocjenu o mjeri u kojoj su konkretna tijela postupala u skladu s prethodnim preporukama, mišljenjima, prijedlozima i upozorenjima pučkog pravobranitelja, te listu preporuka pučkog pravobranitelja za otklanjanje sustavnih nedostataka i nepravilnosti koje dovode do povreda ustavnih i zakonskih prava građana.

Pravobranitelj može podnositi i posebna izvješća Hrvatskome saboru o pojedinim pitanjima iz svog djelokruga, osobito ako se radi o ugroženosti ustavnih i zakonskih prava većeg stupnja ili značaja kao što je, primjerice, bilo u slučaju katastrofalne poplave u Slavoniji u svibnju 2014. godine. Nakon višemjesečnog terenskog rada o uočenim nedostacima u funkcioniranju sustava u prosincu iste godine Hrvatskom je saboru dostavljeno Izvješće pučke pravobraniteljice o ljudskim pravima u kontekstu katastrofe uzrokovane poplavom u Vukovarsko–srijemskoj županiji.¹⁴⁰

Nadalje, pučki pravobranitelj sudjeluje u radu radnih tijela Hrvatskoga sabora, ponajviše Odbora za ljudska prava i prava nacionalnih manjina. Može prisustvovati sjednicama Hrvatskoga sabora kad su na dnevnom redu pitanja iz djelokruga pučkog pravobranitelja. Može ukazati Vladi na potrebu donošenja zakona, podzakonskih propisa, strategija, programa te drugih akata iz područja zaštite ljudskih prava i sloboda te osiguranja vladavine prava te sudjeluje u postupku izrade nacrt propisa iz svog djelokruga. Pored toga, ova institucija može podnijeti zahtjev za pokretanje postupka ocjene suglasnosti zakona s Ustavom u skladu s Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske te inicirati postupak ocjene zakonitosti općeg akta pri Visokom upravnom sud Republike Hrvatske sukladno Zakonu o upravnim sporovima.

Kako Đerđa i Antić zaključuju: „Ovim svojim ovlastima, koje ne uključuju niti objektivno stavljanje izvan snage niti meritorno rješavanje, već samo konstatiranje nastale nezakonitosti, pučki pravobranitelj svrstava se u subjekte nadzora koji zakonitosti u društvu doprinose više svojim autoritetom negoli izravnim nadzornim ovlastima. Njegova učinkovitost više ovisi o ugledu njegova položaja u pravnom sustavu i osobnoga autoriteta negoli o prirodi uglavnom neformalnih ovlasti koje posjeduje.”¹⁴¹

Pritužbe na rad pravosuđa

¹⁴⁰ Izvješće pučke pravobraniteljice o ljudskim pravima u kontekstu katastrofe uzrokovane poplavom u Vukovarsko–srijemskoj županiji od 5. prosinca 2014., dostupno na www.ombudsman.hr

¹⁴¹ Dario Đerđa i Teodor Antić, “Nadzor nad radom izvršnih i upravnih tijela jedinica lokalne samouprave u Hrvatskoj”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53 (2016), str. 198.

Kako je ranije naznačeno, pučki pravobranitelj u pravilu ne postupa u tijeku sudske postupka, osim ukoliko se upire na dugotrajnost postupka ili očitu zlouporabu ovlasti. Tada pučki pravobranitelj traži očitovanje predsjednika nadležnog suda, a ukoliko ono izostane, o okolnostima obavlja predstava predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske.

Pritužbe na rad pravosuđa upućene pučkoj pravobraniteljici godinama su najbrojnije ili su u samom vrhu, a tijekom 2016. godine od ukupno 2792 novozaprimljenih, njih se 320 odnosilo na pravosuđe. Građani u pritužbama ukazuju kako se presude donose nakon površnih postupaka i paušalne ocjene dokaza, na način i pod okolnostima koje ne odražavaju ni zakonitost niti jamstva pravičnog suđenja, što dovodi do sumnje na korupciju, sukob interesa i ozbiljnije zloupotrebe položaja i posljedično do revolta, osjećaja izigranosti i nepovjerenja u pravosuđe. Prigovori se ne odnose samo na sudove nižeg ranga, već i na Vrhovni sud Republike Hrvatske te Ustavni sud Republike Hrvatske. Nepovjerenje građana u pravosudni sustav vidljivo je i iz rezultata istraživanja Svjetske banke provedenog 2016. godine, iz kojeg proizlazi da više od dvije trećine građana ima negativno mišljenje o funkcioniranju pravosuđa. Raste i broj pritužbi na rad državnog odvjetništva, jer ono u velikom broju slučajeva ne komunicira s građanima, ne odgovara na njihove predstavke i ne daje informacije o stanju predmeta. Također, primijećeno je i kako državno odvjetništvo u predmetima u kojima zastupa Republiku Hrvatsku nevoljko predlaže sklapanje nagodbi, koje bi skratile trajanje postupaka i u konačnici donijele uštedu proračunskih sredstava.¹⁴²

Postupanja pučkog pravobranitelja po pritužbama na rad pravosuđa zbog njegove ustavne samostalnosti i neovisnosti su ograničena, no neovisno o tome, iz mnogih je pritužbi moguće detektirati probleme u pravosuđu, od kadrovskih, financijskih, organizacijskih, problema u ostvarivanju prava na besplatnu pravnu pomoć, te na temelju njih i u okviru godišnjih izvješća izraditi sustavne preporuke za poboljšanje stanja u toj oblasti.

Pučki pravobranitelj kao središnje tijelo za suzbijanje diskriminacije i njegova uloga u sudskim postupcima

Zakonom o suzbijanju diskriminacije osigurava se zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije, odnosno stavljanja u nepovoljniji položaj po brojnim, taksativno navedenim, osnovama.

Zakon se primjenjuje prema svim pravnim i fizičkim osobama u gotovo svim područjima javnog života, od rada i zapošljavanja, preko zdravstvene zaštite, pa do javnog informiranja i medija. Njegovim stupanjem na snagu pučki pravobranitelj postaje središnje tijelo nadležno za suzbijanje diskriminacije sa širokom ovlastima. U okviru mandata središnjeg tijela pučki pravobranitelj postupa po prijavama na diskriminaciju te pruža obavijesti o pravima i obvezama, donosi preporuke i upozorenja, predlaže odgovarajuća zakonska i strateška rješenja, upozorava javnost na pojave diskriminacije. Uz pristanak stranaka može provesti postupak mirenja uz mogućnost

¹⁴² Izvješće pučke pravobraniteljice za 2016. godinu, str. 13.-29., dostupno na www.ombudsman.hr.

sklapanja izvansudske nagodbe, provoditi istraživanja i izvještavati Hrvatski sabor o pojavama diskriminacije.

Pored navedenog, pučki pravobranitelj može podnositi kaznene prijave u vezi sa slučajevima diskriminacije, kao i optužne prijedloge za prekršaje propisane Zakonom o suzbijanju diskriminacije. Može se na strani i uz pristanak tužitelja umiješati u individualne građanske parnice koje se vode zbog diskriminacije. Utvrđivanje građanske odgovornosti za diskriminaciju moguće je u parnicama po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije i to za utvrđivanje, zabranu ili otklanjanje diskriminacije, za naknadu štete zbog diskriminacije, odnosno objavu presude kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje u medijima. Zakon o suzbijanju diskriminacije propisuje mogućnost i da se pitanje diskriminacije rješava kao prethodno pitanje. Pučki pravobranitelj može podnositi i udružne tužbe za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine osoba čija prava štiti i tražiti utvrđivanje diskriminacije, zabranu ili otklanjanje diskriminacije, odnosno objavu presude kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje u medijima. Radi se o parnicama koje se vode pred županijskim sudovima i u koje pučki pravobranitelj može intervenirati ukoliko su udružnu tužbu podnijeli drugi ovlaštenici, odnosno organizacije civilnog društva.

Koristeći navedene ovlasti pučki se pravobranitelj umiješao u nekoliko građanskih parnica, pokrenuo je jedan prekršajni postupak te podnio kaznenu prijavu za govor mržnje. Parnice u kojima je sudjelovao ticala su se utvrđivanja diskriminacije i naknade štete po osnovi nacionalne pripadnosti i dobi i to u područjima obrazovanja i rada. Postupci su pravomoćno okončani usvajanjem tužbenog zahtjeva. Intervenirao je i u parnicu povodom udružne tužbe podnesene protiv čelnika nogometnog saveza zbog diskriminacije po osnovi spolne orijentacije, a predmet je također pravomoćno dovršen usvajanjem tužbenog zahtjeva i tuženikovom isprikom u medijima.¹⁴³

Za prekršaje uznemiravanja, spolnog uznemiravanja, nedostavljanja podataka pučkom pravobranitelju i viktimizacije¹⁴⁴ pučki pravobranitelj ovlašten je podnijeti optužni prijedlog. Prekršajni postupak koji je pučki pravobranitelj pokrenuo radi uznemiravanja po osnovi nacionalne pripadnosti protiv gradskog trgovačkog društva okončan je zastarom, a kaznena prijava za govor mržnje usmjeren na pripadnike nacionalnih i vjerskih manjina u jednoj pisanoj publikaciji je odbačena jer je sud našao da nije bilo osnova sumnje u ostvarenje bića djela.

U sudskim postupcima podnesci pučkog pravobranitelja temeljili su se na poznavanju europskog antidiskriminacijskog prava te sudske prakse, ali i na iskustvima stečenim u radu s ranjivim skupinama pa se mogu smatrati svojevrsnim strateškim parničenjem koje bi, osim dobrobiti za pojedince, trebalo pridonijeti i formiranju domaće sudske prakse, djelovati odvraćajuće i upozoravajuće te ukazivati na nedopuštena i neprihvatljiva postupanja u demokratskom društvu.

Praćenje sudske prakse u predmetima povezanim s diskriminacijom

¹⁴³ Izvješća pučkog pravobranitelja su dostupna na www.ombudsman.hr.

¹⁴⁴ Prekršajne odredbe Zakona o suzbijanju diskriminacije, čl. 25-29.

Prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije sva su pravosudna tijela dužna voditi statističke evidencije o sudskim predmetima vezanim uz diskriminaciju i dostavljati ih Ministarstvu pravosuđa, koje ih prosljeđuje pučkom pravobranitelju. No, osim statističkih podataka o građanskim, kaznenim i prekršajnim postupcima koji se analiziraju u godišnjim izvješćima, pučki pravobranitelj raspolaže i dijelom sudskih građanskih, kaznenih, prekršajnih i upravnosudskih odluka vezanih uz diskriminaciju.¹⁴⁵ Temeljem njih se identificiraju trendovi i izazovi u provedbi antidiskriminacijskog zakonodavstva. Posebno pažljivo se u tom kontekstu prate pojavnosti vezane uz zločine iz mržnje.

Iako je Zakon o suzbijanju diskriminacije stupio na snagu početkom 2009. godine, sudska praksa još je uvijek nedosljedna, a nepotpuni tužbeni zahtjevi ukazuju na potrebu nastavka edukacije svih sudionika sudskih postupaka vezanih uz diskriminaciju, na čemu rade i djelatnici institucije. Osim usvajanja i nadogradnje potrebnih znanja, učinkovito postupanje protiv diskriminacije traži odluke koje će djelovati odvraćajuće na potencijalne počinitelje. Tek sveobuhvatnim pristupom moguće je stvaranje kvalitetne i učinkovite sudske prakse koja će imati pozitivne učinke i na stjecanje povjerenja žrtava diskriminacije da svoja prava ostvare sudskim putem.¹⁴⁶

Umjesto zaključka

Pučki pravobranitelj kao opunomoćenik Hrvatskog sabora razmatra pritužbe građana na nezakonitosti i nepravilnosti u radu državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba s javnim ovlastima, a u skladu s posebnim zakonima razmatra i pritužbe koje se odnose na rad pravnih i fizičkih osoba. Nema ovlasti zastupati građane, pružati besplatnu pravnu pomoć, ukinuti, poništiti ili izmijeniti upravni akt ili sudsku presudu, što građani često od institucije očekuju. Može se umiješati ili pokrenuti sudski postupak samo pod pretpostavkama iz Zakona o suzbijanju diskriminacije.

U svom djelovanju pučki pravobranitelj uvažava činjenicu da pravni poredak službenim osobama, bilo da je riječ o sucima ili državnim službenicima, priznaje samostalnost u odlučivanju i rješavanju, a zakonitost i svrhovitost njihova rada kontrolira se tijelima/sudovima višeg stupnja.

Razvoju demokratskih vrijednosti, vladavini prava te posebno društvu bez diskriminacije pučki pravobranitelj može i treba pridonositi kroz različite načine djelovanja, bilo da je riječ o radu u pojedinačnim predmetima, sudjelovanju u javnim raspravama pri donošenju propisa, edukacijama o ljudskim pravima i nediskriminaciji, ili kampanjama. No najsnažnijim se alatom smatraju godišnja izvješća pučkog pravobranitelja Hrvatskom saboru, jer preporuke, prijedlozi i upozorenja koje upućuje različitim subjektima radi ispravljanja sustavnih nepravilnosti djeluju snagom autoriteta koji proizlazi iz povezanosti s Hrvatskim saborom.

¹⁴⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske je, po zamolnici pučkog pravobranitelja, dopisom od 8. svibnja 2012. upućenim Visokom prekršajnom sudu Republike Hrvatske, Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske te svim županijskim sudovima, preporučio dostavljanje preslike odluka u predmetima povezanim s diskriminacijom.

¹⁴⁶ Detaljnije o analizi sudske prakse za 2016. u Izvješću pučke pravobraniteljice za 2016. godinu, str. 23. – 28. dostupno na www.ombudsman.hr

LITERATURA

KNJIGE, ČLANCI I IZVJEŠĆA

1. Aviani, Damir (2016), "Kontrola uprave putem pučkog pravobranitelja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, str. 139-164.
2. Đerđa, Dario i Antić, Teodor (2016), "Nadzor nad radom izvršnih i upravnih tijela jedinica lokalne samouprave u Hrvatskoj", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, str. 165-205.
3. Pučki pravobranitelj, *Izješće pučke pravobraniteljice o ljudskim pravima u kontekstu katastrofe uzrokovane poplavom u Vukovarsko-srijemskoj županiji*, dostupno na <http://ombudsman.hr/attachments/article/469/Izvjescje%20PP%20o%20poplavama.pdf>.

PRAVNI PROPISI

1. Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine* 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
2. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine* 99/99, 29/02 i 49/02.
3. Zakon o pučkom pravobranitelju, *Narodne novine* 60/92.
4. Zakon o pučkom pravobranitelju, *Narodne novine* 76/12.
5. Zakon o suzbijanju diskriminacije, *Narodne novine* 85/08 i 112/12.
6. Zakon o Nacionalnom preventivnom mehanizmu za sprečavanje mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, *Narodne novine* 18/11, 33/15.
7. Zakon o upravnim sporovima, *Narodne novine* 20/10, 143/12, 142/14, 94/16 i 29/17.
8. Zakon o općem upravnom postupku, Sl. list. SFRJ 47/86 – pročišćeni tekst, *Narodne novine* 53/91, 103/96.
9. Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine* 47/09.
10. Zakon o nacionalnom preventivnom mehanizmu za sprečavanje mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, *Narodne novine* 18/11 i 33/15.
11. Poslovnik pučkog pravobranitelja, *Narodne novine* 99/13.

Бранкица Јанковић¹⁴⁷ и Ивана Крстић¹⁴⁸

ЗНАЧАЈ И УЛОГА СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА У ЗАШТИТИ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уводне напомене

Дискриминација је феномен који је стар колико и сама цивилизација, али је забрана дискриминације уведена тек Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године. Било је потребно много година да би заштита од дискриминације била успостављена и у националним правним системима. Република Србија је целовит систем заштите од дискриминације успоставила тек Законом о забрани дискриминације из 2009. године. Овај механизам заштите обухвата грађанскоправне, кривичноправне и прекршајноправне механизме, зависно од саме повреде. Такође, Законом о забрани дискриминације основана је институција Повереника за заштиту равноправности, као независног и специјализованог органа, који има улогу како да заштити лица изложена дискриминацији, тако и да делује на пољу превенције, односно унапређења равноправности.

Поменута два циља најбоље се могу помирити вођењем стратешке парнице, под којом се подразумева заступање индивидуалних интереса ради остварења ширег друштвеног циља, односно метод како би се путем судских пресуда остварила шира друштвена промена, извршио утицај на правну праксу и јавне политике и унапредио положај дискриминисаних друштвених група (Schokman, Creasey, Mohen, 2012).

Први случајеви стратешког парничења могу се назрети још крајем 18. века у Енглеској, иако у то време нису називани тим именом. Тако је у једном предмету судија заузео став да ропство треба укинути јер је противно моралу (*Somerset v. Stewart*, 1772). Иако ова пресуда није довела до укидања ропства, она је два века касније послужила америчким борцима против ропства¹⁴⁹.

Пресуда која је према оцени многих постала модел за све будуће стратешке парнице јесте Браун против Одбора за образовање у Топеки, Канзас, САД из 1954. године (*Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954)).¹⁵⁰ Овом пресудом суд је прогласио да је прављење одвојених школа за црну и белу децу противно Уставу, и утврдио постојање расне сегрегације. Став који је судско веће заузело у овом случају је био од великог значаја за борбу против расне дискриминације и развој стратешког парничења.

¹⁴⁷ Повереница за заштиту равноправности; brankica.jankovic@ravnopravnost.gov.rs

¹⁴⁸ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду; ikrstic@ius.ac.bg.rs

¹⁴⁹ „Guide to Strategic Litigation”, The Public Law Project, Legal Services Commission UK (2014).

¹⁵⁰ Видети <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>

Стратешке парнице имају све већи значај и у Републици Србији, а први случајеви служили су управо за кристалисање одређених правних ставова, о чему ће бити речи у наредном тексту.

Важеће међународно право

Република Србија је и пре доношења Закона о забрани дискриминације прихватила велики број међународних инструмената из области заштите људских права, којима се забрањује дискриминација. Међу најважнијим инструментима су Међународни пакт о грађанским и политичким правима („Службени лист СФРЈ”, број 7/71) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 7/71). Ипак, по свом значају, посебно се издвајају они међународни споразуми који се непосредно односе на спречавање и заштиту од дискриминације. Од ових докумената треба споменути Међународну конвенцију о укидању свих облика расне дискриминације („Службени лист СФРЈ”, број 31/67), Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 11/81), али и Конвенцију о правима особа са инвалидитетом („Службени гласник РС - Међународни уговори”, број 42/09) и Конвенцију о правима детета („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 15/90). Када се говори о универзалним инструментима, посебно место у спречавању и заштити од дискриминације припада и инструментима Међународне организације рада, где се по свом значају издваја Конвенција Међународне организације рада бр. 111 која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања („Службени лист ФНРЈ - додатак Међународни уговори”, број 3/61).

Како је Република Србија чланица Савета Европе, прихватила је велики број инструмената донетих под окриљем ове организације. Ту посебно треба издвојити Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, која пружа веома широку заштиту од дискриминације, као и Оквирну конвенцију о заштити националних мањина („Службени лист СРЈ - Међународни уговори, број 6/98), Европску повељу о регионалним или мањинским језицима („Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 18/05) и Ревидирану европску социјалну повељу („Службени гласник РС - Међународни уговори”, број 42/09).

