

IZVORNI NAUČNI ČLANAK

Mr Saša Janković*

NAČELO OPORTUNITETA U RADU ZAŠTITNIKA GRAĐANA

Apstrakt: Rad se bavi primenom načela oportuniteta u radu Zaštitnika građana (ombudsmana) Republike Srbije. Jezičkom i ciljnom analizom zakonskih odredbi, uporednim primerima i upućivanjem na praksu Zaštitnika građana, autor pokazuje da načelo oportuniteta u potpunosti opredeljuje pokretanje postupka kontrole zakonitosti i pravilnosti organa javne vlasti, iako to procesne odredbe organskog zakona izričito ne govore. Rad objašnjava i stvarne razloge za primenu tog načela u radu ombudsmana i nudi unapređenja zakonskog teksta.

Ključne reči: Zaštitnik građana, ombudsman, načelo oportuniteta, postupak.

Zaštitnik građana Republike Srbije je državni organ uspostavljen da, radeći nezavisno, samostalno i bez bilo čijeg uticaja,¹ štiti prava građana kontrolišući zakonitost i pravilnost rada organa vlasti. Po svojstvima, to je organ uporedno poznat pod nazivom „ombudsman“, čiji se neposredni koreni protežu do Švedske sa početka 19. veka. Savremeni ombudsman je po posebnoj proceduri izabran građanin² (sa normativnim, kadrovskim i tehničkim aparatom), zaodenu u formu državnog organa, da bi druge građane institucionalno štitio od samovolje organa vlasti i unapređivao ljudska prava, vladavinu prava, dobru upravu i druge osobine koje se smatraju neodvojivim od savremene demokratske države.

Osnovna odredba Ustava Republike Srbije o Zaštitniku građana glasi: „Zaštitnik građana je nezavisan državni organ koji štiti prava građana i

* Zaštitnik građana Republike Srbije (Ombudsman)
e-mail: zastitnik@zastitnik.rs

1 Vidi član 2. stav 1. Zakona o Zaštitniku građana (*Sl. glasnik RS*, br. 79/05 i 54/07).

2 U nekim državama, mada retko, ombudsmana u jednoj instituciji ima više, pri čemu je jedan od njih po pravilu „glavni“, kao u Švedskoj ili Austriji.

kontroliše³ rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja.⁴ Identičnu odredbu sadrži član 1. stav 1. Zakona o Zaštitniku građana⁵ (u daljem tekstu: Zakon). Iako one propisuju da Zaštitnik „štiti“ i „kontroliše“, jasno je da se ne radi o dve odvojene delatnosti već se zaštita postiže kontrolom, odnosno kontrola je u funkciji zaštite. Zakon propisuje i da se Zaštitnik građana „stara o zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih sloboda i prava“.⁶

Institucionalni cilj – zaštitu prava građana, Zaštitnik građana ostvaruje na više zakonom propisanih načina. Prvi je kontrola, istaknuta i u ustavnoj odrednici organa. Za ostvarenje cilja Zaštitnik građana pored kontrolnih još ima i posrednička, preventivna i edukativna ovlašćenja, pravo zakonodavne inicijative i pravo pokretanja postupka ocene ustavnosti, odnosno zakonitosti pred Ustavnim sudom. Iz kontrolnih ovlašćenja proističe ovlašćenje Zaštitnika građana da inicira krivične, prekršajne, disciplinske i druge odgovarajuće postupke. Sva ta ovlašćenja izričito su propisana organskim zakonom.

Primena načela oportuniteta biće ovde sagledana upravo kroz kontrolnu delatnost Zaštitnika građana, kao osnovnu i reprezentativnu. Nju Zaštitnik ostvaruje vodeći postupke kontrole rada organa javne vlasti. Postupkom ovde smatramo propisani ili uobičajeni način rada. Načelo legaliteta shvatamo kao **obavezu** organa da u propisanoj situaciji pokrene zakonom određen postupak, dok načelo oportuniteta u primeni pruža organu diskreciono pravo da, ceneći celishodnost, odluči o pokretanju ili nepokretanju postupka.

Postupak kontrole može pritužbom da inicira građanin, ili Zaštitnik građana može da ga pokrene po sopstvenoj inicijativi.⁷ Za bilo koji organ važi da ga u pokretanju postupka iz svoje nadležnosti vezuje jedno od dva načela – načelo legaliteta ili načelo oportuniteta, ili eventualno njihova kombinacija (legalitet za slučajeve koji ispunjavaju propisane kriterijume, a za ostale – oportunitet). Kakav je slučaj sa Zaštitnikom građana?

