



# ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE: Uporedna analiza sa praksom Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije



Ovaj projekat se realizuje uz finansijsku podršku Evropske komisije

ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI  
USTAVNOG SUDA CRNE GORE:  
uporedna analiza sa praksom Evropskog suda za ljudska prava i  
Suda pravde Evropske unije



**ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI  
USTAVNOG SUDA CRNE GORE:  
uporedna analiza sa praksom Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde  
Evropske unije**

*Izdavač:*

Institut za pravne studije

*Autor:*

dr Ilija Vukčević

*Kompjuterski slog:*

Ivan Simonović

*Štampa:*

Studio MOUSE - Podgorica

*Tiraž:*

100 primjeraka

CIP - Каталогизација у публикацији

Национална библиотека Црне Горе, Цетиње

ISBN 978-9940-9605-0-6

COBISS.CG-ID 25674000

*Publikacija je dio projekta „Vrste diskriminacije u praksi Ustavnog suda Crne Gore – komparativna analiza sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde“, koji sprovodi Institut za pravne studije IPLS uz finansijsku podršku Evropske komisije posredstvom Koalicije za KORAK*



*Ova publikacija je izdata uz podršku Evropske unije. Sadržaj ove publikacije je isključiva odgovornost Instituta za pravne studije IPLS i ni na koji način ne može biti interpretirana kao zvanični stav Evropske unije*





**ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI  
USTAVNOG SUDA CRNE GORE:  
Uporedna analiza sa praksom Evropskog suda za  
ljudska prava i Suda pravde Evropske unije**

**dr Ilija Vukčević**

Podgorica, 2014.

## SADRŽAJ:

### 1. PREDMET I CILJ STUDIJE

### 2. USTAVNOPRAVNI OKVIR BORBE PROTIV DISKRIMINACIJE U CRNOJ GORI

2.1. USTAV CRNE GORE.....	13
2.1.1. Antidiskriminacione odredbe.....	13
2.1.2. Ustavno-sudska zaštita.....	14
2.2. MEĐUNARODNI SPORAZUMI I KONVENCIJE.....	17
2.2.1. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.....	17
2.2.2. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji.....	19
2.2.2.1. Razgraničenje sloboda kretanja (osnovnih sloboda) i ljudskih prava i sloboda (osnovnih prava) u pravu Evropske unije.....	20
2.2.2.1.1. Osnovne slobode (slobode kretanja) u pravu Evropske unije.....	21
2.2.2.1.2 Ljudska prava i slobode (osnovna prava) u pravu Evropske unije.....	22
2.2.3. Ostali izvori zaštite od diskriminacije u međunarodnom pravu.....	24

### 3. VRSTE DISKRIMINACIJE U SUDSKOJ PRAKSI CRNE GORE

3.1. DIREKTNA (NEPOSREDNA) DISKRIMINACIJA.....	27
<b>Studija slučaja br. 1:</b> Praksa crnogorskog pravosuđa u vezi sa direktnom diskriminacijom.....	27
3.2. INDIREKTNA (POSREDNA) DISKRIMINACIJA.....	31
3.2.1. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa indirektnom diskriminacijom.....	32
<b>Studija slučaja br. 2:</b> Praksa crnogorskog pravosuđa u oblasti „afirmativne akcije”.....	35
3.3. POSEBNE VRSTE DISKRIMINACIJE.....	37
<b>Studija slučaja br. 3:</b> Praksa crnogorskog pravosuđa u oblasti zlostavljanja na radu – mobinga.....	38

### 4. ANALIZA POVREDE NAČELA JEDNAKOSTI/NEDISKRIMINACIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

<b>Studija slučaja br. 4:</b> Praksa Ustavnog suda u oblasti ustavnih žalbi u kontekstu primjene člana 17 Ustava.....	44
4.1. TEST KOMPARACIJE I JEDNAKI TRETMAN (POSTUPANJE).....	48
4.1.1. Pojam identične (uporedive) situacije (položaja) – “Test komparacije”.....	49
<b>Studija slučaja br. 5:</b> Predmet U-I br. 2/II Ustavnog suda Crne Gore i predmet BvR 611/07 i 2464/07 Ustavnog suda Njemačke.....	53
4.1.2. Pojam jednakog/različitog tretmana (postupanja).....	60
4.2. ZAŠTIĆENI OSNOVI (LIČNA SVOJSTVA).....	62
<b>Studija slučaja br. 6:</b> rezidentstvo/prebivalište kao lično svojstvo u praksi Ustavnog suda.....	63
4.3. OPRAVDANJA RAZLIČITOG TRETMANA.....	67
4.3.1. Ciljevi od opšteg interesa.....	68
4.3.2. Princip proporcionalnosti (srazmjernosti).....	69