Иако Република Србија још увек није чланица Европске уније, за њу су од значаја бројни акти примарног и секундарног законодавства који се односе на забрану дискриминације, а посебно од 2012. године, када је стекла статус државе кандидаткиње. Са отварањем поглавља 23 у процесу преговарања за чланство у Европској унији, неопходно је да Република Србија усагласи своје право и праксу са правом Европске уније. Иако су сви оснивачки уговори садржали одредбу којом се забрањује дискриминација, Повеља о основним правима у ЕУ, која је инкорпорисана у Уговор из Лисабона, пружа први свеобухватни каталог људских права, а цело једно поглавље односи се на једнакости и забрану дискриминације. Такође, у Европској унији је донет велики број директива којима се забрањује дискриминација, али се по свом значају издвајају две директиве из 2000.

године: Директива о расној дискриминацији¹⁵¹, која забрањује дискриминацију по основу расног или етничког порекла у области запошљавања, социјалне сигурности, образовања, добара и услуга и Директива о једнакости при запошљавању¹⁵², која забрањује дискриминацију по основу пола, верског уверења, узраста и инвалидитета у области запошљавања. Обе директиве су у великој мери биле ”узор” за доношење домаћег Закона о забрани дискриминације, а посебно одредбе о пребацивању терета доказивања у грађанским парницама са тужиоца на туженог, тако да тужилац само треба да учини вероватним да је дошло до дискриминације, а на туженом је да докаже да није дошло до дискриминације.

Национални правни оквир

Дискриминација је забрањена Уставом Републике Србије („Службени гласник РС”, број 98/06), који у члану 21. прописује да су пред Уставом и законом сви једнаки и да свако има право на једнаку законску заштиту. Уставом се забрањује свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Поред тога, Уставом је прописано да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

Уставна забрана дискриминације ближе је разрађена Законом о забрани дискриминације („Службени гласник РС”, број 22/09), који на детаљан начин уређује општу забрану дискриминације, облике и случајеве дискриминације, а уводи и посебну грађанскоправну паницу за заштиту од дискриминације. Поред овог закона, донети су и посебни антидискриминациони закони: Закон о заштити права и слобода националних мањина („Службени лист СРЈ”, број 11/02, „Службени лист СЦГ”, број 1/03 - Уставна повеља и „Службени гласник РС”, бр. 72/09 - др. закон и 97/13-УС), као и Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом („Службени гласник РС”, бр. 33/06 и 13/16) и Закон о равноправности полова („Службени гласник РС”, број 104/09), који такође уводе посебну парницу за заштиту од дискриминације. Поред тога, антидискриминационе одредбе су садржане у многим другим законима, који садрже прекршајне одредбе за кршење права садржаних у појединим областима друштвених односа који се њима уређују: Закон о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17), Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник РС”, бр. 36/09 и 32/13), Закон о здравственој заштити („Службени гласник РС”, бр. 107/05, 72/09-др. закон, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 - др. закон, 93/14, 96/15 и 106/15), Закон о основама система образовања и васпитања („Службени гласник РС”, број 88/17), Закон о основном образовању и васпитању („Службени гласник

¹⁵¹ Директива Савета 2000/43/ЕС о једнаком третману особа без обзира на њихово расно или етничко порекло, Службени лист ЕУ -19.7.2000-L. 180/22.

¹⁵² Директива Савета 2000/78/ЕС о равноправном третману у запошљавању и професији, Службени лист ЕУ - 2.12.2000-I 303/16.

РС”, број 55/13), Закон о средњем васпитању и образовању („Службени гласник РС”, број 55/13), Закон о црквама и верским заједницама („Службени гласник РС”, број 36/06), Закон о правима пацијената („Службени гласник РС”, број 45/13), Закон о заштити лица са менталним сметњама („Службени гласник РС”, број 45/13), Закон о кретању уз помоћ пса водича („Службени гласник РС”, број 29/15), Закон о употреби знаковног језика („Службени гласник РС”, број 38/15) и многи други закони.

Кривичноправна и прекршајна заштита од дискриминације

Кривичноправна заштита од дискриминације уређена је Кривичним закоником („Службени гласник РС”, бр. 85/05, 88/05-исправка, 107/05-исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16). Наведеним закоником прописано је више кривичних дела у вези са забраном дискриминације. По свом значају, посебно се издваја члан 387, којим се инкриминише расна и друга дискриминација. Као квалификовано дело се кажњавају ширење идеја о супериорности једне расе над другом или пропагирање расне мржње и подстицања на дискриминацију. Поред тога, као једина обавезна отежавајућа околност одредбом члана 54а Кривичног законика, прописана је мржња због припадности раси и вероисповести, због националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета, осим ако није прописана као обележје кривичног дела.

Такође, прекршајноправна заштита је успостављена Законом о прекршајима („Службени гласник РС”, бр.65/2013, 13/2016, 98/2016 - одлука УС), којим се уређује појам прекршаја, услови за прекршајну одговорност, услови за примену прекршајних санкција, као и прекршајни поступак. Закон о забрани дискриминације садржи неколико прекршајних одредаба за које је распон казне од 10 до 100 хиљада, док многи други закони о којима је било речи такође садрже прекршајне одредбе.

Положај и улога Повереника за заштиту равноправности Републике Србије

Већ је речено да је Повереник за заштиту равноправности установљен Законом о забрани дискриминације („Службени гласник РС”, број 22/09, члан 1. став 2) као самосталан државни орган, независан у обављању послова утврђених законом. Надлежност Повереника може се поделити на његову превентивну и заштиту улогу. Законом о забрани дискриминације прописано је да Повереник прима и разматра притужбе због дискриминације, подносиоцу притужбе пружа информације о његовом праву и могућности покретања судског или другог поступка заштите, односно препоручује поступак мирења, подноси тужбе за заштиту од дискриминације и подноси захтеве за покретање прекршајног поступка због повреде антидискриминационих одредаба, подноси годишњи и посебан извештај Народној скупштини о стању у области заштите равноправности, упозорава јавност на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације, прати спровођење закона и других прописа, иницира доношење или измену прописа ради спровођења и унапређивања заштите од дискриминације и даје мишљења о одредбама нацрта закона и других прописа који се тичу забране дискриминације, успоставља и одржава сарадњу са органима надлежним за остваривање равноправности и заштиту људских права на територији аутономне покрајине и локалне

самоуправе, и препоручује органима јавне власти и другим лицима мере за остваривање равноправности (Закон о забрани дискриминације, члан 33).

Повереник за заштиту равноправности, у складу са Законом о забрани дискриминације, има стручну службу која му помаже у вршењу његових надлежности.

Стратешке парнице у Републици Србији

У Републици Србији је Законом о забрани дискриминације уведен посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације. У складу са наведеним законом свако ко је повређен дискриминаторским поступањем има право да поднесе тужбу суду, а на поступак се сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку, при чему је поступак хитан, а ревизија је увек допуштена (Закон о забрани дискриминације, члан 41). Тужбе за заштиту од дискриминације може поднети Повереник, у складу са законом, с тим што ако се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, Повереник може поднети тужбу само уз пристанак тог лица у писаном облику (Закон о забрани дискриминације, члан 46. ст. 1. и 2.).

Парнице које покреће Повереник (стратешке парнице) представљају посебан тип парница за заштиту од дискриминације и представљају механизам који може да допринесе борби против дискриминације и унапређењу равноправности. Повереник за заштиту равноправности има активну процесну легитимацију у овом поступку. Овлашћен је да подноси тужбе суду због повреде прописа који забрањују дискриминацију, у своје име и уз сагласност и за рачун дискриминисаног лица, уколико поступак пред судом по истој ствари није већ покренут или правноснажно окончан (Закон о забрани дискриминације „Службени гласник РС”, члан 33. тачка 3.).

Повереник ове парнице покреће у општем интересу. С обзиром да је покретање ових парница једно од овлашћења Повереника прописаних чланом 33. Закона о забрани дискриминације, Повереник сам процењује када ће и у којим случајевима подићи тужбу за заштиту од дискриминације. Том приликом, он треба да се руководи чињеницом да циљ и смисао парнице које покреће превазилазе значај који оне имају са аспекта заштите права самих дискриминисаних лица. Важно је истаћи да поступак по притужби нема карактер претходног поступка и не представља процесну претпоставку од које зависи покретање парнице за заштиту од дискриминације, као и да подизање тужбе за заштиту од дискриминације није механизам којим се обезбеђује поштовање препорука Повереника. Повереник, тужбом за заштиту од дискриминације не може тражити накнаду материјалне и нематеријалне штете већ само: забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације, односно забрану понављања радње дискриминације; утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања и објављивање пресуде (Закон о забрани дискриминације, члан 43).

У овим парницама важи правило о прерасподели терета доказивања. Ако је суд утврдио да је извршена радња непосредне дискриминације, или је то међу странкама неспорно,

тужени се не може ослободити од одговорности доказивањем да није крив. Уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза, сноси тужени (Закон о забрани дискриминације, члан 45). Према овом правилу, у конкретном случају тужилац треба да учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, а уколико у томе успе, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнаких права и обавеза лежи на туженом.

У поступку за заштиту од дискриминације месно је надлежан, поред суда опште месне надлежности, и суд на чијем подручју је седиште, односно пребивалиште тужиоца (Закон о забрани дискриминације, члан 42). Из саме одредбе произлази да се могу користити правила која важе за општу месну надлежност. Ово је нарочито значајно у појединим случајевима када је пребивалиште односно седиште туженог у другом месту у односу на пребивалиште, односно седиште тужиоца. Имајући у виду да је поред осталог циљ стратешких парница развијање судске праксе из области заштите од дискриминације, примена одредбе о општој месној надлежности суда може додатно допринети развоју судске праксе свих надлежних Виших судова. С тим у вези, Повереник је у 2017. години покренуо две стратешке парнице управо руководећи се овим принципом.

Циљеви и критеријуми за одабир случаја за стратешку парницу

Различити су и бројни циљеви покретања и вођења стратешких парница, при чему се ови циљеви временом могу мењати у зависности од самог друштва и степена његовог развоја. Међутим, циљеви стратешког парничења увек подразумевају решавање распрострањених и систематских случајева дискриминације, али и попуњавање уочених правних празнина у заштити рањивих група, кроз стварање судске праксе (Coomber, 2012).

У упоредно правној пракси, током година развили су се критеријуми којима се тела за равноправност руководе приликом одабира случајева за стратешку парницу. Ови критеријуми се временом развијају, допуњују и обликују сагласно развоју и унапређењу праксе у области заштите од дискриминације.

Критеријуми за стратешко парничење¹⁵³ могу бити различити и углавном се односе на следеће:

1. Критеријуми за случај:

¹⁵³ Критеријуми су преузети и обједињени из следећих публикација: Patrick Geary, *Children's Rights: A Guide to Strategic Litigation* (Лондон: CRIN, 2008), стр. 8-9; Ben Schokman, Daniel Creasey, Patrick Mohen, *Short Guide- Strategic Litigation and its role in promoting and protecting human rights*, Advocates for International Development (2012), стр. 3-5; Европски центар за права Рома, *Приручник за адвокате о заступању Рома-Жртава дискриминације* (Будимпешта, 2005).

- случај има могућност да унапреди правни оквир; неједнакост се лако може представити/уочити; постоји довољно доказа о учињеној дискриминацији;
- разматрају се правни лекови у унутрашњем и међународном праву;
- води се рачуна да стратешко парничење није исто што и пружање правне помоћи, која је оријентисана на клијента и ограничена средствима, а у оквиру тужбеног захтева се може тражити само оно што клијент захтева).

Пре уласка у случај, једна од стратегија може бити и јавно заговарање, односно привлачење група/организација/тела које се баве сличном тематиком како би се придружиле поступку.

2. Критеријуми за доношење одлуке:

- водити рачуна да ли постоји неко правно питање које касније може да послужи за решавање друштвеног проблема / правне празнине;
- анализирати да ли би судска одлука могла да промени досадашњу праксу/реши тај проблем и да ли би судска одлука имала далекосежнији ефекат;
- узети у обзир да ли би медији и шира јавност разумели овај правни проблем у правом смислу и колики је потенцијал за добром медијском покривеношћу случаја;
- узети у обзир да ли су доступни или могући и други начини за постизање циља, поред судског поступка и ако јесу, колико су делотворни у поређењу са судским поступком;
- водити рачуна да ли су судије добро обучене и сензитивисане за случајеве дискриминације.

3. Приступ случају пре изношења пред суд:

Због осетљивости питања и често ненаданих компликација случаја, пожељно је приступити и испитати све чињенице, доказе, тврдње и судску надлежност пре подношења тужбе. У том смислу, треба одговорити на следећа питања:

- Који су релевантни закони за случај? Да ли су они прецизни, примењују се у пракси (са законима који се ретко или нејасно примењују у пракси је већи ризик)?
- Колико су јаке тврдње са правног аспекта? Како ће оне утицати на суд и правни систем? Колико ће бити популарне у држави?
- Колика је шанса за успех?
- Да ли се случај бави заштитом права једне особе или колективног права (веће шансе)?
- Шта је најбољи интерес мањинске групе која се штити?
- Да ли је овај проблем препознат унутар мањинске групе?
- Који циљ има тужба?

- Да ли неки други случајеви који су пред судом могу утицати на овај процес, позитивно или негативно?
- Да ли ће суд бити у могућности да пружи неко ново и нетрадиционално решење у овом случају?
- Да ли постоји опасност од политичког притиска у случају успеха/неуспеха?
- Да ли је тужбени захтев јасан, прецизан и лак за примену?
- Да ли постоји нека друга група или организација која би имала више успеха?

Наведени критеријуми се узимају у обзир и приликом доношења одлуке о стратешком праничењу од стране Повереника. Ипак, неки од критеријума који су се токов времена посебно издвојили у пракси Повереника за заштиту равноправности су следећи:

1. Дискриминација извршена према посебно рањивим и другим посебно значајним групама;
2. Облик дискриминације учестао и широко прихваћен у друштву;
3. Дискриминатор је моћан друштвени чинилац, или је у ситуацији да утиче на значајну групу људи;
4. Однос снага између жртве и учиниоца оправдава интервенцију Повереника;
5. Ова појава је на списку стратешких циљева Повереника;
6. Случај има велике шансе да доведе до мериторне пресуде, уместо да буде одбачен по основу процесних недостатака;
7. Користи су веће од ризика;
8. Дискриминација ускраћује приступ добрима и услугама/

Као циљеви који се желе постићи стратешким парничењем у Редовном годишњем извештају Повереника за заштиту равноправности за 2015. годину, као и у извештајима из претходних година, наведено је да Повереник покреће и води ове парнице у јавном интересу, са циљем да својом процесном активношћу, као тужилац у парници, допринесе доследној примени прописа и унапређењу правне праксе, да додатно охрабри и подстакне жртве дискриминације на покретање антидискриминационих парница, као и да правно едукује и сензибилише јавност за проблем дискриминације. Поред тога, циљ Повереника је да својом процесном активношћу издејствује доношење повољних судских пресуда, којима се поред пружања правне заштите дискриминисаним лицима, упућује и јасна порука јавности да је дискриминација забрањена и да се делотворно кажњава. У Редовном годишњем извештају Повереника за заштиту равноправности за 2016. годину, поред до тада наведених циљева, указано је и да циљ, односно сврха стратешких парница треба да буде и обезбеђење правилног тумачења или правилне примене антидискриминационих прописа, па самим тим да се путем судске праксе појасни смисао одређеног прописа, или да се путем ове праксе укаже на то да је одређени пропис потребно изменити, допунити, односно унапредити.

Ови циљеви су у корелацији са визијом и мисијом Повереника за заштиту равноправности. У Стратешком плану Повереника за заштиту равноправности 2016-2020. наведено је да је потребно остварити следећи циљ: Србија је отворено и толерантно

друштво равноправних људи, које свима пружа једнаке могућности, а мисија: Сузбијање свих облика дискриминације и остваривање пуне равноправности у свим областима друштвеног живота (страна 11).

Пример стратешког парничења у пракси Повереника за заштиту равноправности

Случај

У једном предмету у којем је Повереник за заштиту равноправности 2012. године поднео тужбу за заштиту од дискриминације уочљив је проблем неразумевања појединих процесноправних одредби од стране судија, који може довести до компликација у самом поступку, чиме се одлаже и дејство пресуде.

У овом илустративном случају, тужба је поднета против ресторана брзе хране, због непосредне дискриминације на основу припадности ромској националној мањини, као личног својства. Тужбени захтев је заснован на чињеницама да је одређеног дана обезбеђење туженог забранило малолетној деци ромске националности улазак у ресторан, док је жени, у чијој су пратњи била деца (троје деце ромске националности, узраста од 5 до 8 година) дозволио да уђе у ресторан и купи храну, коју су деца, након тога појела у башти ресторана. Имајући у виду да се акт дискриминације односио на групу лица, Повереник уз тужбу није доставио сагласност за покретање поступка. Повереник је тужбом тражио да суд утврди да је тужени забраном уласка деци ромске националне припадности у ресторан извршио непосредну дискриминацију у пружању јавних услуга и коришћењу објеката и површина на основу националне припадности, као личног својства; да се забрани туженом да убудуће, у оквиру обављања своје делатности, понавља акт дискриминације одбијањем пружања услуге или забраном коришћења објекта припадницама и припадницама ромске националне мањине; да наложи туженом објављивање ове пресуде у једном дневном листу са националним тиражом, о сопственом трошку, у року од 15 дана, као и да наложи туженом да тужиоцу надокнади трошкове парничног поступка у року од 15 дана.

Првостепено решење

Првостепени суд је решењем одбацио тужбу. Као разлоге за одбачај првостепени суд је навео да је у поступку претходног испитивања тужбе, суд утврдио да по тужби не може поступати због тога што у конкретном случају, према ставу суда, Повереник за заштиту равноправности није имао сагласност лица у односу на која се тврди да је извршена радња непосредне дискриминације. У овом случају, обзиром да су у питању малолетници, према ставу суда, било је потребно обезбедити сагласност законских заступника малолетника у односу на које се тврди да је извршена радња непосредне дискриминације. Суд је у образложењу даље навео да је приликом доношења одлуке „имао у виду да је радња туженог била управљена на конкретна лица, на конкретан догађај, а не на забрану уласка припадницима ромске националне мањине у ресторан туженог”, те је суд нашао да је

„било неопходно обезбедити њихову сагласност како за подношење притужбе, тако и за покретање судског поступка”.