Kada pokreće postupak po sopstvenoj inicijativi, pravna norma jasno ukazuje da se Zaštitnik građana rukovodi načelom oportuniteta („Zaštitnik građana **može** postupiti i po sopstvenoj inicijativi kada na osnovu sopstvenog saznanja ili saznanja dobijenih iz drugih izvora, uključujući

3 Pojačao S. J.

4 Ustav Republike Srbije, član 138. stav 1. (*Sl. glasnik RS*, br. 98/06).

5 *Sl. glasnik RS*, br. 79/05 i 54/07.

6 Član 1. stav 2. Zakona.

7 Član 24. stav 1. Zakona.

izuzetno i anonimne pritužbe, **oceni** da je aktom, radnjom ili nečinjenjem organa uprave došlo do povrede ljudskih sloboda ili prava⁸). Primećujemo nesavršenost jezičkog izraza norme – ako bi već pri pokretanju postupka Zaštitnik „ocenio“ da je „došlo do povrede ljudskih sloboda i prava“, to bi značilo da će voditi postupak čiji je ishod prejudiciran samim njegovim pokretanjem, pa Zakonom propisano obavezno obraćanje organu čiji se rad kontroliše, prikupljanje činjenica i utvrđivanje okolnosti od kojih bi trebalo da zavisi ocena o glavnoj stvari više ne bi imalo nikakve svrhe. Odredbu treba shvatiti tako da Zaštitnik građana pokreće postupak po sopstvenoj inicijativi ako oceni da je (*moguće* da je) došlo do povrede ljudskih sloboda ili prava.

Više pažnje zahtevaju pravila o pokretanju postupka po pritužbi građana. Iz odredbe koja propisuje da je Zaštitnik građana „**dužan** da postupi po svakoj pritužbi osim...“⁹ moglo bi se zaključiti da za Zaštitnika u ovoj situaciji jasno važi načelo legaliteta, dakle, da je obavezan da po prijemu uredne pritužbe pokrene postupak kontrole.

Zakon se ipak okreće načelu oportuniteta, propisivanjem obaveze pritužioca da pre podnošenja pritužbe prvo „**pokuša** da zaštiti svoja prava u **odgovarajućem** pravnom postupku“¹⁰, ili će u protivnom Zaštitnik, „sve dok ne budu iscrpljena sva pravna sredstva“¹¹, odbaciti pritužbu zbog preuranjenosti. Prostor za načelo oportuniteta ovde se otvara rečima „pokuša“ i „odgovarajućem“.

Dalje, Zakon propisuje da „**izuzetno**, Zaštitnik građana **može** da pokrene postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva, ako bi podnosiocu pritužbe bila naneta nenadoknadiva šteta ili ako se pritužba odnosi na povredu principa dobre uprave, posebno nekorektan odnos organa uprave prema podnosiocu pritužbe, neblagovremen rad ili druga kršenja pravila etičkog ponašanja zaposlenih u organima uprave.“¹² Ovde se načelo oportuniteta u potpunosti razotkriva i dobija punu snagu. Rečju „može“, te subjektivnom prirodom odgovora na pitanja – kako se utvrđuje na šta se pritužba „odnosi“; šta su sve principi dobre uprave; šta je u svakom konkretnom slučaju „posebno nekorektan odnos“ prema pritužiocu; gde prestaje blagovremenost i kako tačno glase sva pravila etičkog ponašanja koja obavezuju sve zaposlene u svakovrsnim organima javne vlasti, Zakon prepušta diskrecionoj oceni Zaštitnika građana odluku o pokretanju postupka.

8 Član 32. stav 2. Zakona, pojačao S. J.

9 Vidi član 28. Zakona.

10 Član 25. stav 3. Zakona, pojačao S. J.

11 Vidi član 25. stav 4. Zakona u vezi sa članom 28. Zakona.

12 Član 25. stav 5. Zakona, pojačao S. J.