**Studija slučaja br. 7:** Predmet U-I br. 15/12 i 17/12 i predmet U. br. 86/08, 43/09, 103/09 i 108/09. .... 74

**5. ZAKLJUČCI I PREPORUKE**

5.1. UNAPREĐENJE SUDSKE PRAKSE USTAVNOG SUDA..... 84  
5.2. UNAPREĐENJE INSTITUCIONALNE SARADNJE. .... 88  
5.3. UNAPREĐENJE ZAKONODAVNOG I INSTITUCIONALNOG OKVIRA. .... 93

**6. SUMARRY OF THE PROJECT**

6.1. GOAL OF THE PROJECT..... 97  
6.2. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS. .... 100





## 1. UVODNA RAZMATRANJA

### 1.1. PREDMET I CILJ STUDIJE

Nizak nivo poznavanja problema zaštite od diskriminacije i poznavanja samog koncepta diskriminacije dovodi do neadekvatne zaštite prava građana Crne Gore pred nacionalnim pravosuđem. U najširem smislu koncept diskriminacije predstavlja suprotnost principa jednakosti, te stoga u načelu podrazumijeva koncept nejednakosti. Dakle, princip jednakosti pred zakonom i princip zabrane diskriminacije predstavljaju dvije strane iste medalje. Diskriminacija ne predstavlja prosto pravljenje razlike, već je riječ o njenom negativnom, odnosno pežorativnom smislu: diferencijacija koja ne odgovara stvarnoj razlici, već stavlja jednu kategoriju lica u lošiju poziciju od one koju zaslužuju. Dakle, zabrana diskriminacije ukazuje na kriterijume diferencijacije (različitog tretmana) koji nisu dozvoljeni. Kompleksnost društvenih odnosa uslovljava postojanje više vrsta diskriminacije koji su prepoznati kako u praksi nadnacionalnih sudskih instanci tako i u praksi nacionalnog pravosuđa.

Ustavni sudovi predstavljaju u nacionalnim okvirima vrhovnog garanta zaštite građana svake moderne države kada je riječ o zabrani diskriminacije. U ovom kontekstu građani Crne Gore svoja prava mogu ostvariti pred Ustavnim sudom Crne Gore (u daljem tekstu: Ustavni sud) putem dva pravna sredstva - ustavna žalba i inicijativa za preispitivanje saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom. Uloga Ustavnog suda je od dvostruke važnosti. Sa jedne strane, riječ je o poslednjoj nacionalnoj sudskoj instanci koja može da pruži zaštitu crnogorskim građanima kada je riječ o povredi principa jednakosti pred zakonom. Ustavni sud ovu nadležnost crpi, prije svega, iz ustavnih načela zabrane diskriminacije kao i načela jednakosti građana pred zakonom, kao jednih od najvažnijih načela inkorporiranih u Ustav Crne Gore (u daljem tekstu: Ustav).

Sa druge strane, Ustavni sud je obavezna međustanica prije eventualnog traženja zaštite lica pod njegovom jurisdikcijom pred nadnacionalnim sudskim instancama. Preciznije, trenutno postoji značajan broj predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu (u daljem tekstu: ESLJP), dok će u narednim godinama, a nakon ulaska Crne Gore u Evropsku uniju, postojati slično pravo na zaštitu interesa zagwarantovanih pravom EU pred Sudom pravde

Evropske Unije u Luksemburgu (u daljem tekstu: SPEU). Stoga, jedan od najvažnijih segmenata analize efikasne zaštite prava vezanih za zabranu diskriminacije pred najvišim nacionalnim sudskim instancama na tlu Evrope predstavlja upravo analiza prakse Ustavnog suda u skladu sa opšte prihvaćenim načelima zabrane diskriminacije iz sudske prakse ESLjP i SPEU.