Другостепено решење

Против овог решења Повереник за заштиту равноправности је благовремено поднео жалбу другостепеном суду позивајући се на незаконитост решења. У образложењу жалбе Повереника наведено је да је овакав став првостепеног суда заснован на погрешној примени одредбе члана 46. став 2. Закона о забрани дискриминације којом је прописано да ако се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, тужиоци оз става 1. овог члана (Повереник и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица) могу поднети тужбу само уз његов пристанак у писаном облику. У жалби је наведено да је Поверенику потребна сагласност за подношење тужбе само када је у питању дискриминација која је искључиво извршена према једном одређеном лицу и да то произилази и из дикције саме одредбе, која почиње речима „Ако се...”. Односно да се у овом случају ради о посебном услову за подношење тужбе за заштиту од дискриминације који важи само у случајевима дискриминације која је извршена искључиво према одређеном лицу. У жалби је такође наведено да овлашћење Повереника да покреће парнице за заштиту од дискриминације пружа могућност за тзв. стратешко парничење чији је смисао у томе да Повереник за заштиту равноправности, као тужилац у парницама за заштиту од дискриминације, својом процесном делатношћу у парници допринесе правилном тумачењу и доследној примени антидискриминационих прописа, подизању свести јавности, охрабривању жртава дискриминације да траже судску заштиту трајним променама у поступању и понашању правних субјеката и сл. У жалби је такође указано да, чак и кад се тужба за заштиту од дискриминације подиже ради заштите одређеног лица, Повереник за заштиту равноправности то чини у јавном интересу, из чега произлази да у таквом случају Повереник подиже тужбу у своје име, као странка у функционалном смислу, а не у име дискриминисаног лица као његов заступник. Повереник је у жалби даље истакао да треба имати у виду да се значај пресуда донетих поводом стратешких парница које Повереник води не огледа само у томе што се њима пружа правна заштита дискриминисаном лицу (или групи лица) већ и у томе што оне, снагом своје правноснажности и ауторитета које имају у правном поретку упућују јасну поруку јавности да је дискриминација противправно понашање које се не толерише, већ делотворно санкционише. Поводом навода из решења да је у питању конкретан догађај, Повереник је навео да дискриминација увек представља конкретан догађај без обзира на то да ли се односи на појединца или групу и да иако је тужени у конкретном случају извршио акт непосредне дискриминације према троје ромске деце, то одражава његов однос према целој ромској популацији.

Виши суд је одбио жалбу Повереника за заштиту равноправности и потврдио првостепену одлуку. Као разлог за одбијање жалбе наведено је да су наводи неосновани и неприхватљиви будући да уз тужбу, осим новинских чланака који се не могу сматрати валидним доказом, тужилац није пружио доказе за тврдњу да је описани однос туженог такав према свим Ромима, односно ромској популацији, и да као такви нису од значаја за законитост побијаног решења.

Ревизија Врховном касационом суду

Повереник за заштиту равноправности је 2013. године изјавио ревизију Врховном касационом суду против правоснажног решења Вишег суда позивајући се на повреду одредаба Закона о парничном поступку, повреду одредаба Закона о забрани дискриминације и повреде материјалног права. У свом образложењу Повереник за заштиту равноправности истиче да је став другостепеног суда заснован на погрешној примени одредаба Закона о забрани дискриминације који, као посебан закон, регулише судску надлежност и поступак, а тиме и активну легитимацију тужиоца као државног органа у парницама ради заштите од дискриминације, јер је Повереник овлашћен да подноси тужбе за заштиту од дискриминације и изричито је наведено да то чини у своје име, као странка у функционалном смислу. Као самосталан и независан државни орган специјализован за спречавање и сузбијање свих облика и видова дискриминације, Повереник за заштиту равноправности је активно легитимисан за подношење тужбе за заштиту од дискриминације и без сагласности лица које је претрпело дискриминацију, уколико се акт дискриминације односи на два или више лица, и то не само у случајевима када се акт дискриминације односи на групу индивидуално неодређених лица, већ и онда кад су истим актом дискриминације, истовремено и на основу личног својства, дискриминисана два или више конкретних лица, односно чланова групе. Такође је указао да, чак и кад се тужба за заштиту од дискриминације подиже ради заштите одређеног лица, Повереник за заштиту равноправности то чини у јавном интересу, из чега произлази да у таквом случају Повереник подиже тужбу у своје име, као странка у функционалном смислу, а не у име дискриминисаног лица као његов заступник. Сходно свему наведеном, Повереник за заштиту равноправности је нагласио да му је призната активна процесна легитимација у свим парницама сагласно одредбама Закона о забрани дискриминације, без обзира на то о каквом је облику и случају дискриминације реч и да ли је жртва дискриминације појединац или група лица. Повереник за заштиту равноправности је даље навео да је став другостепеног суда „да тужилац није имао доказе да је поступао по притужби на законом прописан начин”, заснован на погрешном тумачењу одредаба Закона о забрани дискриминације, јер је тужба за заштиту од дискриминације допуштена независно од тога да ли је Повереник претходно спровео поступак по притужби. На основу свега наведеног, Повереник за заштиту равноправности је предложио Врховном касационом суду да усвоји ревизију и укине, како решење другостепеног, тако и првостепеног суда и предмет врати на поновно одлучивање.

Одлучујући по ревизији Повереника за заштиту равноправности, Врховни касациони суд је у септембру 2014. године укинуо решење нижих судова, те предмет вратио на поновни поступак и одлучивање. Врховни касациони суд је заузео став да Поверенику није потребна писана сагласност за подношење тужбе у конкретном случају, с обзиром да је тужбу поднео ради утврђења дискриминације према групи лица – деци ромске националности. Врховни касациони суд је указао да тужба Повереника није усмерена на утврђење дискриминације према одређеном лицу, у ком случају би Поверенику била неопходна писана сагласност за подношење тужбе, већ на утврђивање дискриминације према групи лица.

Епизод случаја

Врховни касациони суд је због укидања одлука, предмет вратио на поновни поступак Вишем суду, као стварно надлежном за одлучивање о споровима за заштиту од дискриминације, с обзиром да је изменама и допунама Закона о уређењу судова („Службени гласник РС”, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 - др. закон, 13/16 и 108/16), који је почео да се примењује од 1. јануара 2014. године, стварна надлежност за одлучивање у споровима за заштиту од дискриминације са основних судова прешла у надлежност виших судова. Међутим, Виши суд у Београду се решењем од 16. марта 2015. године огласио стварно ненадлежним за поступање у овој правној ствари и одредио да након правоснажности решења списе предмета достави Првом основном суду у Београду, као стварно и месно надлежном суду. Виши суд је у овом решењу навео да је сагласно члану 23. став 1. тачка 7. Закона о уређењу судова надлежан у споровима за заштиту од дискриминације и злостављања на раду, те како се у конкретном случају не ради о дискриминацији на раду, већ о дискриминацији у другој области, за суђење је надлежан основни суд. Први основни суд је изазвао сукоб стварне надлежности, сматрајући да није надлежан за поступање у овој правној ствари, већ да је за све случајеве дискриминације стварно надлежан Виши суд у Београду, те је доставио предмет Апелационом суду у Београду, ради решавања сукоба стварне надлежности. Апелациони суд у Београду је решењем од 1. јула 2015. године одлучио да је за суђење у овој правној ствари надлежан Виши суд.

Када је решено питање сукоба надлежности, припремно рочиште је одржано 9. децембра 2015. године, чак три и по године након подношења тужбе. Првостепени поступак је окончан пресудом у јулу 2017. године у корист Повереника као тужиоца, односно усвојен је тужбени захтев Повереника као тужиоца и то у целости.

Закључна разматрања

У Републици Србији постоји уређен систем заштите од дискриминације који се састоји у предузимају кривичних и прекршајних санкција, као и у вођењу антидискриминационих парница. Тужбе за заштиту од дискриминације представљају најчешће и најефикасније средство за заштиту од дискриминације, посебно уколико имају одвраћајуће дејство и усмерене су на промену свести у друштву о штетности дискриминације у одређеној области или у односу на одређена лица. Тужбе које подноси Повереник за заштиту равноправности Републике Србије су важне како из разлога да би се жртве дискриминације охрабриле и подстакле на покретање антидискриминационих парница, тако и да би се јавност сензибилисала и упознала са чињеницом да је у питању противзаконита друштвена појава која се може делотворно санкционисати. У представљеном случају, парница је покренута зато што су притужбе ромске националне мањине заузимале највеће учешће у броју поднетих притужби на основу националне припадности или етничког порекла, а и у спроведеним истраживањима ромска национална

мањина је препозната као једна од најдискриминисанијих друштвених група у Републици Србији.

С друге стране, ова парница је илустровала да је систем заштите од дискриминације нов и да још увек није искристалисана улога судија како у погледу надлежности суда, тако и у погледу потребе за давањем сагласности Поверенику да покрене парницу. Ова одлука је донета са неколико година закашњења, али је ипак у значајној мери допринела унапређењу судске праксе, као и будућем правилном тумачењу и примени норми антидискриминационог права, те је на тај начин остварен још један важан стратешки циљ у погледу тумачења одредби Закона о забрани дискриминације. Тако је Врховни касациони суд заузео став да у случају више лица Поверенику није потребна сагласност за покретање поступка. Такође, отклоњене су нејасноће у вези са тим да је у поступцима за заштиту од дискриминације стварно надлежан Виши суд, као и да је тужба за заштиту од дискриминације допуштена независно од тога да ли је Повереник претходно спровео поступак по притужби, односно да ли је по притужби донео мишљење или не.

Коначно, суд је донео одлуку да је у овом случају дошло до непосредне дискриминације по основу националности у области пружања јавних услуга и коришћења објеката и површина и јасно забранио туженом да убудуће, у оквиру обављања своје делатности, понавља акт дискриминације.

На основу искуства са овим предметом, Повереник је указао на потребу измене Закона о забрани дискриминације и то тако да он прецизира појам "група лица" и пропише случајеве када организацијама цивилног друштва када покрећу парнице за заштиту од дискриминације није потребна сагласност Повереника, како у пракси ове норме не би изазивале различита тумачења.

Значај стратешких парница препознала је и Европска мрежа тела за равноправност (ЕКВИНЕТ) као кровна организација свих европских институција за равноправност, када је 2016. године започела рад у радној групи под називом „Strategic Litigation Cluster“, на коме су представници националних тела за равноправност представили актуелне изазове у области стратешког парничења. Посебно је значајно посветити пажњу циљевима за одабир стратешких парница, који су се кроз праксу тела за равноправност показали као кључни, а међу којима се свакако налази и обезбеђивање правилног тумачења и примене антидискриминационих закона, што је један од предуслова за делотворну заштиту од дискриминације.

ЛИТЕРАТУРА

КЊИГЕ, ЧЛАНЦИ И ИЗВЕШТАЈИ

Coomber, Andrea (2012), "Strategically litigating equality - reflections on a changing jurisprudence", *European Anti-Disrimination Law* br. 15, str. 11-21;

Европски центар за права Рома (2005), *Приручник за адвокате о заступању Рома-Жртава дискриминације*, Будимпешта;

Geary, Patrick (2008), *Children's Rights: A Guide to Strategic Litigation*, CRIN, <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/04/Children%E2%80%99s-Rights-A-Guide-to-Strategic-Litigation.pdf>;

Повереник за заштиту равноправности (2016), *Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2015*, Повереник за заштиту равноправности, Београд;

Повереник за заштиту равноправности (2017), *Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2016*, Повереник за заштиту равноправности, Београд;

Повереник за заштиту равноправности (2016), *Стратешки план Повереника за заштиту равноправности 2016-2020*, Повереник за заштиту равноправности, Београд;

Public Law Project (2014), „Guide to Strategic Litigation”, Legal Services Commission UK, https://publiclawproject.org.uk/wp-content/uploads/data/resources/153/40108-Guide-to-Strategic-Litigation-linked-final_1_8_2016.pdf;

Schokman, Ben, Creasey, Daniel, Mohen, Patrick (2012), *Short guide – Strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*, DLA Piper, <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/04/Strategic-Litigation-Short-Guide-2.pdf>;

Међународни инструменти и домаћи прописи

Међународни пакт о грађанским и политичким правима („Службени лист СФРЈ”, број 7/71);

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 7/71)

Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације („Службени лист СФРЈ”, број 31/67);

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 11/81);

Конвенција о правима особа са инвалидитетом („Службени гласник РС - Међународни уговори”, број 42/09);

Конвенција Међународне организације рада бр. 111 која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања („Службени лист ФНРЈ - додатак Међународни уговори”, број 3/61);

Конвенција о правима детета („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 15/90);

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, измењена у складу са Протоколом број 11 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокол број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокол број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокол број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокол број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокол број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима („Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 9/2003);

Ревидирана европска социјална повеља („Службени гласник РС - Међународни уговори”, број 42/09);

Оквирна конвенција о заштити националних мањина („Службени лист СРЈ - Међународни уговори, број 6/98);

Европска повеља о регионалним или мањинским језицима („Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 18/05);

Директива Савета 2000/43/ЕС о једнаком третману особа без обзира на њихово расно или етничко порекло, Службени лист ЕУ -19.7.2000-L. 180/22;

Директива Савета 2000/78/ЕС о равноправном третману у запошљавању и професији, Службени лист ЕУ - 2.12.2000-I 303/16;

Устав Републике Србије („Службени гласник РС”, број 98/06);

Закон о забрани дискриминације („Службени гласник РС”, број 22/09);

Закон о заштити права и слобода националних мањина („Службени лист СРЈ”, број 11/02, „Службени лист СЦГ”, број 1/03 - Уставна повеља и „Службени гласник РС”, бр. 72/09 - др. закон и 97/13-УС);

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом („Службени гласник РС”, бр. 33/06 и 13/16);

Закон о равноправности полова („Службени гласник РС”, број 104/09);

Закон о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17);

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник РС”, бр. 36/09 и 32/13);

Закон о здравственој заштити („Службени гласник РС”, бр. 107/05, 72/09-др. закон, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 - др. закон, 93/14, 96/15 и 106/15);

Закон о основама система образовања и васпитања („Службени гласник РС”, број 88/17);

Закон о основном образовању и васпитању („Службени гласник РС”, број 55/13);

Закон о средњем васпитању и образовању („Службени гласник РС”, број 55/13);

Закон о црквама и верским заједницама („Службени гласник РС”, број 36/06);

Закон о правима пацијената („Службени гласник РС”, број 45/13);

Закон о заштити лица са менталним сметњама („Службени гласник РС”, број 45/13);

Закон о кретању уз помоћ пса водича („Службени гласник РС”, број 29/15);

Закон о употреби знаковног језика („Службени гласник РС”, број 38/15);

Кривични законик („Службени гласник РС”, бр. 85/05, 88/05-исправка, 107/05-исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16).

RAZMJENA NAJBOLJIH PRAKSI U RJEŠAVANJU PROBLEMA KRŠENJA LJUDSKIH PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA BORBU PROTIV DISKRIMINACIJE: PRIMJER I ISKUSTVA INSTITUCIJE OMBUDSMANA REPUBLIKE TURSKE

Uvod

Kao što je poznato, sa razvojem i uspostavljanjem principa vladavine prava, građani su dobili pravo žalbe protiv odluka i akata uprave pred sudovima radi zaštite svojih prava. Međutim, usljed porasta broja i složenosti javnih službi, konvencionalne metode provjere i nadzora postale su nedovoljne (Şengül, 2007: 126), pa su stvorene i/ili razvijene alternativne metode i institucije, kao što je ombudsman, nacionalna tijela za zaštitu ljudskih prava i druge organizacije, u cilju zaštite, garantiranja i unapređenja ljudskih prava pojedinaca.

Prema nekim autorima, o osnivanju institucije ombudsmana u Turskoj počelo se govoriti 1960-tih (Aktel i drugi, 2013:26), dok je prema drugima to bilo 1970-tih (Sobacı i Köseoğlu, 2014:31). Međutim, instituciju ombudsmana u Turskoj nije bilo moguće osnovati do izmjene člana 74 Ustava 2010. godine. Nakon izmjene člana 74 Ustava Republike Turske, pravo podnošenja žalbi Ombudsmanu ustavno je priznato. Slijedom toga, Institucija ombudsmana Republike Turske, sa sjedištem u Ankari i jednim uredom u Istanbulu, ustavna je institucija i osnovana je posebnim zakonom (broj 6328, objavljenim u Službenom glasniku od 29.6.2012.).

Institucija ombudsmana također ima poseban budžet. Glavnog ombudsmana i još pet ombudsmana bira Velika narodna skupština Turske na mandat od četiri godine i oni su nezavisni u svom radu. Nezavisnost i nepristrasnost Institucije zagaranirana je zakonom. Dakle, Institucija ombudsmana vrši svoje dužnosti u cilju ispunjavanja očekivanja i potreba društva, isključivo radi provjere usklađenosti zakona bez naloga ili instrukcija nekog višeg organa. Stoga Institucija predstavlja nezavisan i efikasan mehanizam podnošenja prigovora u vezi sa radom javnih službi i ona provodi istrage i daje preporuke o ispravnosti svih vrsta radnji, postupaka, stavova i ponašanja uprave u smislu zakonitosti i pravičnosti u vezi sa poštovanjem ljudskih prava.

Slično tome, definicija „uprave“ u zakonu je prilično široka i sveobuhvatna. Uprava je u principu definirana kao sve vrste „javne administracije u okviru centralne vlasti, institucije socijalnog osiguranja, lokalne uprave, područne uprave lokalnih uprava, unije lokalnih uprava, organizacije sa opticajnim kapitalom, fondova osnovanih zakonom, javnih organizacija koje imaju status pravnog lica, javnih privrednih preduzeća, udruženih javnih organizacija u većinskom državnom vlasništvu i njihovih pridruženih i zavisnih društava, stručnih organizacija koje imaju status javnih ustanova i privatnih pravnih lica koja pružaju javne usluge“.

¹⁵⁴ Glavni ombudsman Republike Turske, Institucija ombudsmana Republike Turske; seref.malkoc@ombudsman.gov.tr

Međutim, u skladu sa zakonom, Institucija ne može intervenirati u sljedeća četiri vrlo ograničena područja:

- a) Akti predsjednika o njegovim/njenim nadležnostima i odluke i nalozi koje predsjednik potpisuje po službenoj dužnosti;
- b) Akti koji se odnose na vršenje zakonodavne vlasti;
- c) Akti koji se odnose na vršenje pravosudne vlasti;
- d) Aktivnosti Oružanih snaga Turske koje su čisto vojne prirode.

U okviru vršenja svojih dužnosti, nijedan organ, tijelo, institucija ili osoba ne može izdavati naredbe, instrukcije ili cirkulare, davati prijedloge ili savjete glavnom ombudsmanu ili ombudsmanima, i oni su dužni postupati u potpunosti u skladu sa principom nezavisnosti.

Nema sumnje da je postojanje efikasne Institucije ombudsmana, koja nadzire rad javne uprave u smislu zakonitosti i poštovanja principa pravičnosti, korisno kako za građane tako i sa samu upravu. Sva fizička i pravna lica, uključujući i strane državljane, mogu podnijeti prigovore Instituciji ombudsmana. U okviru Institucije ombudsmana, jedan ombudsman je posebno zadužen za istrage u predmetima kršenja ljudskih prava i sa njim radi tim stručnjaka.

Institucija ombudsmana u brojevima

Slijedi pregled rada Institucije ombudsmana u prethodnih pet godina. Zaključno sa krajem 2017. godine, Institucija je zaprimila 41.982 pritužbi za cijeli petogodišnji period. Od toga, 17.131 pritužba je zaprimljena samo u 2017. godini. Od ukupnog broja zaprimljenih pritužbi, 775, odnosno 4,5%, je okončano izdavanjem preporuke ili djelimične preporuke (Kamu Denetçiliği Kurumu, 2018a).