Citirana odredba počinje rečju „izuzetno“, međutim, da li su izuzeci ove vrste zaista retkost među postupcima koje Zaštitnik građana pokreće, a kako inače nalaže pravilo da se izuzetak u pravu tumači usko i da se njime reguliše manjina slučajeva? Pre odgovora razmotrimo navedenu „osnovnu“ zakonsku odredbu prema kojoj pre obraćanja Zaštitniku građana moraju da budu iscrpljena sva pravna sredstva. Ona upućuje na zaključak da Zaštitnik građana pritužbe građana o kršenju njihovih prava razmatra tek kada se o pitanjima koja se pritužbama pokreću već izjasne svi nadležni organi u svim postupcima po svim redovnim i vanrednim, nacionalnim i nadnacionalnim pravnim lekovima, dakle, u upravnom postupku, sporu pred Upravnim sudom, postupku po predlogu za podizanje vanrednih pravnih sredstava, postupku po ustavnoj žalbi pred Ustavnim sudom, pa i sudskom sporu pred međunarodnim sudom za ljudska prava u Strazburu ili drugim nadležnim međunarodnim ugovornim telom kome protiv Republike Srbije može da se uputi pojedinačna predstava. Temeljnije sagledavanje pozitivnih normi i prakse Zaštitnika građana dostupne na zvaničnoj internet prezentaciji tog organa¹³ i drugih nacionalnih ombudsmana otkriva da ipak nije tako, kao i da se Zaštitnik građana u postupcima kontrole izuzetno često poziva na odredbu koja počinje rečju „izuzetno“.

Bitno obeležje kontrole koju sprovodi Zaštitnik građana jeste nepostojanje pravne obaveze kontrolisanog organa da sprovede zaključke koji proisteknu iz kontrole. (Zbog toga, kao i zbog činjenice da je Zaštitnik građana „spoljni“, a ne unutrašnji mehanizam provere, izraz „nadzor“ mogao bi biti primereniji od „kontrole“.) Pravna neobaveznost rezultata koji proističu iz kontrole jedna je od osobina *sine qua non* institucije ombudsmana. Ona omogućava i da postupak koji taj organ vodi bude neuporedivo manje uređen procesnim normama nego drugi, na primer krivični ili parnični postupak, pa se zbog toga u literaturi često naziva „kvazisudski“ postupak. Manjak formalnosti omogućava da postupak bude brži, primereniji okolnostima konkretnog slučaja, usmereniji ka efikasnosti, racionalnosti i ekonomičnosti, a imuniji na formalizam (koji je upravo čest razlog zbog koga se građani, kada formalizam obuzme organe vlasti i u njihovom radu potisne suštinu i svrhu postojanja, obraćaju ombudsmanu).

Za ombudsmane širom sveta inače važi da odlučuju kojim će se pritužbama baviti, a kojima ne. Dokument *Pariski principi*,¹⁴ koji se smatra svojevrsnim univerzalnim, međunarodnim „ustavom“ nezavisnih institucija, sadrži jasan zahtev da nacionalna institucija za promociju i zaštitu

13 <http://www.zastitnik.rs>.

14 Aneks uz Rezoluciju 48/134 Generalne skupštine UN (<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>, 18.12.2012).

ljudskih prava¹⁵ (a Zaštitnik građana je akreditovan sa najvišim statusom NHRI pri UN) ima pravo da uzme u rad „bilo koju situaciju kršenja ljudskih prava koju odluči da uzme u rad“ („any situation of violation of human rights which it decides to take up“). Ombudsman nigde, pa ni u Srbiji, nije osmišljen kao nadsudska instanca koja čeka ishod sudskih postupaka, pa onda svojim preporukama briše i prekraja presude.

Na primenu načela oportuniteta upućuje još jedna *sine qua non* osobina ombudsmana: podnošenje pritužbe tom organu i troškovi postupka kontrole koji se njom pokrene za podnosioca su (ne i za poreske obveznike) besplatni. To govori da ombudsman, kada u postupku kontrole proverava navode pritužbe o nekorektnosti i nepravilnosti u radu organa vlasti, to ne čini samo u interesu njenog podnosioca, već i u javnom interesu. A ako navodi pritužbe i uz nju priloženi dokumenti ne ukazuju da bi ona, pored toga što je uredna, mogla da bude i opravdana (na primer podnosilac pritužbe može da smatra da mu kontrola putne isprave na granici sama po sebi otežava slobodu kretanja, što se u slučaju pokretanja postupka zasigurno neće okončati utvrđenjem nezakonitog ili nepravilnog u radu organa vlasti) ili ako se pritužbom ukazuje na trivijalne propuste, ombudsman bi postupao neracionalno i suprotno javnom interesu da postupak, bez obzira na neminovne troškove koji za javnu kasu iz njega proističu, vodi samo zato što je dobio formalno urednu pritužbu.