Kada je riječ o ESLjP, u poslednjih nekoliko godina Ustavni sud učestalo primjenjuje koncept zabrane diskriminacije razvijen u praksi ovog suda koji se sastoji od tri međusobno povezana i uslovljena koraka. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja. Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca. Pojedinaac treba da bude žrtva manje povoljnog tretmana zbog svoje statusne pripadnosti. Treći uslov čini ispitivanje da li je različito pravno postupanje u sličnim činjeničnim okolnostima, odnosno jednako postupanje u značajno različitim okolnostima, razumno i opravdano. Takođe, kao nerazdvojni dio u pokušaju pravdanja različitog tretmana Ustavni sud primjenjuje princip proporcionalnosti. Zato valjana analiza adekvatne primjene ovog koncepta iz prakse ESLjP u crnogorskom ustavnosudskom sistemu predstavlja imperativ ostvarivanja efikasne ustavno sudske zaštite. Upravo, praksa ove nadnacionalne sudske instance razvila je različite vrste koncepata diskriminacije, te u skladu sa karakteristikama određene pravne ili činjenične situacije predviđa zaštitu prava građana.

Iako crnogorski građani još uvijek nemaju pravo pokretanja postupaka pred SPEU, poznavanje različitih vrsta koncepta diskriminacije iz prakse ove nadnacionalne sudske instance, već može da ima određene reperkusije u crnogorskom pravnom sistemu kroz prava koja su inkorporirana u Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Crne Gore (u daljem tekstu: SSPCG). Naime, u ovom međunarodnom ugovoru su ugrađene različite odredbe čije se izvorište nalazi u praksi SPEU, koji predstavlja krovnu sudsku instancu u okviru EU. Takođe, kada je riječ o zaštiti od diskriminacije, SSPCG sadrži veliki broj odredaba koje zabranjuju kako direktnu tako i indirektnu diskriminaciju. Naglašavamo, da je poznavanje prava EU, a posebno prakse SPEU velika prepreka u ostvarivanju prava lica pod jurisdikcijom Ustavnog suda a koja su inkorporirana u SSPCG. Stoga, Ustavni sud ima najvažniju ulogu u kontekstu ostvarivanja prava predviđenih ovim međunarodnim ugovorom, a posebno

onih vezanim za koncept zabrane diskriminacije, pošto već postoji mogućnost pokretanja postupaka pred crnogorskim nacionalnim pravosuđem na osnovu SSPCG.

Dodatnu kompleksnost pluralizmu koncepata diskriminacije proističe takođe iz diversifikovanih pravnih osnova zaštite na nacionalnom i međunarodnom nivou. Naime, u Crnoj Gori postoji kompleksan sistem normi u vezi sa zabranom diskriminacije koji se nalaze u različitim propisima. Osnovna načela – zabrane diskriminacije i jednakosti građana pred zakonom – se nalaze u Ustavu kao i u međunarodnim pravnim aktima (Međunarodna konvencija o zaštiti ljudskih prava i SSPCG), dok se ovi koncepti detaljno elaboriraju u okviru posebnih zakona - Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o mobingu, kao i u vidu sporadičnih odredaba inkorporiranih u nekim drugim zakonima – npr. Zakon o radu. Ovaj pluralizam pravnih osnova iako širi osnove zaštite građana Crne Gore od diskriminacija, stvara komplikacije u konkretnom slučaju kada se zaštita pokušava ostvariti. Stoga, praksa Ustavnog suda kao najviše nacionalne sudske instance treba da bude putokaz svim ostalim sudskim instancama u formulisanju i zaštiti prava crnogorskih građana u slučaju različitih vidova diskriminacije.

Stoga, cilj ove studije jeste upravo analiza prakse Ustavnog suda u vezi sa povredom načela nediskriminacije/jednakosti, kao i njena usklađenost sa principima razvijenim u praksi ESLJP i SPEU, kao i nekih drugih nacionalnih ustavnih sudova (npr. Ustavni sud Njemačke, Ustavni sud Hrvatske, itd). U tom cilju analizirana je praksa Ustavnog suda 2011-2012. godina u vezi sa ustavnim žalbama i inicijativama za preispitivanju saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom. Naime, analizi je podvrgnuto svih 59 odluka iz 2011. godine, i svih 66 odluka iz 2012. godine, po ustavnim žalbama u kojima je analizirana povreda načela jednakosti/nediskriminacije, samostalno ili zajedno sa nekim drugim načelom. Takođe, obrađeno je i svih 25 odluka u 2011. godini kao i svih 18 odluka iz 2012. godine, po pitanju odlučivanju o ustavnosti zakona ili opštih akata drugih državnih organa, a u vezi sa predmetnom problematikom. Pored navedenog, u studiji su analizirane i neke od najvažnijih odluka Ustavnog suda iz drugih godina, a koje su od velike koristi za razumijevanje primjene načela jednakosti/nediskriminacije.