Pored toga, 1.575 pritužbi u 2017. godini je riješeno prijateljskim poravnanjem nakon pregovora vođenih između uprave i strana prije samog pokretanja istrage. Također, 312 pritužbi je proslijeđeno nadležnim organima uprave u 2017. godini, pošto podnositelji prije podnošenja prigovora Instituciji nisu iskoristili sve upravne pravne lijekove. Dakle, može se zaključiti da je 1.887 pritužbi u 2017. riješeno nagodbom.

U 2017. godini, Institucija ombudsmana je izdala 245 preporuka i 177 djelimičnih preporuka. Institucija ombudsmana, kao i posebni uredi ombudsmana, prati situaciju nakon izdavanja preporuka, odnosno da li je nadležni upravni organ postupio u skladu sa preporukom ili ne. U 2017. godini, stopa poštovanja preporuka Institucije dostigla je 62 %, dok je prethodne 2016. godine ta stopa bila 45 %. To ukazuje na rast stope poštovanja preporuka od 50 % u roku od samo godinu dana.

Specijalni i tematski izvještaji Institucije ombudsmana

Pored obaveze provođenja istraga po zaprimljenim pritužbama, Institucija ombudsmana također ima zakonsko ovlaštenje za izradu specijalnih izvještaja o određenim pitanjima ukoliko to smatra neophodnim, a da pri tome ne mora čekati da ih objavi u Godišnjem izvještaju.

Zahvaljujući ovom ovlaštenju za izradu specijalnih izvještaja, kao i obavezi javnih institucija da odgovore na upite Institucije ombudsmana, Institucija je prerasla u vjerodostojan mehanizam praćenja i ocjene stanja u konkretnim oblastima u Turskoj.

Ovlaštenje za izradu specijalnih izvještaja iskorišteno je nekoliko puta u vezi s događajima koji su imali ozbiljan uticaj na stanje u državi, uključujući osjetljiva pitanja kao što je tragedija u rudniku SOMA i skorašnji masovni priliv sirijskih izbjeglica u Tursku. Institucija ombudsmana se, zahvaljujući svojim izvještajima koje su karakterizirali uravnoteženi stavovi, pokazala kao vrijedan akter u teškim debatama o ovim pitanjima.

Specijalni izvještaji su također odigrali značajnu ulogu kao sredstvo za predstavljanje nalaza Institucije o funkcioniranju pravosudnog sistema, u koji se Institucija po zakonu ne može miješati. Tako je Institucija, naprimjer, pripremila specijalni tematski izvještaj o funkcioniranju pravosudnog sistema koji je dostavljen Velikoj narodnoj skupštini te stavljen na uvid javnosti. Također je data preporuka upravi u vezi sa izmjenom određenih zakona, propisa i direktiva.

Uloga Ombudsmana kao facilitatora

Pored vođenja istraga po zaprimljenim pritužbama i izrade specijalnih tematskih izvještaja, Institucija ombudsmana također ima i ulogu facilitatora u rješavanju složenih i strukturalnih problema. U skorije vrijeme, veliki broj roditelja koji su poslije razvoda dobili starateljstvo nad djecom obratio se Instituciji ombudsmana zbog činjenice da se odnos između roditelja koji nije dobio starateljstvo i djece nakon razvoda ne održava pravilno zbog postojećih zakona i njihovog tumačenja. Ovi roditelji su također tvrdili da su njihova prava zagarantirana međunarodnim sporazumima i Ustavom prekršena.

Tokom istrage u ovim predmetima i prigovorima, Institucija ombudsmana je okupila predstavnike Ministarstva porodice i socijalne politike i Ministarstva pravde. Nakon toga, Institucija ombudsmana je finalizirala preporuke i dostavila ih ovim ministarstvima i drugim relevantnim stranama.

U cilju praćenja poštivanja preporuka, Institucija je u svojim prostorijama organizirala jednu radionicu u kojoj su učestvovala sva nadležna ministarstva, predstavnici nevladinih organizacija i akademske zajednice. Tokom radionice, Ministarstvo pravde je dalo detaljne informacije o prijedlozima zakonodavnih izmjena koji su pripremljeni nakon preporuke Institucije ombudsmana, a učesnici su imali priliku da diskutiraju o tim izmjenama i drugim pitanjima.

Pored toga, Institucija ombudsmana poklanja veliku pažnju svojim odnosima sa nevladinim organizacijama i novinarima. Zahvaljujući tim odnosima, Institucija je u mogućnosti da mobilizira veliku javnu podršku.

Institucija ombudsmana također ima jake veze sa 184 univerziteta u Turskoj. Institucija je univerzitetima pomogla u osnivanju „klubova ombudsmana“ koji rade sa 7.250.000 univerzitetskih studenata u cilju popularizacije koncepta ombudsmana, pravde i jednakosti među studentskom populacijom.

Uloga Ombudsmana u ukidanju diskriminacije

Ukidanje diskriminacije je jedan od ključnih prioriteta Institucije ombudsmana. To je sadržano u principima dobre uprave koje Institucija ombudsmana štiti i primjenjuje u provođenju istraga po pritužbama i izradi specijalnih izvještaja (Kamu Denetçiliği Kurumu, 2018a: 416).

Iz tog razloga, Institucija vrlo pažljivo ispituje navode o diskriminaciji, naročito kada je riječ o rodno zasnovanoj diskriminaciji i diskriminaciji osoba sa invaliditetom.

S obzirom na njegov društveno-ekonomski uticaj, sektor migracija je još jedno područje u kojem se mogu javiti navodi o diskriminaciji. Kao što je poznato, u susjednim zemljama Turske, odnosno Siriji i Iraku, vodi se građanski rat. Turska sa ovim zemljama ima granicu u dužini od 1.300 km. Skoro 3,5 miliona Sirijaca prebjeglo je u Tursku bježeći od neselektivnog nasilja. Ovi ljudi žive u Turskoj zajedno sa našim građanima. Vlada Turske i narod Turske prihvatili su i prigrlili ovaj ogromni broj izbjeglica u ime humanosti i pružili im sklonište i pomoć. Ovih 3,5 miliona sirijskih izbjeglica imaju pravo na besplatne zdravstvene usluge i lijekove. Također, 650.000 sirijske djece pohađa turske škole. Iznos humanitarne pomoći Sirijcima dostigao je 30 milijardi američkih dolara.

Institucija ombudsmana je stoga izradila specijalni tematski izvještaj o Sirijcima u Turskoj i izuzetno je impresionirana radom nadležnih organa i uprave. Isto su potvrdile i međunarodne i nevladine organizacije.

Bez obzira na to, Sirijci koji su pobjegli od nasilja u Siriji i pronašli utočište u Turskoj imaju pravo da podnose žalbe Instituciji ombudsmana jednako kao državljani Turske i drugi strani državljani. Stoga, Institucija ombudsmana zaprima pritužbe sirijskih izbjeglica, evidentira ih i provodi istrage iz perspektive ljudskih prava i izbjegavajući diskriminaciju.

Zajednički neprijatelj cjelokupnog čovječanstva: Teror i terorizam

Na kraju ovog članka vrlo je bitno dodati se rastuće prijetnje po sve vrijednosti koje institucija ombudsmana brani i štiti i po cijelo čovječanstvo, a to su teror i terorizam.

U Turskoj postoje tri terorističke organizacije. To su:

- PKK koja posljednjih četrdeset godina ubija nevine ljude postavljajući bombe u gradovima;
- Teroristička organizacija ISIL koja je neprijatelj cijelog svijeta. Ova organizacija izvela je najkrvavije terorističke napade i u Turskoj i odnijela živote stotina ljudi;
- Teroristička organizacija FETÖ koja je 15.7.2016. godine pokušala izvršiti državni udar sa 30 aviona, 60 helikoptera, 100 tenkova i 10.000 vojnika. Bombardirali su zgradu Velike narodne skupštine i pokušali ubiti predsjednika. Ova teroristička organizacija ubila je 250 i ranila 2.500 ljudi i pokušala zbaciti demokratski izabranu vlast. Narod

Turske se suprotstavio zavjerenicima i izašao na gradske trgove. Lijegali su pred tenkove da ih zaustave. Narod je zaštitio ustav i demokratiju i borio se za demokratiju.

U okolnostima građanskog rata u Siriji i Iraku, prisustva 3,5 miliona Sirijskih izbjeglica u zemlji i borbe protiv okrutnih terorističkih organizacija kao što su PKK, ISIL i FETÖ, Institucija ombudsmana bori se za očuvanje pravde i jednakosti.

LITERATURA

Aktel, M., Kerman, U., Altan, Y., Lamba, M., Burhan, O. (2013). *Türkiye İçin Yeni Bir Denetim Modeli: Kamu Denetçiliği (Ombudsman)*. Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 5(9): 21-37;

Kamu Denetçiliği Kurumu (2018a), *2017 Yıllık Raporu*. Ankara, T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu;

Kamu Denetçiliği Kurumu (2018b), *KDK, Çocuk Tesliminde Hak İhlallerinin Önlenmesi Çalıştayı Düzenledi*. Retrieved from <https://www.ombudsman.gov.tr/kdk-cocuk-tesliminde-hak-ihlallerinin-onlenmesi-calistayi-duzenledi/>;

Resmi Gazete (29 Haziran 2012), *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu*. Retrieved from <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120629.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120629.htm>;

Sobaci, M. Z. & Köseoğlu, Ö. (2014). *Türkiye’de Etkin Bir Ombudsman İçin Medya Desteği: Ampirik Bir Analiz*, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt. 19, Sayı. 4, 25-45;

Şengül, R. (2007), “Türkiye’de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(14): 126-145.

NADLEŽNOSTI KOMESARA ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE U ALBANIJI I NJEGOVA ULOGA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Uvod

Komesar za zaštitu od diskriminacije (KZD) u Albaniji osnovan je u maju 2010. godine u skladu sa Zakonom o zaštiti od diskriminacije kao specijalizirana ustanova za zaštitu žrtava diskriminacije sa zadatkom da osigura poštovanje principa jednakosti i zabrane diskriminacije. Komesar pruža pomoć žrtvama diskriminacije, provodi aktivnosti podizanja svijesti, vrši nadzor, sačinjava studije i provodi ankete, daje mišljenja o slučajevima diskriminacije, izrađuje preporuke, uključujući preporuke za izradu novih ili izmjenu postojećih zakona.

Omogućavanje žrtvama diskriminacije da ostvare pristup pravdi preduslov je za primjenu zakona kojima se štiti jednako postupanje i nediskriminacija. Agencija Evropske unije za osnovna prava (FRA) u tom smislu naglašava da je značajno pristupiti pitanjima diskriminacije i rješavati ih. Agencija zapravo pod tim podrazumijeva: zakonodavstvo i mehanizme, pristupačnost mehanizama za podnošenje pritužbi, pravičnost i djelotvornost procedura, te podršku. Pristup pravdi je također usko vezan za pravnu pomoć, bez koje veliki broj žrtava diskriminacije ne bi bio u stanju braniti svoja prava. U svom Petom izvještaju o Albaniji, Evropska komisija za borbu protiv rasizma (ECRI) je vlastima dala preporuku da žrtvama diskriminacije osiguraju djelotvoran pristup pravdi kroz funkcionalan i adekvatno finansiran sistem pravne pomoći. Zahvaljujući najnovijim izmjenama zakona, pravna pomoć se sada pruža i „osobama čija su prava prekršena nekim postupkom ili propustom koji predstavlja diskriminaciju na osnovu odluke nadležnog organa u skladu sa važećim zakonom o zaštiti od diskriminacije“.

Ovlaštenja Komesara za zaštitu od diskriminacije u upravnom postupku

Komesar pruža pomoć žrtvama diskriminacije kroz:

- razmatranje pritužbi osoba ili organizacija civilnog društva koje su aktivne u području ljudskih prava;
- pokretanje istraga po službenoj dužnosti na osnovu pouzdanih informacija;
- zastupanje žrtava na sudu.

U slučaju pritužbe koju u ime neke osobe ili grupe osoba podnosi NVO, ta organizacija mora imati specijalno ovlaštenje za zastupanje tih osoba. Ovaj zahtjev čini postupak pred Komesarom rigidnijim od postupka pred sudom i otežava pristup žrtava diskriminacije ovoj ustanovi. ECRI je izričito zahtijevao brisanje ove odredbe (Izvještaj ECRI-a o Albaniji, 2015:16). U Izvještaju ECRI-a se navodi „*Zakonom treba propisati da organizacije, kao što su udruženja, sindikati i druge pravne osobe koje, u skladu sa kriterijima propisanim nacionalnim zakonodavstvom, imaju legitiman interes u borbi protiv rasizma i rasne diskriminacije, imaju pravo pokrenuti parnične postupke, intervenirati u upravnim postupcima ili podnositi krivične prijave, čak i ako*

¹⁵⁵ Bivši Komesar za zaštitu od diskriminacije; irma_baraku@yahoo.com

¹⁵⁶ Direktor Direktorata za pravna i proceduralna pitanja i međunarodne odnose; ardianah@hotmail.com

se ne navodi neka konkretna žrtva. Ako se navodi konkretna žrtva, nužno je pribaviti njenu saglasnost“ (ECRI- GPR br. 7 i 25).

NVO igraju značajnu ulogu u razotkrivanju slučajeva diskriminacije kada se diskriminatornim ponašanjem krše prava određenih zajednica koje su često podložnije diskriminaciji od ostalih. Međutim, najbitnije postupke uglavnom pokreće Komesar na osnovu pouzdanih informacija koje obično dobija od NVO ili medija.

Komesar ima čitav niz nadležnosti kao što su: pravo da traži informacije od strana, ovlaštenje da provodi istrage i provjere. Subjektima koji ne dostave tražene informacije izriču se kazne. Ovim zakonom nije propisano situaciono testiranje kao pravo Komesara ili NVO da utvrđuju diskriminatorne stavove ili subjekte.

Organiziranje rasprava i pokušaj mirenja strana je od ključnog značaja. Zakonom nisu propisane procedure za pokušaj mirenja strana i u tom smislu se ne referira na Zakon o medijaciji. Zbog nedostatka takvih odredbi, ovaj postupak ima svoje prednosti i mane (EQUINET, 2011: 19-22). U 2017. godini, Komesar je izvršio 52 provjere i održao 16 rasprava (KZD, 2017:39).

Jedna od novina u Zakonu o zaštiti od diskriminacije odnosi se na ovlaštenja Komesara da donosi odluke. U slučaju kada utvrdi postojanje diskriminacije, Komesar u svojoj odluci određuje odgovarajuće mjere i prilagođavanja i postavlja vremenski rok za njihovo izvršenje. Kada Komesar izrekne odgovarajuća prilagođavanja ili mjere, osoba protiv koje je podnesena pritužba se izjašnjava pred Komesarom u roku od 30 dana u vezi sa radnjama preduzetim u cilju provođenja odluke. Ako osoba protiv koje je pritužba podnesena ne obavijesti Komesara ili ne provede odluku, Komesar izriče kaznu. Kazna se poništava ako osoba protiv koje je pritužba podnesena provede odluku u roku od 7 dana od izricanja kazne. Kazne se izriču u obliku novčane kazne, a u slučaju kada se fizička ili pravna osoba ne pridržava odluke Komesara ili u roku od 3 mjeseca ne plati novčanu kaznu ili protiv nje ne izjavi žalbu pred sudom, Komesar može zatražiti od nadležnih organa da datoj fizičkoj ili pravnoj osobi oduzmu dozvolu za obavljanje djelatnosti. Pri izricanju kazne u obzir se uzima priroda i obim kršenja te uticaj na žrtvu, lične i finansijske okolnosti prekršitelja.

Ovim zakonom garantira se zaštita po neograničenom broju osnova. Važno je izričito propisati i ostale osnove kao što je državljanstvo (Izvještaj ECRI-a o Albaniji, 2015: 14) ili druge vidove diskriminacije kao što je: seksualno uznemiravanje i segregacija ili višestruka i međusektorska diskriminacija (ECRI- GPR br. 7 i 6). Višestruka diskriminacija odražava realnost da identitet pojedinca može obuhvatati brojne zaštićene karakteristike te nejednakost često može biti složena i višestruka (EQUINET, 2016: 24). Većina pritužbi koje Komesar zaprima tiču se osnova kao što je rasa, zdravstveno stanje, društveni status, invaliditet, politička uvjerenja ili pripadnost određenoj grupi.

Uloga Komesara za zaštitu od diskriminacije u sudskim postupcima

Zakonom o zaštiti od diskriminacije izričito se reguliraju određeni važni aspekti odnosa između Komesara i sudova.

Pored pokretanja upravnog postupka, žrtve diskriminacije imaju pravo i na pokretanje parničnog postupka pred sudom i podnošenje odštetnih zahtjeva, kao i na podnošenje krivičnih prijava nadležnim tužiteljstvima.

U skladu sa ovim zakonom, subjekti koji imaju pravo pokretanja parničnog postupka su:

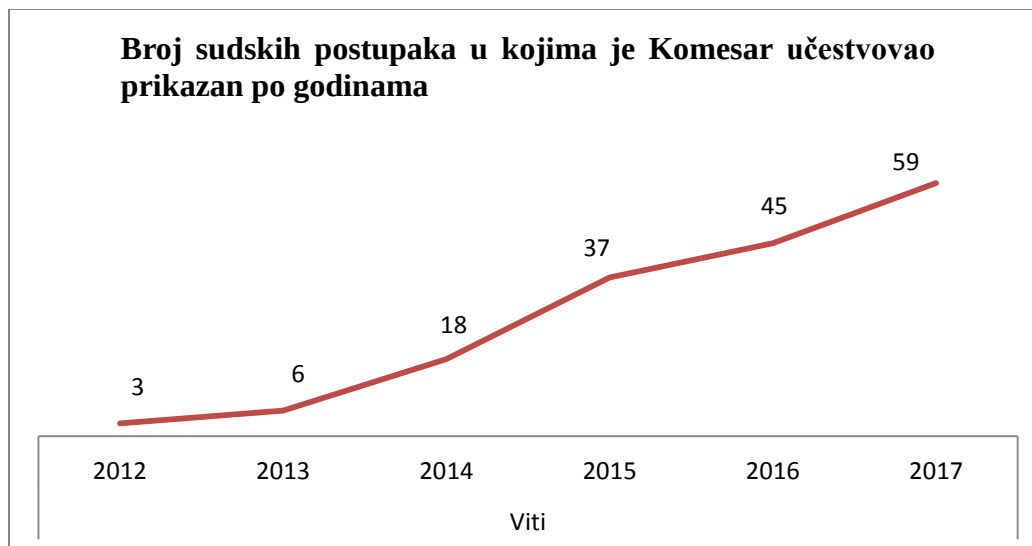
- svaka osoba ili grupa osoba koje tvrde da su žrtve diskriminacije;
- organizacija sa legitimnim interesima;
- Komesar za zaštitu od diskriminacije.

Ova posljednja dva subjekta moraju imati saglasnost žrtve u obliku specijalnog ovlaštenja za zastupanje, odnosno osoba ili grupa osoba koje su žrtve diskriminacije moraju dati pristanak izjavom pred sudom. Komesar nema ovlaštenja za samoinicijativno pokretanje postupaka pred sudom.

Bitno je naglasiti određene aspekte regulirane zakonom koji se tiču odnosa između tužitelja, Komesara i suda.