Nema ni bojazni da će podnosilac pritužbe zbog eventualne loše procene Zaštitnika građana o celishodnosti vođenja postupka biti lišen prava na efikasan pravni lek za zaštitu svojih prava. Svako lično ili kolektivno ljudsko pravo i slobodu građanin može da štiti pravnim lekovima pred drugostepenim organom uprave, pred sudom ili, u retkim slučajevima kada to nije moguće, podnošenjem ustavne žalbe Ustavnom sudu, a u krajnjem pred Sudom za ljudska prava u Strazburu. Obraćanje ombudsmanu se i ne smatra efikasnim pravnim sredstvom u smislu uslova koji mora da bude ispunjen pre obraćanja sudu u Strazburu ili drugim međunarodnim ugovornim telima.

Široku primenu načela oportuniteta kod ombudsmana konačno opravdava i činjenica da, u postupku koji vodi, Zaštitnik građana ne odlučuje o bilo čijim pravima i obavezama, niti o na zakonu zasnovanim interesima, već ispituje kvalitet rada organa vlasti. U stvari, Zaštitnik građana uopšte **ne odlučuje**. Zakon Zaštitnika u članu 31. stav 1. ovlašćuje da „**utvrdi**“ postojanje propusta u radu organa vlasti,¹⁶ pri čemu već u sledećem stavu za istu stvar koristi drugi termin: „ako Zaštitnik građana

15 National Institution for Protection and Promotion of Human Rights, skraćeno NHRI.

16 Član 31. stav 1. Zakona.

nađe da su postojali nedostaci u radu organa...“. Tom činu utvrđenja, pored formalno-pravne obaveznosti za druge organe vlasti, nedostaje i zakonom propisan naziv akta kojim se okončava postupak kontrole, za razliku od, u drugim postupcima imenovanih, presuda, odnosno rešenja ili zaključaka. Kada Zaštitnik građana nešto „utvrdi“, odnosno „nađe“, njegova tvrdnja nema ni deklaratorno, ni konstitutivno, ni kondemnatorno pravno dejstvo na način na koji ga ima presuda suda, odluka Ustavnog suda ili upravni akt. Na postupak koji vodi Zaštitnik građana ne primenjuje se Zakon o opštem upravnom postupku, čak ni supsidijarno. Kada Zaštitnik građana „utvrdi“ nedostatak u radu organa vlasti koji je prouzrokovao štetu po prava građana, ta ocena nije obavezujuća za druge organe, na primer za sud u eventualnom kasnijem postupku za naknadu štete. Priroda tog utvrđenja je pre svega moralna i njegova snaga zavisi od institucionalnog i ličnog autoriteta ombudsmana, snage i kakvoće argumenata kojima je utvrđenje obrazloženo, sprovedivosti preporuka o tome kako njime konstatovane nepravilnosti otkloniti – u krajnjem: ocene drugih o relevantnosti i legitimnosti onog što je Zaštitnik građana učinio i što zahteva od drugih da oni učine. Otuda zakonskim odredbama nije samo pravno dozvoljeno, već je suštinskim razlozima i opravdano da ombudsman odlučuje o tome hoće li voditi postupak kontrole ili će građanina uputiti da svoja prava i slobode zaštiti ili ostvari na drugi način, korišćenjem raspoloživih pravnih lekova. Evropski ombudsman (Ombudsman Evropske unije) u Sprovedbenim odredbama koje je doneo na osnovu Statuta Evropskog ombudsmana¹⁷ izričito je propisao da odlučuje da li će po urednoj pritužbi pokrenuti postupak kontrole ili ne: „Ombudsman odlučuje da li ima dovoljno razloga koji opravdavaju istrage po urednoj pritužbi“ – „The Ombudsman decides whether there are sufficient grounds to justify making inquiries into an admissible complaint.“¹⁸ Nezavisnost i samostalnost Evropskog ombudsmana idu dotle da svojim odlukama utvrđuje i ovako značajne aspekte svog rada).

Odredba Zakona o Zaštitniku građana koja predviđa izuzetak čija se primena ostavlja na ocenu ombudsmanu („Izuzetno, Zaštitnik građana može pokrenuti postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva...“) tako se otkriva kao centralna za utemeljivanje postupaka koje vodi ovaj organ. Razmatranjem dokumenata dostupnih na zvaničnoj internet prezentaciji Zaštitnika građana, uočava se da je preko 90 odsto postupaka vođeno pre iscrpljivanja svih raspoloživih pravnih sredstava.

17 *Službeni žurnal Evropske unije* L 189 od 17. jula 2008. godine, strana 25 (<http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/statute.faces>, 18.12.2012).

18 Sprovedbene odredbe su usvojene 8. jula 2002. godine i izmenjene odlukama Ombudsmana od 5. aprila 2004. i 3. decembra 2008. godine (<http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/provisions.faces>, 18.12.2012).