Radi potpune slike, u vezi sa određenim pravnim pitanjima, studija sadrži i stavove nižih crnogorskih sudskih instanci (npr. Osnovni sud u Podgorici, Viši

sud u Bijelom Polju, Viši sud u Podgorici, itd). Takođe, analiziran je i cjelokupan normativni sistem ustavno-sudske zaštite (Ustav i međunarodni dokumenti), kao i najrelevantniji nacionalni propisi u vezi sa zabranom diskriminacije.

## 2. USTAVNO PRAVNI OKVIR BORBE PROTIV DISKRIMINACIJE U CRNOJ GORI

Ustavni sud se u svojoj praksi prije svega stara o valjanoj primjeni Ustava kao i međunarodnih sporazuma, te na osnovu toga i pravila razvijenih u praksi nadnacionalnih sudskih institucija, utemeljenih na osnovu pomenutih međunarodnih dokumenata. Isto proističe iz člana 17 stav 1 Ustava koji predviđa da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma. Stoga, Ustavni sud u cilju borbe protiv diskriminacije, odnosno narušavanja principa jednakosti pred zakonom, koristi kao pravni osnov odredbe Ustava i međunarodnih dokumenata koje sadrže odredbe u vezi sa predmetnom problematikom. Konkretno, riječ je o Evropskoj konvenciji, Povelji Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: Povelja UN) i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Međunarodni pakt).

Naravno, prilikom donošenja odluka Ustavni sud mora uzeti u obzir i crnogorske pozitivne propise. Prije svega, krovni zakon u ovoj oblasti, predstavlja Zakon o zabrani diskriminacije koji propisuje tri različita mehanizma zaštite od diskriminacije: 1) pritužba Zaštitniku ljudskih prava i sloboda; 2) sudska zaštita koja se ostvaruje podnošenjem tužbe sudu; 3) prekršajno pravna zaštita. Takođe, pored navedenog zakona, u pravnom sistemu Crne Gore postoje i drugi posebni propisi vezani za pojedine vrste diskriminacije – Zakon o zabrani zlostavljanja na radu, ili zakoni koji u sebi sadrže određeni broj normi sa antidiskriminacionim kapacitetom – npr. Zakon o radu.

### 2.1. USTAV CRNE GORE

#### 2.1.1. Antidiskriminacione odredbe

Najviši pravni akt Crne Gore sadrži značajan broj odredaba antidiskriminacione prirode, međutim dvije imaju najveći značaj. Sa jedne strane, član 8 stav 1 Ustava predviđa opštu zabranu diskriminacije: „*Zabranjena svaka neposredna ili posredna diskriminacija po bilo kom osnovu*“. Takođe, u narednom stavu istog člana ustavopisac predviđa mogućnost postojanja mjera „afirmativne akcije“ te da se one neće smatrati

diskriminacijom: „*Neće se smatrati diskriminacijom propisi i uvođenje posebnih mjera koji su usmjereni na stvaranje uslova za ostvarivanje nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju*“. Sa druge strane, član 17 Ustava propisuje princip jednakosti pred zakonom: „*Svi su pred zakonom jednaki, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo*“.

Pored ova dva opšta pojavna oblika jednog te istog zahtjeva – garancije jednakosti, Ustav sadrži još dvije odredbe koje predstavljaju njihovu razradu. Npr. član 19 Ustava predviđa da „*svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava i sloboda*“. Slično, član 18 Ustava propisuje da „*država jemči ravnopravnost žene i muškarca i razvija politiku jednakih mogućnosti*“. Iako ove odredbe imaju svoje posebno mjesto u Ustavu, te se u praksi nerijetko podnosioci ustavnih žalbi ili inicijativa za ocjenu ustavnosti pozivaju na njih, zajedno ili nezavisno od odredaba članova 8 i 17 Ustava, one u suštini ne stvaraju neka nova prava koja već nisu ugrađena u ova dva opšta pojavna oblika zahtjeva jednakog tretmana.