- Nije nužno iscrpiti pravo žalbe u upravnom postupku da bi se podnijela tužba sudu. ECRI smatra da bi organi vlasti trebali regulirati pitanje istovremenog vođenja postupka pred Komesarom za zaštitu od diskriminacije i sudovima (Izveštaj ECRI-a o Albaniji, 2015: 15-16).
- Oštećena strana nije u obavezi da Komesara obavijesti prije podnošenja tužbe zbog diskriminacije pred sudom.
- Sud obavještava Komesara o svakoj tužbi koja je podnesena zbog diskriminacije.
- Sud može zatražiti od Komesara da dostavi mišljenje u pisanoj formi, rezultate istrage, ukoliko je istraga provedena, ili druge druge informacije koje su značajne za predmet.

Ako utvrdi postojanje kršenja Zakona o zaštiti od diskriminacije, sud donosi rješenje kojim se određuje odšteta i utvrđuje rok za isplatu te odštete te o tome obavještava strane u postupku i Komesara. Vrijedi napomenuti da izricanje mjera u skladu sa ovim zakonom ne isključuje izricanje mjera u skladu sa drugim zakonima.



U 2017. godini, Komesar je učestvovao u 59 sudskih postupaka: u 24 kao tužitelj, u 23 kao treća strana, u 12 za izdavanje naredbe o izvršenju (KZD, 2017:42).

Nakon ustavnih izmjena iz jula 2016. godine, Komesar je postao jedan od subjekata koji imaju pravo pokretanja postupka pred Ustavnim sudom u vezi sa pitanjima koja se tiču njegovih interesa (član 134/1.e). Prije ovih izmjena, Komesar je pozivan od strane Ustavnog suda kao zainteresirana strana u dva slučaja.

Prebacivanje tereta dokazivanja u predmetima diskriminacije predstavlja značajno pitanje za djelotvorno pružanje pomoći žrtvama diskriminacije. Agencija Evropske unije za osnovna prava (FRA) ističe prebacivanje tereta dokazivanja kao jedan od ključnih faktora za osiguravanje jednakosti u postupku u predmetima diskriminacije. Agencija navodi da su proceduralne prepreke te koje, između ostalog, otežavaju oštećenim stranama da se bore za svoja prava (FRA, 2012: 11). Sudije su uglavnom sklone primjeni opšteg principa prema kojem teret dokazivanja ostaje na tužitelju (Hoxhaj E. i Baraku I., 2014: 429). Direktive EU propisuju da, u slučaju da smatraju da su žrtve nejednakog postupanja pred sudom ili nekim drugim nadležnim organom, osobe moraju iznijeti činjenice na osnovu kojih se može zaključiti da je došlo do direktne ili indirektne diskriminacije, nakon čega je tuženik dužan dokazati da nije došlo do kršenja principa jednakog postupanja (Vladasch K. I Vorpsi A., 2016: 13). Zakonom o zaštiti od diskriminacije ne propisuje se prebacivanje tereta dokazivanja u upravnom postupku koji se vodi pred Komesarom, ali se to propisuje za postupak pred sudom (Zakon o zaštiti od diskriminacije, član 36, stav 6). ECRI skreće pažnju na potrebu donošenja jasnih zakonskih odredbi o podijeljenom teretu dokazivanja u predmetima diskriminacije (Izveštaj ECRI-a o Albaniji, 2015:14)

Međutim, usvajanjem Zakona o upravnom postupku definirano je da se ovaj princip primjenjuje i u predmetima diskriminacije koje rješavaju javni organi (Zakon o upravnom postupku, član 82, stav 2). Isti princip je također predviđen članom 9, stav 10, Zakona o radu u vezi sa predmetima diskriminacije u području zapošljavanja. Međutim, uprkos preporukama Komesara, još uvijek nije došlo do izmjena Zakona o parničnom postupku u smislu prebacivanja tereta dokazivanja, što bi omogućilo primjenu ovog principa i u drugim područjima kao što su oblasti roba i usluga.

Zaključci

Potrebne su izmjene i dopune Zakona o zaštiti od diskriminacije u vezi sa definicijom osnova, vidova diskriminacije, zastupanjem oštećenih strana od strane NVO i prebacivanjem tereta dokazivanja, a sa ciljem unapređenja pristupa pravdi za žrtve diskriminacije.

Pored toga, treba uložiti dodatne napore na ujednačavanju sudske prakse u rješavanju predmeta diskriminacije u skladu sa međunarodnim standardima i nacionalnim zakonodavstvom o zaštiti od diskriminacije.

LITERATURA

KNJIGE, ČLANCI I IZVJEŠTAJI

Commissioner for Protection from Discrimination (2018), *Annual Report for 2017*, Tirana;
European Commission against Racism and Intolerance (2015), *Report on Albania (fifth monitoring cycle)*, Strasbourg, Council of Europe, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-albania/16808b54ea>;

European Union Agency for Fundamental Rights (2012), *Access to justice in cases of discrimination in the EU - Steps to further equality*, Luxembourg, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/access-justice-cases-discrimination-eu-steps-further-equality>;

EQUINET (2011), *Providing Independent Assistance to Victims of Discriminations*, Brussels, http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/Independent_Assistance_merged_.pdf;

EQUINET (2016), *Fighting Discrimination on the Ground of Race and Ethnic Origin*, Brussels, http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/equinet_discussion_paper_final_-_web-2.pdf;

Hoxhaj, Entela & Baraku, Irma (2014), "The burden of proof in the administrative process in Albania", *European Scientific Journal* vol 10, No 10;

Vladasch K. & Vorpsi A. (2016), *The legislation framework on anti-discrimination in Albania*, Vienna.

Međunarodni instrumenti i domaći propisi

Ustav Republike Albanije;

Zakon o upravnom postupku Albanije;

Zakon o parničnom postupku Albanije;

Zakon 10221/2010 o zaštiti od diskriminacije;

Zakon o radu Albanije;

Zakon br. 111/2017 o pravnoj pomoći koju osigurava država;

European Commission against Racism and Intolerance, General Policy Recommendation No. 7 (Strasbourg, Council of Europe, 2003).

ULOGA NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA LJUDSKA PRAVA U SUDSKOM POSTUPKU: LEKCIJE IZ REPUBLIKE KOSOVO

Uvod

Jedna od glavnih funkcija nacionalnih institucija za ljudska prava (u daljem tekstu: NILJP) je da državnim organima dostavljaju mišljenja i preporuke na savjetodavnoj osnovi. Tako, naprimjer, tzv. „Pariška načela“ („Načela koja se odnose na status nacionalnih institucija“, usvojena rezolucijom Generalne skupštine 48/134 od 20.12.1993. godine) ukazuju na to da NILJP imaju odgovornost da Vladi, Parlamentu i svakom nadležnom organu, **na savjetodavnoj osnovi...** dostave mišljenja, preporuke, prijedloge i izvještaje o svim pitanjima koja se odnose na unapređivanje i zaštitu ljudskih prava (Pariška načela, „Nadležnosti i odgovornosti“, paragraf 3 (a), naglasak autora). Naime, nijedna od odredbi Pariških načela ne ukazuje na to da bi NILJP trebali imati izvršne nadležnosti ili odgovornosti.

Ovo shvatanje uloge NILJP također dijeli Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (u daljem tekstu: „Venecijanska komisija“), koja ističe da „ključ uspjeha Institucije ombudsmana u državama leži u njegovoj/njenoj moći da ubjeđuje rasuđivanjem na osnovu zakona i ravnopravnosti, a ne u ovlaštenju da izdaje naređenja ili uputstva“(CDL-AD (2007) 020, Mišljenje o mogućoj reformi Institucije ombudsmana u Kazahstanu, Venecija, 1-2. jun 2007. godine, paragraf 19).

U tom istom mišljenju, Komisija koristi svoje viđenje NILJP prema kojem ove institucije suštinski nemaju izvršna ovlaštenja kako bi mogla zagovarati tezu da bi NILJP trebali imati strogo ograničenu ulogu u sudskim postupcima. U jednoj tački Mišljenja, Komisija navodi (naizgled kategorično) da „institucija ne bi trebalo da se uključuje u sporove ili intervencije u sudskim predmetima“ (id., paragraf 12), iako dva paragrafa kasnije dopušta da „se u mandatu ombudsmana ili branitelja ljudskih prava uključi mogućnost podnošenja zahtjeva nacionalnom ustavnom sudu za apstraktnu ocjenu ustavnosti zakona i propisa ili opštih upravnih akata koji pokreću pitanja koja utiču na ljudska prava i slobode“ (id., paragraf 14). Međutim, i pored ovog ograničenog ovlaštenja, Venecijanska komisija, zajedno sa Organizacijom za evropsku sigurnost i saradnju (u daljem tekstu: OSCE), uopšteno skeptično gleda na uključivanje NILJP u sudske postupke u pojedinačnim predmetima.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ombudsman Republike Kosovo

¹⁵⁸ Vidi, npr., CDL-AD (2011) 034, Zajedničko mišljenje o zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore od strane Venecijanske komisije i Ureda za demokratske institucije i ljudska prava OSCE-a, koje je Venecijanska komisija usvojila na 88. plenarnoj sjednici, Venecija, 14. i 15. oktobar 2010, paragraf 39 („u principu, bilo bi poželjno ... isključiti ovlaštenje intervencije u pojedinačnim predmetima“) (citat iz CDL-AD (2007) 024 - Mišljenje o nacrtu zakona o narodnom advokatu Kosova, usvojeno od strane Venecijanske komisije na 71. plenarnoj sjednici, Venecija, 1-2. jun 2007, paragraf 19).

Ovaj članak zagovara modifikaciju konvencionalnog stava o NILJP u korist boljeg razumijevanja uloge koju ove institucije mogu imati u sudskim postupcima. Konkretno, iskustvo Republike Kosovo, deceniju nakon njenog uspostavljanja, pokazuje da ovlaštenje pokretanja ili učestvovanja u sudskim postupcima na više nivoa pravosudnog sistema može poslužiti kao neprocjenjiv instrument u ispunjavanju mandata NILJP u zaštiti i unapređenju ljudskih prava. Sudske sporove, naravno, ne treba smatrati zamjenom za konvencionalnije funkcije NILJP, već ih treba posmatrati kao korisno sredstvo koje ove funkcije dopunjava i osnažuje, osiguravajući mehanizam provođenja i dodatni poticaj za poštivanje preporuka NILJP.

Za razliku od suzdržanog stava izraženog u Pariškim načelima te mišljenju Venecijanske komisije i Ureda OSCE za demokratske institucije i ljudska prava, u ovom članku se tvrdi da bi NILJP trebali uživati najmanje četiri specifična ovlaštenja ili nadležnosti u odnosu na pravosudne organe: (1) ovlaštenje za upućivanje zakona i drugih normativnih akata Ustavnom sudu na apstraktnu ocjenu; (2) ovlaštenje da traže poništenje upravnih akata; (3) ovlaštenje da podnose *amicus curiae* podneske u predmetima koji su u postupku pred sudom; i (4) ovlaštenje da učestvuju u praćenju izvršenja sudskih odluka. Ove četiri tačke će biti detaljno obrađene u četiri odgovarajuća odjeljka uz pozivanje kako na konkretne predmete, tako i na ustavni i zakonodavni okvir Republike Kosovo. Za svako od ova četiri ovlaštenja u članku se navodi i njihova ustavna ili pravna osnova, daje se najmanje jedna ilustracija korištenja datog ovlaštenja na osnovu koje se pokazuje kako je ombudsmanovo učešće u sudskim postupcima bilo od suštinskog značaja za ostvarivanje cilja unapređivanja i zaštite ljudskih prava. Na kraju članka zaključuje se da je u zemljama sa relativno novim ili manje razvijenim demokratskim tradicijama dodjeljivanje ovih nadležnosti NILJP još značajnije.

NILJP kao strana u postupku pred ustavnim sudom

Počnimo sa najmanje kontroverznim načinom na koji se NILJP može pojaviti u sudskim postupcima: kao strana u postupku pred domaćim ustavnim sudom, pokrećući postupak ispitivanja ustavnosti zakona i drugih normativnih akata. Kao što smo već vidjeli, čak i Venecijanska komisija, uprkos opštem negativnom pogledu na učešće NILJP u sudskim postupcima, sugerira da „u mandat ombudsmana ili branitelja ljudskih prava treba uključiti mogućnost podnošenja zahtjeva nacionalnom ustavnom sudu za apstraktnu ocjenu ustavnosti zakona i propisa ili opštih upravnih akata koji pokreću pitanja koja utiču na ljudska prava i slobode“ (CDL-AD (2007) 020 - Mišljenje o mogućoj reformi Institucije ombudsmana u Kazahstanu, *op.cit.* paragraf 14).

Uprkos činjenici da je mogućnost osporavanja zakona i drugih normativnih akata pred Ustavnim sudom relativno ustaljena i međunarodno priznata nadležnost NILJP, veliko iskustvo Ombudsmana Republike Kosovo u ovom smislu može pružiti neke korisne pouke o tome kako NILJP u drugim zemljama mogu maksimalno efikasno iskoristiti ovo ovlaštenje.

Kako bih pružio neophodne osnovne informacije, ukratko ću navesti ustavnu osnovu na Kosovu koja Ombudsmanu omogućava pokretanje postupka pred Ustavnim sudom. Član 135, stav 4, Ustava Republike Kosovo (u daljem tekstu: Ustav) propisuje sljedeće: „Ombudsman može uputiti predmete Ustavnom sudu u skladu sa odredbama ovog ustava.“ Odrednica „u skladu sa

odredbama ovog ustava“ je važna, jer ukazuje na to da Ombudsman pred Ustavnim sudom ne može pokrenuti postupak u **bilo kojem** predmetu, već u skladu sa ustavnim ograničenjima. Koja su ta ograničenja? Ona se mogu pronaći u članu 113 Ustava u kojem su propisane nadležnosti Ustavnog suda. Konkretno u pogledu Ombudsmana, član 113, stav 2, predviđa da je „Ombudsman [ovlašten] da Ustavnom sudu uputi. . . (1) pitanje kompatibilnosti zakona, odluka predsjednika ili premijera i propisa Vlade sa Ustavom [i] (2) pitanje kompatibilnosti statuta opština sa Ustavom.“ Stoga, kako je Sud ustanovio u jednom od prvih predmeta pokrenutih od strane Ombudsmana (predmet br. KI 98/10, Ocjena ustavnosti Odluke broj 06/837 od 16.4.2009. godine i Npi-01/132 od 30.4.2009. godine, Skupštine opštine Štimlje), Ombudsman je . . . ovlašten da ovom sudu podnosi samo zahtjeve za apstraktnu kontrolu, u skladu sa članom 113.2.2 Ustava“ (id., stav 34), a ne za podnošenje zahtjeva u ime pojedinca u konkretnom predmetu.

S tim u vezi, pređimo na analizu dva različita predmeta u kojima je učešće Ombudsmana u postupcima pred Ustavnim sudom odigralo ključnu ulogu u ostvarivanju cilja zaštite i unapređivanja ljudskih prava.

U prvom slučaju, Ombudsman je osporio zakon kojim su poslanici Skupštine Kosova pokušali osigurati dodatne penzije koje bi bile daleko iznad prosjeka penzija koje uživaju obični građani Kosova (predmet br. KO119/10, Ocjena ustavnosti člana 14, stav 1.6, člana 22, člana 24, člana 25 i člana 27 Zakona o pravima i odgovornostima poslanika, broj 03/L-111 od 4.6.2010. godine). Dopunska penzija predviđena zakonom definirana je kako slijedi: „Ako je poslanik služio u najmanje jednom mandatu i ima pedeset i pet (55) godina“ on ili ona „ostvaruje dodatnu penziju u iznosu od pedeset procenata (50%) nadoknade poslanika. Poslanik koji je služio u dva (2) mandata. . . ostvaruje dodatnu penziju poslanika u iznosu od šezdeset procenata (60%) osnovne naknade, dok poslanik koji je služio u tri i više mandata ostvaruje penziju u iznosu od sedamdeset procenata (70%) osnovne naknade“ (Zakon br. 03 / L-111 o pravima i odgovornostima poslanika, član 22, stav 1 i 2).

Nakon usvajanja ovog zakona, jedanaest NVO (vidi paragraf 21 presude Suda) podnijelo je molbu Ombudsmanu pozivajući ga da iskoristi svoje pravo i ospori ustavnost zakona pred Ustavnim sudom. Ombudsman je prihvatio njihovu molbu i podnio predstavku kojom osporava navedeni zakon tvrdeći da se predmetnim zakonom „poslanicima Skupštine Kosova omogućava ostvarivanje penzija koje su povoljnije od penzija svih ostalih građana i da iste nisu u skladu sa ustavnim načelima ravnopravnosti, vladavine zakona, nediskriminacije i socijalne pravde“ (citirano iz paragrafa 30 presude Suda). Žalba Ombudsmana se nije odnosila samo na to da su penzije koje su poslanici sebi odredili donekle više od penzija običnih građana, već da su iste **disproporcionalno** veće. Kao što je Sud konstatirao, Zakon je pokušao „odrediti penzije koje bi bile 8-10 puta veće od osnovnih penzija koje se također isplaćuju iz budžeta Kosova“ (id., paragraf 79). To je, zaključio je Sud, neprihvatljivo sa stanovišta jednakosti pred zakonom i zbog toga je poništio relevantne odredbe.

Iz uspjeha Ombudsmana u ovom predmetu mogu se izvući dvije važne lekcije. Prvo, na osnovu ovog predmeta se vidi da ovlaštenje NILJP za upućivanje predmeta Ustavnom sudu može osigurati moćnu fokalnu tačku za njihovu saradnju sa NVO u civilnom društvu. Ova saradnja međusobno jača i pomaže i NVO i NILJP da postignu rezultate koje ne mogu postići samostalno.

Stoga, s jedne strane, prema Ustavu Kosova, jedanaest NVO nisu mogli sami podnijeti žalbu Suda zbog nepostojanja ovlaštenja za to. Zbog toga im je za uspješno poništavanje ili izmjenu osporenih odredbi bio potreban Ombudsman. Ovo se jasno vidi iz činjeničnog stanja predmeta. Presuda Suda otkriva da su u raznim fazama izrade ovog zakona kroz postupak u Skupštini različite zainteresirane strane pokušale ukloniti ili revidirati osporene odredbe. Tako, na primjer, dok je zakon bio u postupku pred Skupštinom, OSCE je Komisiji dostavio komentare na zakonitost i pravičnost, preporučujući da se odredba o dodatnim penzijama izbriše (vidi paragraf 14 presude Suda). Ovaj pokušaj je bio neuspješan. Zatim, nakon usvajanja Zakona, četiri od jedanaest navedenih NVO je zahtijevalo da predsjednik Republike ne proglasi zakon u skladu sa njegovim pravom iz člana 80, stav 3, Ustava. Međutim, i ovaj pokušaj je bio neuspješan (vidi paragraf 17 presude Suda). Dakle, da Ombudsman nije imao ovlaštenje da osporava zakone pred Ustavnim sudom, ne bi postojao način da se zaustavi stupanje na snagu ovog zakona: NVO to nisu mogli postići sami.