Primena načela oportuniteta ne znači da Zaštitnik građana treba i može da bude samovoljan u pogledu ocene o celishodnosti pokretanja postupka kontrole. Za legitimnost rada, koja je ključna za svakog ombudsmena, nužno je da Zaštitnik građana u svakom konkretnom slučaju istakne razloge koji su opredelili odluku da se postupak vodi pre iscrpljivanja svih pravnih sredstava, a koji moraju da okolnosti slučaja podvedu pod jedan ili više razloga koji su nabrojani u članu Zakona koji propisuje „izuzetak“. Istovremeno, Ombudsman treba javnosti da ponudi, koliko god je to moguće, bliže opšte indikatore, ili bar karakteristične primere za ono što smatra da su razlozi i situacije u kojima je opravdano pokretanje postupka pre iscrpljivanja svih raspoloživih pravnih sredstava.

Diskreciona ovlašćenja se sve češće posmatraju kao nužan činilac i uslov korupcije, po formuli korupcija = monopol + diskrecija – odgovornost.¹⁹ U nastojanju da se područje njihove primene smanji, sve češće se ide za normiranjem javnopravnih odnosa do najsitnijih detalja. Primena načela oportuniteta u postupku kod Zaštitnika građana omogućava da se sagleda i druga strana diskrecije, gde ona stvara pravni prostor za praktičara koji omogućava i obavezuje na traganje za duhom zakona, pored prostog poštovanja njegovog slova.

Način na koji je zakonodavac u Srbiji uveo načelo oportuniteta u postupak kontrole zakonitosti i pravilnosti rada organa javne vlasti koji vodi Zaštitnik građana može se posmatrati kao (retka) pravna elegancija ili pak pravni populizam (maskiranje sadržine norme koju mnogi ne bi prihvatili raširenih ruku). Njegovo nerazumevanje može Zaštitniku građana da doneše kritike laika, pa i nedovoljno pažljivih pravnih stručnjaka, a još opasnije – njegova pogrešna primena može da ugrozi legitimnost rada tog organa. Te rizike smatramo prihvatljivom cenom za kvalitet koji prostor za diskrecionu ocenu primenom načela oportuniteta sa sobom donosi ako se koristi u okviru zakonom propisanih granica i radi ostvarivanja propisanog cilja – transparentno, obrazloženo, predvidivo i na drugi način pravilno, pa i s obzirom na uštede koje omogućava za kasu koju pune poreski obveznici.

Zakonodavac u Srbiji je stavio Zaštitnika građana u neugodnu situaciju da izuzetak koristi kao pravilo, što lako može da ga izloži nerazumevanju i kritici čak i (nedovoljno pažljivih) pravnih stručnjaka. Najmanje što bi se moglo i trebalo uraditi jeste izmena koja bi načelo oportuniteta i dalje ostavila diplomatski nenaglašenim, ali bi isključila sukob sa pravilima o tumačenju i primeni izuzetka, što bi se postiglo brisanjem reči „izuzetno“ na početku člana 25. stav 5. Zakona o Zaštitniku građana.

19 Klitgaard, R., McLean, R. A., Lindsey H. P., 2000. *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*, ICS Press, Oakland, CA. (<http://www.questia.com/read/65174301/corrupt-cities-a-practical-guide-to-cure-and-prevention>).

OPPORTUNISTIC PRINCIPLE IN THE WORK OF THE OMBUDSMAN

Saša Janković

SUMMARY

The paper analyses the normative grounds and justification for the application of the opportunistic principle in the work of the Ombudsman. The Serbian Ombudsman is an independent state authority that protects citizens' rights by controlling the work of the public authorities and exercising other powers prescribed by statute. The Ombudsman conducts control procedures not only in order to protect the rights of citizens, but also to protect the public interest, which is reflected in the requirement that the public authorities are to work lawfully and correctly and exercise their functions conscientiously and professionally. The Ombudsman does not decide on citizens' rights, obligations and interests based on law; the Ombudsman takes informed positions on the work of public authorities and recommends them how to amend possible deficiencies in their work that are detrimental to citizens' rights. The characteristics of the control procedure conducted by the Ombudsman and the very institution of the Ombudsman result in the wide application of the opportunistic principle in his work. This principle was introduced in the control procedure conducted by the Ombudsman indirectly, by an elegant legal technique, which, however, still has its drawbacks.

Key words: Ombudsman, opportunistic principle, the principle of legality, citizens' complaints.

Dostavljeno Redakciji: 24. decembra 2012. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 25. decembra 2012. god.