Međutim, s druge strane, NILJP također trebaju NVO u ovakvim predmetima. NILJP, u principu, svake godine zaprimaju hiljade pritužbi od običnih građana, a pritom u mnogim zemljama raspolazu nedovoljnim sredstvima i nedovoljnim brojem uposlenika. U ovim okolnostima i imajući u vidu tempo kojim se zakoni i drugi normativni akti usvajaju, jasno je da, bez civilnog društva i njegove uloge evaluatora ovih akata u smislu njihove usklađenosti sa ustavnim načelima, NILJP možda ne bi ni uočili potrebu za podnošenje zahtjeva za ocjenu ustavnosti u nekim slučajevima. Organizacije u civilnom društvu stoga mogu poslužiti kao oči i uši NILJP kako bi im pomogli da prepoznaju kada je potrebno koristiti pravo na osporavanje akata pred Ustavnim sudom. Predmet o kome smo diskutirali pokazuje da, zajedno, NILJP i civilno društvo mogu postići odlične rezultate u unapređenju i zaštiti ljudskih prava, rezultate koje inače sami ne bi mogli postići.

Druga važna lekcija koja se može izvući iz ovog predmeta jeste da, zahvaljujući mogućnosti osporavanja ustavnosti zakona, NILJP mogu poslužiti kao efektivan bedem za zaštitu od proizvoljnog djelovanje zakonodavca i drugih institucija zaduženih za donošenje normativnih akata. Naravno, ni Ustav Kosova niti ustavi drugih država ne definiraju NILJP kao **jedinu** stranu ovlaštenu za osporavanje ustavnosti zakona i drugih akata. Na Kosovu, naprimjer, ovu nadležnost nema samo Ombudsman, već i predsjednik Republike i Vlada. Ali u predmetima kao što je ovaj o kojem smo diskutirali, u kojem članovi Skupštine imaju lični interes za donošenje zakona, NILJP je u najboljem položaju da podnese zahtjev za ocjenu ustavnosti. Zbog svoje zakonski zagaranirane nezavisnosti i činjenice da u principu funkcioniše van političke arene, NILJP bi - u odnosu na predsjednika i Vladu - bio javno vjerodostojniji i manje podložan odmazdi od strane Skupštine zbog osporavanja zakona koji ide u prilog poslanicima Skupštine. U takvim slučajevima, NILJP je najbolja institucija koja može podnijeti zahtjev za ocjenu ustavnosti.

Pitanje nezavisnosti NILJP je u središtu sljedećeg predmeta koji ćemo razmotriti. Kako bi efikasno proveli svoj mandat zaštite ljudskih prava, NILJP moraju uživati budžetsku, organizacijsku i funkcionalnu nezavisnost u odnosu na vladu i druge državne institucije. Ova nezavisnost bila je glavno pitanje u predmetu br. KO73/16 (Ocjena ustavnosti Administrativnog cirkulara br. 01/2016, izdat od strane Ministarstva javne uprave Republike Kosovo 21.1.2016. godine). Dotičnim cirkularom pokušalo se da se nezavisne institucije - uključujući Instituciju

ombudsmana - podvrgnu standardiziranoj klasifikaciji poslova u režimu državne službe. Ovom klasifikacijom uspostavljen je jedinstveni sistem radnih mjesta, opisa radnih mjesta i platnih razreda, koji se primjenjuju na gotovo sve pozicije koje se finansiraju iz budžeta Kosova. Stav Ombudsmana bio je da ovakav opšti pristup nije mogao i ne može da odgovori na jedinstvene potrebe i funkcije Institucije koju vodi, a samim tim i da je Cirkular neustavno ugrozio njegovu ustavom garantiranu nezavisnost (vidi Ustav, član 132, stav 2: „Ombudsman je nezavisan u vršenju svoje dužnosti i ne prihvata uplitanja ili uputstva ostalih organa ili institucija koje vrše vlast u Republici Kosovo”).

Dakle, Ombudsman je osporio Cirkular pred Ustavnim sudom tvrdeći da Ustav garantira da „nezavisne ustavne institucije [kao što je Institucija ombudsmana] imaju svoj vlastiti budžet, kojim nezavisno upravljaju u skladu sa zakonom. . . . Primjećuje se da je ustavna nezavisnost nezavisne institucije definirana kao nezavisnost u donošenju odluka, organizacijska i finansijska nezavisnost“ (citirano u paragrafu 33 presude Suda). Pokušajem da se od Ombudsmana zahtijeva usklađivanje sa šemom klasifikacije radnih mjesta u državnoj službi, osporeni cirkular spriječio je Ombudsmana da provede vlastitu unutrašnju organizacijsku šemu, koja je, po njegovoj procjeni, bolje prilagođena posebnim potrebama i funkcijama NILJP. Sud je odlučio u korist Ombudsmana, naglasivši da „osoblje koje radi u Instituciji ombudsmana. . . ima drugačije radne obaveze u odnosu na slične pozicije u drugim institucijama i da se ova eksplicitna diferencijacija odražava u njihovom opisu posla i nadoknada i treba da bude očuvana” (id., paragraf 88).

Koja je glavna lekcija izvučena iz ovog predmeta? Lekcija je da ovlaštenje Ombudsmana da daje čisto savjetodavne preporuke ne može, u odsustvu izvršnih ovlaštenja, biti dovoljno za zaštitu vlastite nezavisnosti. Pošto je primio Cirkular Ministarstva za javnu upravu, Ombudsman je svoj prigovor bazirao na ustavnoj osnovi i pokušao ovo pitanje riješiti vansudskim putem. Međutim, Ministarstvo odbija da se povuče (vidi paragraf 24-26 presude Suda). Bez ovlaštenja da ospori Cirkular pred Ustavnim sudom, Ombudsman bi bio nemoćan da osigura svoju ustavnu nezavisnost. Ovaj predmet stoga može poslužiti kao model kako NILJP širom svijeta mogu koristiti svoja ovlaštenja pred Ustavnim sudom kako bi zaštitili svoju nezavisnost kada sama uvjerljiva snaga argumenata nije dovoljna.

NILJP kao strana u postupku pred upravnim sudom

Vidjeli smo da je ovlaštenje NILJP da predmete upućuju Ustavnom sudu relativno nesporno i dobro ustanovljeno. Međutim, nadležnost o kojoj sada govorimo jeste ona koja se najčešće daje NILJP. U Republici Kosovo, Ombudsman ima ovlaštenje ne samo da osporava zakone i druge normativne akte pred Ustavnim sudom, već i da pokreće „upravne sporove“. U pravnom sistemu Kosova, upravni spor je pravni postupak koji pokreće fizičko ili pravno lice „ako smatra da su konačnim upravnim aktom u upravnom postupku povrijeđena njegova/njena prava ili pravni interesi” (Zakon br. 03 / L-202 o upravnim sporovima, član 10, stav 1).

U Ustavu se ne nalaze odredbe o nadležnosti Ombudsmana u ovoj oblasti. Međutim, prema Zakonu o upravnim sporovima, „Tužitelj u upravnom sporu može biti fizičko lice, pravno lice, Ombudsman, društva i organizacije koje djeluju u odbrani javnog interesa i koje smatraju da je upravnim aktima povrijeđeno, neposredno ili posredno, neko pravo ili interes garantiran

zakonom“ (id., član 18). U Republici Kosovo, Ombudsman ima ovlaštenja ne samo da daje preporuke Vladi u svrhu unapređivanja ljudskih prava i dobre uprave, već i da direktno pred sudom osporava sadržaj upravnih akata na koje ima prigovore.

Ova nadležnost bila je ključna za uspjeh Ombudsmana u jednom od najvažnijih predmeta iz 2017. godine. U aprilu prošle godine, list Zëri je objavio članak pod naslovom „KEDS [Služba za distribuciju električne energije na Kosovu] nam naplaćuje 8 miliona eura godišnje za električnu energiju Srba na sjeveru“, što se odnosi na privatnu kompaniju koja ima ekskluzivna prava za distribuciju električne energije širom Kosova. U članku je objavljeno da od kraja rata svo stanovništvo četiri opštine na sjeveru Kosova, gdje većina građana i opštinske vlasti ne priznaju suverenitet Republike Kosovo, bez obzira na to dobija besplatnu električnu energiju iz električne mreže Kosova. Naravno, električna energija koju su koristili bila je besplatna samo za njih: troškove električne energije pokrivali su stanovnici ostatka Republike. A da stvari budu još gore, KEDS je tu praksu tajio od javnosti. Postojanje prakse je otkriveno tek nakon što je Zëri objavio tekst.

Nakon objavljivanja članka, Ombudsman je odmah pokrenuo istragu po službenoj dužnosti, kako bi (1) potvrdio postojanje činjenica koje potkrepljuju tvrdnje lista; i (2) ako su tvrdnje tačne, zatražio od nadležnih organa objašnjenje zašto je dozvoljeno da se sa tom praksom nastavi. Ombudsman je ubrzo dobio potvrdu od Kancelarije energetskog regulatora (u daljem tekstu: „KER“), državne institucije nadležne za energetsku politiku, uključujući i poslovanje KEDS-a, da su činjenične tvrdnje koje je list iznio tačne. Međutim, KER je predmetnu praksu pokušao opravdati nejasnom upravnom odlukom kojom se navodno KEDS-u dozvoljava da gubitke u električnom sistemu pokriva na račun ostalih potrošača na Kosovu.

Ombudsman, naravno, nije bio zadovoljan ovim objašnjenjem i objavio je izvještaj u kojem je detaljno obrazložio da KEDS-ova praksa predstavlja kršenje ustavnih i zakonskih prava stanovnika Kosova koji su morali pokriti troškove besplatne električne energije za sjeverni dio. Prema analizi koju je objavio Ombudsman, ova praksa predstavlja kršenje prava na zaštitu od diskriminacije, prava na imovinu i prava potrošača. On je preporučio da KER odmah naredi KEDS-u da prekine sa primjenom dotične prakse i da ukine nalog kojim je istu namjeravao opravdati. Uprkos rastućem javnom pritisku, KER je to odbio.

Nakon toga, Ombudsman je odlučio iskoristiti svoje ovlaštenje za pokretanje sudskog postupka. Ombudsman je podnio tužbu kojom se od nadležnog suda (u ovom slučaju Odjeljenja za upravna pitanja Osnovnog suda u Prištini) traži poništenje nezakonite odluke KER-a. Iako postupak u predmetu još uvijek traje, Sud je prihvatio zahtjev Ombudsmana za izdavanje privremenog naloga za odlaganje izvršenja odluke KER-a do okončanja postupka u predmetu.

Na osnovu opisa postupka u ovom predmetu lako je uočiti određenu sličnost sa dva ustavna predmeta o kojima smo već diskutirali, odnosno predmetom u kojem su poslanici Skupštine pokušali sebi osigurati dodatnu penziju koja je grubo nesrazmjerna penziji običnih građana i predmetom u kojem je Ministarstvo javne uprave pokušalo uticati na nezavisnost Institucije ombudsmana. U oba slučaja, institucije protiv kojih je Ombudsman podnio podneske (Skupština i Ministarstvo javne uprave) su adekvatno upozorene, bilo od strane civilnog društva ili samog

Ombudsmana, o neustavnosti njihovih postupaka, ali od istih nisu htjele odustati. Ombudsman je tek nakon toga podnio predstavke Ustavnom sudu.

Predmet o kojem je ovdje riječ pokazuje da takva strategija može biti izuzetno korisna i u upravnom području. Pošto KER nije prihvatio preporuku o poništenju odluke, Ombudsman nije imao nikakvu drugu mogućnost osim da iskoristi svoje ovlaštenje i sudu podnese predstavku kojom osporava odluku. I zaista, iako je Ombudsman Republike Kosovo svoje ovlaštenje da predmete uputi Ustavnom sudu češće koristio u odnosu na ovlaštenje da ospori zakonitost upravnih akata, potonje se vremenom može pokazati kao mnogo važnije za rad Ombudsmana. Kao što je Venecijanska komisija primijetila, „najupečatljiviji model institucija ombudsmana ili branitelja ljudskih prava može se ukratko opisati kao nezavisni službenik čija je primarna uloga, uloga posrednika između građana i države i lokalne uprave" (CDL-AD (2007) 020 - Mišljenje o mogućoj reformi Institucije ombudsmana u Kazahstanu, op. cit., paragraf 12). Iako Venecijanska komisija sigurno nije predviđela da NILJP imaju ovlaštenja da osporavaju upravne akte direktno na sudu, pravilno je prepoznala značaj upravnih akata za misiju NILJP. Zbog toga ovlaštenje za podnošenje tužbi protiv takvih akata može biti izuzetno moćan instrument u osiguravanju da se njihove preporuke u ovoj oblasti primjenjuju. Stoga se možemo nadati da će ova nadležnost postati jednako široko rasprostranjena i priznata među NILJP kao i ovlaštenje za osporavanje zakona i drugih normativnih akata pred Ustavnim sudom.

NILJP kao *amicus curiae*

U pravnom sistemu Kosova, Ombudsman, pored uloge strane u postupku, ima i ulogu *amicus curiae* - „prijatelja suda“ - u predmetima u kojima on nije jedna od strana u postupku. Ova nadležnost je relativno nov dodatak instrumentima Ombudsmana. Ova nadležnost, na primjer, nije uključena u Uredbu Misije Ujedinjenih nacija na Kosovu (UNMIK) 2000/38, kojom je Institucija ombudsmana ustanovljena. Niti se pojavljuje u Ustavu ili u prvom zvaničnom zakonu o Instituciji, Zakonu br. 03 / L-195 o Ombudsmanu.

Međutim, u sadašnjoj verziji zakona, odnosno Zakona br. 05 / L-019 o Ombudsmanu, jasno se navodi da „Ombudsman može da se pojavi u svojstvu prijatelja suda (*amicus curiae*) u sudskim postupcima vezanim za ljudska prava, pitanja ravnopravnosti i zaštitu od diskriminacije“ (id., član 16, stav 9). Skoro iste riječi ponavljaju se u Zakonu br. 05 / L-021 o zaštiti od diskriminacije: „Ombudsman se može pojaviti u svojstvu prijatelja suda (*amicus curiae*) u sudskim postupcima koji se odnose na pitanja ravnopravnosti i zaštite od diskriminacije" (id., član 9, stav 2, tačka 13).

Oba ova zakona su relativno skoro usvojena, u ljeto 2015. godine, tako da Ombudsman nije imao puno prilike da vrši svoja ovlaštenja u ovoj oblasti. Uprkos tome, čak i u ovom kratkom periodu, on se pojavljivao kao *amicus curiae* u četiri zasebna predmeta. Ovdje će biti predstavljen jedan od tih predmeta.

Ombudsmanov podnesak u svojstvu *amicus curiae* „U vezi sa situacijom homofobije i transfobije“ upućen je Osnovnom sudu u Prištini na osnovu dva prigovora podnesena Ombudsmanu zbog fizičkih napada na pripadnike LGBT zajednice. Ovi napadi prijavljeni su

Policiji Kosova i nadležnim tužiteljstvima. Međutim, podnositelji prigovora su tvrdili da Osnovno tužiteljstvo u Prištini i Policija Kosova neadekvatno provode istragu incidenta.

Čak i na osnovu ovog kratkog rezimea dva prigovora, jasno je šta je Ombudsman trebalo da uradi, koristeći konvencionalne instrumente NILJP. Kao što se vidi iz evidencije, osoblje Institucije ombudsmana obratilo se i Osnovnom tužiteljstvu u Prištini i Policiji Kosova sa upitom o statusu istrage (vidi str. 2-3 citiranog podneska). U oba slučaja, nakon upita Institucije ombudsmana došlo je do vidnog ubrzavanja tempa ovih istraga. U trenutku pisanja ovog teksta, u jednom od predmeta podignuta je optužnica, a u drugom predmetu sud je već izrekao presudu optuženima za „poticanje nacionalne, rasne, vjerske ili etničke mržnje, razdora ili netrpeljivosti“ (vidi Zakon br. 04 / L-082, Krivični zakonik Republike Kosovo, član 147) i fizički napad (vidi id., član 187) .

Zašto je onda Ombudsman morao poduzeti dodatne radnje pored slanja upita o predmetima nadležnim organima i pozivanja istih da blagovremeno nastave istragu? Koja je svrha podnošenja podneska u svojstvu *amicus curiae*? Jedan od glavnih razloga za podnošenje podneska bio je da se sudu skrene pažnja na nešto što stoji u Krivičnom zakoniku, odnosno, na član 74, „Opšta pravila o izricanju blažih ili težih kazni“. Na spisku otežavajućih okolnosti stoji sljedeće: „ako je krivično djelo počinjeno protiv osobe, grupe osoba ili imovine zbog . . . seksualne orijentacije“ (id., član 74, stav 2, tačka 12). Ombudsman je primijetio da sudija koji je osudio krivce nije eksplicitno razmatrao ovu odredbu prilikom određivanja kazne osuđenim licima. Jedan od ciljeva podneska u svojstvu *amicus curiae* tada je bio poticanje sudova da razmotre odredbu u budućim predmetima koji se odnose na nasilje nad pripadnicima LGBT zajednice.

Ovaj primjer korištenja ovlaštenja Ombudsmana da postupa kao *amicus curiae* u sudskim postupcima pokazuje koliko ovaj instrument može biti moćno sredstvo za NILJP, ali ukazuje i na oprez uz koji ovaj instrument treba koristiti. Razmotrimo svaku od ovih tačaka. Smatram da je ovaj instrument moćno sredstvo jer NILJP omogućuje da se direktno obrate sudu u pogledu pitanja koja su u njihovoj oblasti ekspertize, kao što su predmeti diskriminacije i zaštita ugroženih grupa. S obzirom na veliki broj žalbi koje NILJP zaprimaju u ovoj oblasti, vjerovatno je da njihova ekspertiza u takvim pitanjima može pomoći sudovima u predmetima u kojima su ova pitanja predmet rasprave, bilo u krivičnim ili građanskim postupcima. Davanjem ovlaštenja NILJP da se sudovima direktno obrate omogućuje se plodna saradnja između NILJP i sudskih organa koja može dovesti do kvalitetnijih suđenja i bolje obrazloženih presuda sudova. Ovo je dobar razlog da ostale države slijede primjer Republike Kosovo u omogućavanju opšteg prava NILJP da se obrate sudovima u pojedinačnim predmetima u svojstvu *amici curiae*.

Što se tiče pomenutog opreza: prilikom ostvarivanja ovog prava, NILJP moraju voditi računa da ne ometaju sposobnost sudova da donose nepristrasne presude. Kao što je Evropski sud za ljudska prava više puta napomenuo, „čak i samo pojavljivanje može imati određeni značaj ili, drugim riječima, pravda se ne smije samo dostići, potrebno je i osjetiti njen uticaj . . . Povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju uživati u javnosti je izloženo riziku“, (*Micallef protiv Malte*, ESLJP, predstavka br. 17056/06, 2009, paragraf 98; citat *De Cubber protiv Belgije*, ESLJP, predstavka br. 9186/80, 1984, paragraf 26). Postoji opasnost da bi učestvovanje NILJP u

predmetima pred sudom moglo nepopravljivo ugroziti nepristrasnost suda, čime bi bilo narušeno povjerenje javnosti u pravosuđe.

Iz tog razloga je Ombudsman, u pomenutom predmetu, oprezno naveo da bi sudovi, prilikom određivanja kazne osobama osuđenim za nasilje nad pripadnicima LGBT zajednice, trebali **razmotriti** pitanje da li otežavajući faktor iz Krivičnog zakonika postoji, a ne da bi sudovi postojanje tog faktora trebali utvrditi u svim predmetima. Postavljanje pitanja da li je određenom okrivljenom trebalo izreći strožiju kaznu predstavljalo bi neodgovarajuće miješanje u rad pravosuđa i nanijelo bi veliku štetu nepristrasnosti. Iz tog razloga, iako NILJP treba dati pravo da postupaju kao *amici curiae* kada to smatraju potrebnim, oni su dužni da to svoje pravo ostvaruju sa najvećom mogućom pažnjom.

Uloga NILJP u praćenju izvršenja sudskih presuda

Dolazimo sada do posljednje uloge koju NILJP mogu imati u sudskim postupcima: uloga praćenja izvršenja sudskih presuda. Ova uloga ima najveći značaj za cilj osiguranja zaštite ljudskih prava. Kako bi zaštita ljudskih prava imala stvarnu djelotvornost, nije potrebno samo da sudovi donose odluke, već je također važno da se te odluke sprovedu na pravi način. Kao što ćemo vidjeti u predmetu koji ćemo analizirati, veza između izricanja i izvršenja presude, nažalost, se ne može uzeti „zdravo za gotovo“.

Predmet koji bih želio analizirati u ovom dijelu je jedinstven. Razlikuje se od predmeta koje smo prethodno analizirali i to zato što se ne odnosi na **domaće** sudske postupke vođene u Republici Kosovo; to je predmet koji je razmatrao i u kojem je odluku donio Evropski sud za ljudska prava: Grudić protiv Srbije (ESLJP, predstavka br. 31925/08, 2012).

Da bismo razumjeli ulogu Ombudsmana u procesu praćenja izvršenja sudske presude u ovom predmetu, neophodno je prije svega dati kratak rezime činjeničnog stanja predmeta, kao i zaključaka suda.

Podnositelj predstavke u predmetu *Grudić* je bračni par koji živi na Kosovu kojem je 1995. odnosno 1999. godine odobrena invalidska penzija od strane Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Srbije (u daljem tekstu: RFPIO) (*Grudić*, paragraf 6 -7). Godine 1999. odnosno 2000. mjesečne isplate RFPIO-a su obustavljene bez objašnjenja (*id.*, paragraf 9). Na kraju, nakon što su podnositelji predstavke zatražili nastavak isplate penzija, RFPIO je izdao zvanična rješenja o obustavi isplate penzija (*id.* paragraf 10-11). Obrazloženje RFPIO za obustavu isplate, prema presudi Suda, je bilo da je „Kosovo sada pod međunarodnom upravom“ (*id.* paragraf 11) i da „pošto tužena država nije u mogućnosti da naplati doprinose za penzijsko osiguranje na Kosovu od 1999. godine, lica kojima je penzija iz RFPIO već dodijeljena, a koja žive na ovoj teritoriji više ne mogu da ih primaju“ (*id.* paragraf 13).

Sud je jednoglasno odbacio ovo obrazloženje. Pri tome, sudske obrazloženje se zasnivalo na Mišljenju koje je 2005. godine donio Vrhovni sud Republike Srbije, Građansko odjeljenje, u vezi sa penzijskim pravima na Kosovu: „Kao odgovor na stanje na Kosovu, u ovom Mišljenju se

navodi da se priznato pravo na penziju može ograničiti jedino na osnovu člana 110 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (*Grudić*, paragraf 31 i 80).

Član 110, s druge strane, propisuje samo dvije osnove po kojima se pravo korisnika osiguranja prema ovom zakonu može zakonito ograničiti. Prvo, ova prava prestaju kada „u toku njihovog ostvarivanja, prestanu da postoje uslovi za sticanje i ostvarivanje tih prava“ (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, član 110, stav 1), a u presudi u predmetu *Grudić* se navodi, „ako se ispostavi da lice više ne ispunjava prvobitne zakonske uslove“ za sticanje i ostvarivanje tih prava (*Grudić*, paragraf 26). Drugo, pravo na osiguranje treba prestati „i kada korisnik ostvari pravo iz ovog osiguranja kod organizacije za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje države koja je formirana na području bivše Jugoslavije“ (*id.*, član 110, paragraf 2).

Sud je utvrdio da nijedna od dvije osnove navedene u članu 110 za zakonito ukidanje penzije nije ispunjena u predmetu podnositelja predstavke (*id.*). Stoga je zaključeno da miješanje u „imovinu“ podnositelja predstavke nije u skladu sa važećim domaćim zakonom (*id.* paragraf 81) te je stoga Srbija prekršila prava podnositelja predstavke prema članu 1 Protokola 1 Konvencije (*id.*, paragraf 83). Važno je istaći da je Sud nadalje utvrdio da se utvrđivanjem postojanja povrede Republici Srbiji nameću šire obaveze, s obzirom na to da vjerovatno ima još stanovnika Kosova čije je penzije RFPIO ukinuo na istoj nezakonitoj osnovi kao i u predmetu podnositelja predstavke i koji stoga - kao i podnositelji predstavke - imaju pravo na nastavak isplate penzija i isplatu zaostalih obaveza, uključujući zakonske kamate.

Zapravo, čak je i Vlada Republike Srbije, u svojim podnescima pred Sudom, otvoreno priznala da je broj stanovnika na Kosovu sa sličnim problemom značajan: „Vlada je primijetila da bi ukupni potencijalni dug tužene države u situacijama kao što je situacija podnositelja predstavke zaista bio veoma veliki U zvaničnim podacima RFPIO navodi se da predmetna suma iznosi 1.008.358,614 eura, dok je samo Ministarstvo finansija utvrdilo da se radi o iznosu od 1.050.468,312 eura (*Grudić*, paragraf 71). Sud je ustanovio da „s obzirom na navedeno . . . veliki broj potencijalnih podnositelja predstavki, tužena Vlada mora poduzeti sve odgovarajuće mjere kako bi osigurala da nadležni organi Srbije postupe u skladu sa važećim zakonima i osiguraju isplatu predmetnih penzija i zaostalih obaveza“ (*id.* paragraf 99).

I pored procjene koju je sama Srbija dala u pogledu velikog iznosa penzija koji bi morala isplatiti stanovnicima Kosova u slučaju da Sud presudi u korist podnositelja predstavke u predmetu *Grudić*, organi Srbije su našli način kako da odbiju 96,1% zahtjeva za isplatu penzija stanovnicima Kosova nakon donošenja presude u tom predmetu. To je učinjeno na način koji je u potpunoj suprotnosti sa presudom Suda. Naime, uprkos tome što se u presudi u predmetu *Grudić* jasno kaže da „u vezi sa situacijom na Kosovu . . . priznato pravo pojedinca na penzije se može ograničiti jedino na osnovu člana 110 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju“ (*Grudić*, paragraf 80), Srbija je zakonsku osnovu za novi način odbijanja zahtjeva stanovnika Kosova našla u drugoj zakonskoj odredbi, članu 119, u kojem se ističe: „Na osnovu člana 119 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, ako osiguranik, odnosno korisnik penzije, stekne pravo na dvije ili više penzija na teritoriji Republike, može koristiti samo jednu od tih penzija, i to po vlastitom izboru“ („Prateći izvještaj o predmetu *Grudić* protiv Srbije u vezi sa opštim merama“, dostavljen Komitetu ministara Vijeća Evrope 24.10.2013. godine; naglasak autora).

Ombudsman je utvrdio da je ovo obrazloženje pravno neosnovano i u direktnoj suprotnosti sa presudom Suda u predmetu *Grudić* te je stoga potražio način da ove informacije prenese tijelu zaduženom za nadgledanje izvršenja presude: Komitetu ministara Vijeća Evrope. Pravila ovog tijela izričito pozivaju NILJP da dostave komentare o adekvatnosti izvršenja presuda ESLJP. Konkretno, pravilo 9.2 *Pravilnika Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i uslova mirnog rješavanja sporova glasi*: „Komitet ministara ima pravo da razmotri sve navode . . . nacionalnih institucija za unapređenje i zaštitu ljudskih prava, u pogledu izvršenja presuda.“

Međutim, pošto Republika Kosovo još uvijek nije država članica Vijeća Evrope, Ombudsman je svoje komentare Komitetu ministara morao dostaviti putem domaće NVO, Saveza penzionera i invalida rada Republike Kosovo. Srbijanske vlasti su pozvane da odgovore na komentare Ombudsmana, ali odstupajući od svoje uobičajene prakse, oni su šutjeli, ne dajući nikakav odgovor na kritike Ombudsmana. Ovo neodazivanje na komentare je eksplicitno naglašeno u 10. godišnjem izvještaju Komiteta ministara „Nadgledanje izvršenja presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava 2016“: „U novom saopštenju NVO . . . dostupnom od marta 2016. godine, naročito je naglašena potrebu za preispitivanjem svih zahtjeva stanovnika Kosova za nastavak isplate penzija. Očekuje se odgovor srbijanskih vlasti na pitanja postavljena u saopštenju“ (*id.*, str. 249).

Nažalost, ova priča nema sretan kraj. U julu prošle godine, ESLJP je donio odluku u predmetu *Skenderi protiv Srbije*, ESLJP, predstavka br. 15090/08 (2017). Jedan od podnositelja predstavke u ovom predmetu ponudio je manje-više isti argument koji je Ombudsman dao Komitetu ministara: da Srbija, u skladu sa presudom u predmetu *Grudić*, ne može zakonski odbijati zahtjeve za isplatu penzija stanovnicima Kosova po bilo kom drugom osnovu osim osnova iz člana 110 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju. Sud, međutim, nije došao do suštine ovog argumenta odbacivši predmet iz proceduralnih razloga s obzirom da nisu iscrpljeni svi domaći pravni lijekovi (vidi *Skenderi*, paragraf 109).

Nakon ove odluke, srbijanske vlasti su počele djelovati. Uprkos činjenici da Sud nije odlučio o meritumu potraživanja podnositelja predstavke, Srbija je tvrdila da presuda u predmetu *Skenderi* na nedvosmislen način podržava njihovo nedavno masovno odbijanje isplata penzija penzionerima sa Kosova: „[srbijanske] vlasti. . . pretpostavljaju na osnovu sudske prakse Suda razvijene u predmetu *Skenderi i ostali* da je ovo odbijanje u skladu sa zahtjevima Konvencije i indikacijama Suda“ (Izvještaj o djelovanju, *Grudić protiv Srbije*, dostavljen Komitetu ministara Vijeća Evrope 26.9.2017). Na osnovu ovog neistinitog izvještaja, Komitet ministara je naglo prekinuo nadzor nad izvršenjem presude u predmetu *Grudić* (vidjet Odluku Komiteta ministara CM / ResDH (2017) 427 od 7.12.2017. godine).

Uprkos negativnom ishodu, i ovaj predmet pruža neke važne lekcije. Ono što je najznačajnije za Republiku Kosovo, predmet *Grudić* ilustrira izuzetan značaj članstva u Vijeću Evrope. Da je Kosovo bilo član, moglo je osporiti pogrešno tumačenje presude u predmetu *Skenderi* koje je Srbija ponudila i sačuvati nadu za hiljade kosovskih građana kojima je uskraćen pristup penzijskim fondovima u koje su uplaćivali doprinose tokom svog radnog vijeka. Međutim, ovaj predmet također pruža još jednu lekciju koja je relevantnija za NILJP širom svijeta: nikada ne treba uzimati zdravo za gotovo da će sudske presude kojim se štite ljudska prava, a koje su donesene na štetu moćnih interesa, biti izvršene bez borbe. Kao što smo vidjeli, Pravila Komiteta

ministara izričito definiraju da i NILJP ima ulogu pružanja pomoći ovom tijelu u praćenju izvršenja presuda.

U našoj diskusiji o predmetu dopunskih penzija za poslanike Skupštine Kosova, napomenuli smo da bi NVO mogli poslužiti kao oči i uši NILJP u procjeni ustavnosti zakona i drugih normativnih akata. Međutim, isto tako, NILJP mogu poslužiti kao oči i uši Evropskog suda za ljudska prava, kao i domaćih sudova, u podizanju svijesti nadležnih organa i javnosti u slučaju neadekvatnog izvršavanja presuda sudova koje su od vitalne važnosti za zaštitu i unapređenje ljudskih prava.

Zaključak

I na kraju bih ponudio nekoliko riječi u vidu zaključka. Analizirali smo četiri različite uloge koje bi NILJP trebali imati u sudskom postupku. One bi trebalo da budu u mogućnosti da (1) Ustavnom sudu upute zakone i druge normativne akte na apstraktnu ocjenu; (2) traže poništenje upravnih akata; (3) podnose *amicus curiae* podneske u predmetima koji su u postupku pred sudom; i (4) učestvuju u praćenju izvršenja sudskih odluka.

Predmeti koje smo analizirali u okviru ova četiri poglavlja ukazuju na dva načina na koja ove uloge mogu doprinijeti ostvarivanju konačnog cilja NILJP u unapređenju i zaštiti ljudskih prava. Prvo, kao što su to pokazala dva predmeta Ustavnog suda o kojima smo diskutirali i predmet koji se odnosi na snabdijevanje električnom energijom u opštinama na sjeveru Kosova, neizbježno je da organi kojima su upućene preporuke NILJP neke od njih neće provesti. U takvim predmetima, ovlaštenje za podnošenje zahtjeva za osporavanje ponašanja ovih organa sudskim putem može biti efikasan način osiguranja provođenja ovih preporuka.

Drugo, kako pokazuje podnesak *amicus curiae* Ombudsmana u predmetima koji uključuju napade na LGBT zajednicu i uključivanje Ombudsmana u praćenje izvršenja presude ESLJP u predmetu *Grudić*, NILJP mogu biti od pomoći sudovima kroz pružanje ekspertize u predmetima koji se odnose na ljudska prava. Ovo je naročito značajno u onim oblastima u kojima NILJP, zbog činjenice da rješavaju hiljade pojedinačnih pritužbi, mogu bolje razumjeti određena činjenična i pravna pitanja u odnosu na sudove. U takvim predmetima, NILJP mogu unaprijediti zaštitu ljudskih prava omogućavajući svojim kolegama iz pravosuđa da to iskustvo i ekspertizu iskoriste.

Na kraju bih ponovio tvrdnju iznesenu u uvodu ovog članka: Smatram da je u zemljama sa relativno novim ili manje razvijenim demokratskim tradicijama dodjeljivanje ova četiri ovlaštenja NILJP, o kojima je ovdje diskutirano, još značajnije. Sada smo u poziciji da shvatimo zašto je to tako: u zemljama sa relativno novim ili manje razvijenim demokratskim tradicijama, mnogo je manje vjerovatno da će najkonvencionalniji instrument NILJP i snaga uvjeravanja biti efikasna bez podrške vjerodostojne prijetnje sudskim izvršenjem. Državni organi koji bezobzirno krše ljudska prava neće nužno biti postidjeni kada ih NILJP označe kao kršitelje ljudskih prava; i u državama bez uspostavljene demokratske tradicije, malo je vjerovatno da će javni pritisak na organe da provedu preporuke NILJP biti dovoljan. U takvim zemljama, dodjeljivanje četiri nadležnosti NILJP, koje su ovdje analizirane, može doprinijeti da „uvjerljiva snaga razuma“ bude još uvjerljivija - i još snažnija – onima kojima se preporuke NILJP upućuju.

IZVORI

Ustav Republike Kosovo

Odluke Ustavnog suda Republike Kosovo

Predmet br. KI 98/10, Ocjena ustavnosti odluka br. 06/837, od 16.4.2009 i Npi-01/132, od 30.4.2009, Skupštine opštine Štimlje;

Predmet br. KO119/10, Ocjena ustavnosti člana 14, stav 1.6, člana 22, člana 24, člana 25 i člana 27 Zakona o pravima i odgovornostima poslanika, broj 03/L-111, od 4.6.2010.;

Predmet br.. KO73/16, Ocjena ustavnosti Administrativnog cirkulara br. 01/2016 izdatog od strane Ministarstva javne uprave Republike Kosovo 21.1.2016.

Odluke Evropskog suda za ljudska prava

De Cubber protiv Belgije, predstavka br. 9186/80 (1984);

Grudić protiv Srbije, predstavka br. 31925/08 (2012);

Micallef protiv Malte, predstavka br. 17056/06 (2009);

Skenderi protiv Srbije, predstavka br. 15090/08 (2017);

Dokumenti Komiteta ministara Vijeća Evrope

Resolution CM/ResDH(2017)427 on Execution of the judgment of the European Court of Human Rights, *Grudić v. Serbia*;

Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements;

Tenth Annual Report of the Committee of Ministers, "Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2016";

Dokumenti dostavljeni Komitetu ministara Vijeća Evrope

Action Report of the Republic of Serbia, *Grudić v. Serbia*, submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe on 26 September 2017;

Follow up Report of the Republic of Serbia, *Grudić v. Serbia Concerning the General Measures*, submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe on 24 October 2013;

Opinion of the Pensioners and Work Disabled Union of the Republic of Kosovo regarding the execution of the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Grudić v. Serbia*, submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe on 29 March 2016;

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.)

Zakonodavstvo Republike Kosovo

Zakon br. 04/L-082, Krivični zakonik Republike Kosovo;

Zakon br. 03/L-111 o pravima i odgovornostima poslanika;

Zakon br. 03/L-195 o Ombudsmanu;

Zakon br. 03/L-202 o upravnim sporovima;

Zakon br. 05/L-019 o Ombudsmanu;

Zakon br. 05/L-021 o zaštiti od diskriminacije;

Pravno mišljenje Ombudsmana u svojstvu prijatelja suda (amicus curiae) Osnovnom sudu u Prištini, u vezi sa stanjem homofobije i transfobije, 2.5.2017.

Mišljenja Evropske komisije o demokratiji kroz pravo („Venecijanska komisija“)

CDL-AD(2007)020 – Mišljenje o mogućoj reformi Institucije ombudsmana u Kazahstanu, koje je Venecijanska komisija usvojila na 71. plenarnoj sjednici, Venecija, 1-2. juna 2007.;

CDL-AD(2007)024 – Mišljenje o nacrtu zakona o Narodnom advokatu Kosova, koje je Venecijanska komisija usvojila na 71. plenarnoj sjednici, Venecija, 1-2. juna 2007.;

CDL-AD (2011)034 – Zajedničko mišljenje o zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore od strane Venecijanske komisije i Kancelarije za demokratske institucije i ljudska prava OSCE-a, koje je Venecijanska komisija usvojila na 88. plenarnoj sjednici, Venecija, 14-15. oktobra 2010.;

Načela koja se odnose na status nacionalnih institucija, usvojena Rezolucijom Generalne skupštine 48/134 od 20.12.1993. („Pariška načela“)

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije

Uredba Misije Ujedinjenih nacija na Kosovu (UNMIK) 2000/38 o osnivanju institucije ombudsmana na Kosovu

„KEDS [Služba za distribuciju električne energije na Kosovu] nam naplaćuje 8 miliona eura godišnje za snabdijevanje električnom energijom Srba na sjeveru,“ Zëri, 7.4.2017.

PREZENTACIJE

ISKUSTVO NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Ombudsman za ljudska prava Republike Slovenije (u nastavku: Ombudsman), koji u Sloveniji deluje od 01.01.1995. godine, se od stupanja na snagu novele Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava, dana 14.10.2017. godine, u godinu dana preoblikovao u nacionalnu instituciju. U sklopu Ombudsmana već 10 godina postoji nacionalni preventivni mehanizam (protiv mučenja) i isto toliko vremena je trajao projekat Zaštitnik – glas deteta, koji je od oktobra prošle godine unutrašnja organizaciona jedinica Ombudsmana. Od 01.06.2018. djeluje i Savjet za ljudska prava, koji će biti savjetodavno telo Ombudsmana i koji će činiti predstavnici nevladinih organizacija, vlade, akademske zajednice, zaštitnika načela ravnopravnosti i informacijskog punomoćnika. Od 01.01.2019. će početi da radi i Centar za ljudska prava. Tako ćemo postati cjelovita nacionalna institucija po Pariskim načelima.

Inače, uprkos početnim sumnjama kreatora Zakona o Ombudsmanu iz 1993. godine, Ombudsman nadzire i pravosuđe kao cjelinu, kao i sudstvo, koje je – pored zakonodavne i izvršne – treća samostalna grana vlasti. U širem smislu nadziremo i tužilaštvo, pravobranilaštvo (sada državna advokatura), advokaturu i notarijat, posljednje dvije preko njihovih komora.

Željela bih da se vratim na sudstvo, što je i predmet moje prezentacije. Najviše inicijativa dobijamo zbog nezadovoljstva ljudi tokom sudskih postupaka, posebno zbog dugog trajanja postupaka, a i njihovih rezultata, naravno od onih kojima se ishod ne sviđa i koji smatraju da je nepravedan, kao i zbog vještaka i njihovih mišljenja, zbog želja da se suđenje prenese na druge sudove, odbijanja besplatne pravne pomoći, lošeg rada advokata, odbijanja žalbi, nedostupnosti ustavnog suda, ako njihove podneske nije primio na razmatranje, inicijativa da mi podnosimo zahtjeve za ocjenu ustavnosti zakona, pristrasnosti sudija, neuzimanja u obzir dokaza, itd.

Moglo bi se zaključiti da se najviše inicijativa na području sudskih postupaka odnosi na kršenja prava na sudsku zaštitu, prava na pravni lijek, jednaku zaštitu prava, pravne garancije u krivičnom postupku, pa i kvalitet suđenja, pošto se previše predmeta nakon žalbi vraća od drugostepenih prvostepenim sudovima, dakle, na sami početak, što značajno produžava suđenje.

Vrhovni sud sada sprovodi aktivnosti usmjerene na ubrzavanje suđenja, preraspoređuju se predmeti sa sudova koji su opterećeniji, a vrši se i nadzor nad njihovim radom. Realizovali su, pored ostalog, projekat Slovenačko sudstvo 2020. Upravo je 14. februara 2018. predsjednik Vrhovnog suda Republike Slovenije predstavio Sudsku godinu, sve rezultate za proteklu godinu i planove za 2018. Zbog odlaska u Sarajevo nisam mogla da prisustvujem tom vrlo važnom događaju, a prisustvovao mu je zamjenik Ivan Šelih, zadužen za područje pravosuđa. I inače se svake godine kao ombudsmanka najmanje jednom susrećem sa ministrom za pravosuđe, predsjednikom Vrhovnog suda, generalnim državnim tužiocem, predsjednikom advokatske komore, generalnim državnim advokatom i predstavnicima notarske komore.

¹⁵⁹ Ombudsmanka za ljudska prava Republike Slovenije

Sudstvo reaguje na nepravilnosti u svojim redovima i po potrebi se uvode disciplinski postupci protiv sudija, što sada nadzire Sudsko vijeće. Isto tako, Ministarstvo za pravosuđe ima i službu za nadzor sudske uprave, a prije svega za utvrđivanje odgovornosti predsjednika sudova. Ministarstvo preko posebne, nove službe nadzire i izvršavanje presuda Evropskog suda za ljudska prava. Stranke koriste brojna sredstva za ubrzavanje postupaka, a ponekad posreduje i Ombudsman, koji utvrđene nepravilnosti uključuje i u godišnje izveštaje.

Nemamo problema sa reakcijama na naša pitanja, pošto nam svi – i sudovi, tužilaštva i drugi, odgovaraju u roku i uzimaju u obzir i naše zaključke. Vrlo smo zadovoljni reakcijama. Preporuke sa područja pravosuđa, kao i sve ostale, ozbiljno razmatra parlament putem Komisije za peticije, ljudska prava i jednake mogućnosti. Sve su usvojene i vlada reaguje objavljujući izvještaje, prošle godine prvi put čak i vanredni izvještaj o realizaciji preporuka.

Nove zakone sa područja pravosuđa dobijamo na uvid u fazi priprema, dajemo mišljenja i mnogo naših prijedloga je uzeto u obzir u tom smislu.

Vratimo se na konkretne primjere.

Naš zakon nam na području sudstva prije svega daje mogućnost nadzora vremenskog toka suđenja ili zloupotrebe vlasti, za šta mnogi podnosioci inicijativa smatraju da je prisutno na sudovima, a to je, naravno, obično samo lično uverenje. Mnogo ljudi na temu problema sa sudstvom primamo i u našem spoljnom poslovanju, kada jednom mjesečno djelujemo u opštinama po Sloveniji, a često sa ljudima o tome telefonom razgovaraju stručni saradnici. Time riješimo mnogo predmeta i na taj način do pisanih inicijativa često i ne dođe. Godišnje na temu sudskih postupaka primimo oko 500 pisanih inicijativa, a njihova osnovanost je oko šest posto, pošto nam se mnogi obraćaju dok još nisu iskoristili pravna sredstva ili su predmeti čak pravosnažni. Ljudi najteže prihvataju objašnjenja da Ombudsman ne može da promijeni odluku sudskih organa, prijetu Evropskim sudom za ljudska prava, a ponekad se ni sa njihovom odlukom ne slažu i smatraju da bi morala da se poništi i takva, za njih sasvim nepravедna, odluka. Ima mnogo inicijativa i na području prekršaja i predmeta iz oblasti porodičnog prava, koji se tiču razvoda i povjeravanja djece jednom od roditelja, kršenja odredbi o kontaktima djece sa roditeljima, oduzimanja djece, starateljstva ili hraniteljstva. Upravo o temi sudskih postupaka o povjeravanju djece smo uradili analizu takvih postupaka na jednom porodičnom sudu u određenom periodu, pošto su očevi tvrdili da se djeca uvek dodjeljuju majkama, jer su sve učesnice u postupcima samo žene (sudije, advokati, vještaci...). Analiza to nije potvrdila, ali je ukazala na neke nepravilnosti, posebno na izuzetno veliki broj nagodbi među partnerima.

Ombudsman može da posreduje u svakoj fazi postupka i u ulozi *amicus curiae* – "prijatelja suda", što smo nekoliko puta i iskoristili, prošle godine čak i na Evropskom sudu za ljudska prava, što je bilo prvi put.

Ombudsman može, s osvrtnom na odredbe našeg zakona, svaki predmet da ocijeni i iz perspektive pravičnosti i dobrog upravljanja. To često koristimo, a u pogledu pravičnosti smo, naravno, vrlo oprezni, jer je to vrlo osjetljivo područje i pripada prije svega organima sudske vlasti. Uočili smo mnogo slučajeva kršenja načela dobrog upravljanja i često, uz upućenu kritiku ili mišljenje, postignemo to da dođe do izvinjenja, izmirenja štete ili drugačijeg rješenja.

Jedini slučaj kada smo na području sudstva ocijenili da su bila prekršena oba načela istovremeno odnosio se na neproglašene i zaturene oporuke na skoro svim sudovima. Otkrio ih je upravo Ombudsman kada nam je na terenu jedna podnositeljka inicijative objasnila da su na jednom sudu našli više godina staru oporuku koja nije bila proglašena, te je došlo do zakonitog nasljeđivanja na njenu štetu. Slučaj smo – bez imena – predstavili na konferenciji za medije i počeli to da istražujemo. Nađen je veći broj takvih oporuka na različitim sudovima i sada se vode mnogi postupci za odštetu od države, koja je to skrivila. U tim slučajevima je bilo prekršeno načelo povjerenja u sudsko čuvanje oporuka, kao i načelo pravičnosti, jer se nije nasljeđivalo po oporuci, već u suprotnosti sa voljom ostavioca. Mnogima je to sasvim promijenilo život. Ombudsman pažljivo prati rješavanje te problematike, a sada se sve oporuke vode preko notara – elektronskim putem, tako da ih više nije moguće zaturiti.

Prije kraja ovog izlaganja bih željela da naglasim da Ombudsman ima i direktan pristup Ustavnom sudu. Do sada smo podnijeli 30 zahteva za ocjenu ustavnosti i tri ustavne žalbe. Prošle godine smo prvi put uspjeli sa ustavnom žalbom i Ustavni sud je poništio presude tri suda: sreskog, višeg i vrhovnog, što je veliki uspjeh.

Zaključci

Pravdi bi moralo da bude sve jedno da li je pred njom siromah ili bogataš, moćnik ili beskućnik. Pravda mora da slijedi načelo pravne jednakosti, a mnogi još uvek upozoravaju na to da su prilično nemoćni kada nemaju uz sebe kvalitetnu pravnu pomoć i kada je ona na suprotnoj strani.

Sudstvo mora da pridobije veće povjerenje ljudi, što je naravno teško kada se oglašavaju prije svega oni nezadovoljni, koji imaju dojam da su presude nepravedne. Svakako je nepravedno kad se u medijima pojavljuju porodične drame sa maloljetnom decom, koju javnost postupaka obilježava za cio život. Tome se Ombudsman odlučno suprotstavlja i zato smo suoblikovali smjernice za izvještavanje novinara o djeci uključenoj u različite postupke i postigli da budu usvojene, a u velikoj mjeri i poštovane.

Neka posljednja misao bude da zakašnjela pravda nije prava pravda i da niti jedna finansijska satisfakcija ne može da prevagne nad kršenjem prava u sudskim postupcima.

ULOGA NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA U BORBI PROTIV DISKRIMINACIJE I SARADNJA SA ORGANIZACIJAMA CIVILNOG DRUŠTVA

Ombudsman za ljudska prava Republike Slovenije (u nastavku: Ombudsman) je u brojnim godišnjim izvještajima u svojim preporukama uvijek iznova tražio od države osnivanje samostalnog organa za ravnopravnost (Equality body), to jest zaštitnika ili zaštitnicu načela ravnopravnosti, koji će biti usklađen sa pravnom stečevinom Evropske unije. U Sloveniji je 21.04.2016. usvojen Zakon o zaštiti od diskriminacije, a krajem iste godine smo dobili i samostalnog zaštitnika načela ravnopravnosti, gospodina Miha Lobnika, kome država tek mora da obezbijedi adekvatna finansijska sredstva za rad. On razmatra i privatni sektor, što Ombudsman ne može, pošto je po ustavu zadužen za nadzor svih državnih i lokalnih organa i nosilaca javnih ovlaštenja.

Sa čime se sve susreće Ombudsman u oblasti diskriminacije i koji su primjeri dobre prakse u rešavanju slučajeva iz te oblasti?

Bavimo se nacionalnim i etničkim manjinama, posebno romskom populacijom, jednakim mogućnostima u pogledu spola, invaliditeta, problemima pri zapošljavanju, kao i svim razlikama među ljudima koje bi morale da nas bogate, a često nas razdvajaju, odnosno na osnovu kojih se pojavljuju različiti oblici netolerancije i govora mržnje. Često govorimo o etici javne riječi i tražimo da u parlamentu usvoje etički kodeks za poslanike i sud časti.

Ombudsman je prije nekoliko godina, zajedno sa austrijskim Institutom za ljudska prava Ludwig Boltzmann implementirao obiman **projekat „Suočimo se sa diskriminacijom“**. Započet je u Parlamentu Republike Slovenije, a nastavio se osposobljavanjem stručnjaka, tj. seminarom usmjerenim na trening trenera. Grupa polaznika je posjetila Irsku, a organizovan je i veliki broj seminara. Naslovi seminara su bili: Pravni lijekovi i sankcije, Dostupnost usluga i stanbenih prostora, Vaspitanje i obrazovanje protiv diskriminacije, Etika javne reči, Višestruka diskriminacija i politika rodne ravnopravnosti, Diskriminacija na osnovu vjere, Diskriminacija na radnom mjestu, Etnička i rasna diskriminacija, Romi i diskriminacija, Diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije, Diskriminacija na osnovu starosti i invaliditeta.

Projekat je postigao odlične rezultate, ali bismo, s obzirom na novo stanje u društvu i sve veću netoleranciju, posebno u vrijeme dolaska izbjeglica i migranata, morali čak i da ga ponovimo.

Romi još uvijek ostaju tema svakog godišnjeg izveštaja Ombudsmana i brojnih preporuka. U jednom dijelu Slovenije integracija je potpuno uspjela, ima mnogo zaposlenih Roma, završavaju školu, barem osnovnu, i žive u središnjim naseljima. Jugoistočni dio Slovenije ima još uvijek mnogo problema u tom segmentu. Pojavljuju se mnoga nelegalna naselja, koja nemaju vodu i struju, puno romske djece ne ide redovno u školu i ne završava je, bez zaposlenja su, ima mnogo kriminala i stanovnici u okolnim naseljima traže rješenja. Država prebacuje rješavanje tih

¹⁶⁰ Ombudsmanka za ljudska prava Republike Slovenije

problema na opštine, neke su uspješnije, druge nisu i Ombudsman smatra da bi tu morala da posreduje država. Ombudsman se susreće i sa Romima i sa ostalim stanovnicima, na razgovore poziva predstavnike države i traži rješenja. Redovno se susrećemo i sa predstavnicima romskih organizacija.

Osobe sa invaliditetom su stalna briga Ombudsmana, pa im posvećujemo puno pažnje. Učestvujemo u svim njihovim događajima na kojima predstavljaju probleme, apelujemo na državu da ih rješava i pritom aktivno sarađujemo sa brojnim organizacijama osoba sa invaliditetom. Tako je prošle godine i uz našu podršku donesen novi zakonski okvir na području ranog tretmana djece sa posebnim potrebama. Obilježavamo sve posebne dane koji se odnose na prava osoba sa invaliditetom, koji nas tako izveštavaju o njihovim problemima i eventualnoj diskriminaciji.

Od stupanja ombudsmanke na funkciju 2013. godine, Ombudsman svake godine primi na praksu barem jednu osobu sa posebnim potrebama, čime smo već podstakli i druge da slijede naš primjer. Pored toga, na godišnjoj priredbi za Dan ljudskih prava nastupaju osobe sa posebnim potrebama, djeca sa Daunovim sindromom, slijepi i drugi koje je invaliditet učinio „nevidljivim“. To im izuzetno mnogo znači.

Obraćamo pažnju i na **vjersku netoleranciju i diskriminaciju vjernika**, ako smo na nju upozoreni. Na takve pojave reagujemo prije svega kroz medije.

Neravnopravnost polova zaslužuje svu pažnju. Tokom godina se znatno smanjila, ali je još uvijek prisutna i na nju upozoravamo, naročito na dane koji su posvećeni pravima žena i borbi protiv nasilja svih vrsta. Upravo na tom području Ombudsman je posebno aktivan, usvojeno je mnogo zakonskih rešenja koja su poboljšala položaj žrtava i učinila efikasnijim tok postupaka, kako policijskih tako i sudskih. To je veliki uspjeh.

Ombudsman će 2018. godinu posvetiti prije svega **starijim građanima**, koji često naglašavaju upravo problem diskriminacije. Probleme imaju i s obzirom na slabije finansijsko stanje, bolest, nemogućnost da rade u penziji, probleme pri smještaju u domove za stara lica, u kojima nedostaje smještajnih kapaciteta, kao i probleme sa tretmanom, smještajem i organizovanom pomoći dementnim osobama. Tokom januara ove godine smo se susreli sa nevladinim organizacijama angažiranim u toj oblasti, istražićemo sve probleme starijih i u septembru ćemo u Državnom savjetu (drugom domu Parlamenta) pripremiti veliku konferenciju o toj temi. Radi se o vrlo važnom doprinosu nediskriminaciji starijih osoba.

Primjer dobre prakse saradnje sa nevladinim sektorom upravo na području prava starijih osoba je i činjenica da je tokom leta 2017. godine Ombudsman, u saradnji sa organizacijom Spominčica, Ombudsman otvorio **prvu tačku ljubaznosti prema dementnim osobama**, a pre toga u saradnji sa UNICEFOM i **tačku ljubaznosti prema djeci**.

Dobra praksa su svakako i konferencije za medije, na kojima u saradnji sa nevladinim organizacijama upozoravamo na brojne probleme diskriminacije.

Pojedine slučajeve koje razmatramo objavljujemo i na našoj web stranici, a svake sedmice na oko 800 elektronskih adresa šaljemo e-novosti, u kojima primaocce, posebno medije, redovno obavještavamo o našim zaključcima i svim događajima.

Posljednjih godina smo značajnu pažnju posvetili i **manjinama**, susreli smo se sa predstavnicima obje zvanično priznate manjine, italijanske i mađarske, i obišli mjesta gdje njihovi pripadnici žive, i to ne samo u Sloveniji, već i u Italiji, u Mađarskoj i u Austriji. Razgovarali smo i sa predstavnicima organizacija koje se bave pitanjima manjina.

Zaključci

Ombudsman se redovno susreće i sarađuje sa nevladinim organizacijama koje se svojim programima i svojim poslanstvom dotiču pitanja diskriminacije. One predstavljaju svojevrsni glas građana. Te organizacije se najbrže odazivaju na potrebe ljudi, registruju pojedinačne i sistemske slučajeve kršenja ljudskih prava i nastoje da ih otklone. Ombudsman organizuje susrete sa nevladinim organizacijama kako bismo u neposrednom razgovoru razmijenili informacije o uspjesima, a posebno o problemima diskriminacije na osnovu bilo koje lične okolnosti.

Organizujemo i redovne susrete sa predstavnicima i predstavnicima organizacija koje se bave pravima LGBT osoba, sa organizacijama osoba sa invaliditetom, humanitarnim organizacijama, ili Savezom romskih društava Slovenije. Sa predstavnicima registrovanih vjerskih zajednica Ombudsman se susreće u okviru Savjeta za dijalog o vjerskim slobodama, koji djeluje pri Ministarstvu kulture.

Diskriminacija u svim pojavnim oblicima ugrožava ljude i kroji njihove sudbine, otežava im život, a često prouzrokuje i patnje ljudi.

Zbog toga se Ombudsman u toj oblasti ne odaziva samo po prijemu inicijativa, već te probleme tretira i kao šira pitanja. Kada ih istraži i utvrdi kršenje prava, državi i njenim institucijama upućuje kritike, inicijative, mišljenja ili preporuke i traži rješenja. Zato su rad i poslanstvo Ombudsmana tako važni.

U državama koje poštuju ljudska prava, poštuje se i rad Ombudsmana. Uprkos mnogim teškoćama, Slovenija je među državama koje rad i preporuke Ombudsmana razmatraju sa svom ozbiljnošću unutar zakonodavne i izvršne vlasti. No, Ombudsman nije uvijek zadovoljan poštovanjem i realizacijom nekih preporuka sa područja diskriminacije, pošto i onda kada se organi slože sa preporukom Ombudsmana, često prođe previše vremena do trenutka otklanjanja kršenja ljudskih prava.