Nadalje, Ustav sadrži i jedan broj odredaba koje sadrže određene posebne antidiskriminacione garancije. Član 13 i 14 Ustava garantuju ravnopravnost latiničnog i ćiriličnog pisma, kao i ravnopravnost vjerskih zajednica. Zatim, član 25 Ustava koji propisuje situacije kada je dozvoljeno privremeno ograničenje prava i sloboda, zabranjuje da se isto može činiti na osnovu ličnih svojstava, niti se može, između ostalih, ukidati zabrana diskriminacije. Na kraju, u članu 50 Ustava kao jedan od slučajeva kada nadležni sud može spriječiti širenje informacija putem sredstava javnog informisanja eksplicitno se navodi i situacija sprječavanja diskriminacije.

### **2.1.2. Ustavno-sudska zaštita**

Ustavno-sudska zaštita sloboda i prava pred Ustavnim sudom vrši se kroz institute: 1) ustavne žalbe zbog povrede ljudskih prava i sloboda, zajemčenih Ustavom; kao i 2) na osnovu pokretanja inicijative za ocjenu saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom.

Ustavnu žalbu može podnijeti svako lice protiv pojedinačnog akta državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave ili pravnog lica

koje vrši javna ovlaštenja, zbog povrede nekog njegovog ljudskog prava i slobode zajemčene Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava, što podrazumijeva da je podnosilac ustavne žalbe, u postupku, iskoristio sva pravna sredstva na koja je imao pravo u skladu sa zakonom. Takođe, Zaštitnik ljudskih prava i sloboda može, povodom pritužbe koja je u radu, podnijeti ustavnu žalbu ako se podnosilac pritužbe sa tim saglasi. Ustavna žalba predstavlja posljednje pravno sredstvo koje je potrebno iscrpiti unutar crnogorskog pravnog sistema, kao procesne pretpostavke za obraćanje ESLjP, a na osnovu člana 34 Evropske konvencije. Ustavni sud odlučuje samo o povredi ljudskog prava i slobode koja je navedena u ustavnoj žalbi. Kad Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčena Ustavom, usvojiće ustavnu žalbu i ukinuće taj akt, u cjelini ili djelimično, i predmet vratiti na ponovni postupak organu koji je donio ukinuti akt. Ako je u vrijeme donošenja odluke Ustavnog suda prestalo pravno dejstvo osporenog pojedinačnog akta, Ustavni sud će odlukom utvrditi postojanje povrede kad nađe da je povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeno Ustavom. Nadležni organ je dužan da odmah, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema odluke Ustavnog suda, uzme predmet u rad ukoliko je Ustavni sud ukinuo pojedinačni akt i vratio predmet na ponovni postupak. Prilikom donošenja novog akta nadležni organ je dužan da poštuje pravne razloge Ustavnog suda izražene u odluci i da u ponovnom postupku odluči u razumnom roku.

Dakle, Ustavni sud nema ovlaštenja na osnovu Ustava ili Zakona o Ustavnom sudu da preinači osporenu odluku te meritorno riješi stvar. Odlučivanje Ustavnog suda se svodi na ukidanje osporene odluke a nadležni organ koji je donio osporeni akt mora u ponovljenom postupku da odluči poštujući stavove Ustavnog suda. Ovome treba dodati da Ustavni sud nema nadležnost ni da utvrdi naknadu štete za povrijeđeno ljudsko pravo ili slobodu, niti ova ovlaštenja ima neka druga sudska instanca u crnogorskom pravnom sistemu. Ovo predstavlja jednu od suštinskih razlika u odlučivanju Ustavnog suda i ESLjP, koji kada utvrdi povredu nekog prava iz Evropske konvencije dosuđuje i ono što on smatra pravičnom naknadom za pretrpljenu štetu podnosioca zahtjeva. Jedino što oštećeni može u ovom pogledu da učini je da na osnovu Zakona o obligacionim odnosima podnese zahtjev za naknadu štete protiv državnog organa koji je učinio povredu.



Drugo pravno sredstvo putem kojeg se može ostvariti zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda pred Ustavnim sudom jeste inicijativa za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Naime, svako ko smatra da mu je konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom povrijeđeno neko ustavom zagantovano pravo, donijetim na osnovu zakona ili drugog propisa koji je u suprotnosti sa Ustavom, ima mogućnost da pokuša ostvarivanje svojih prava pred Ustavnim sudom na način što će podnijeti direktno inicijativu za preispitivanje ustavnosti spornog propisa. Na ovaj način, ukoliko podnosilac inicijative uspije sa svojim zahtjevom, odnosno ako Ustavni sud odlukom utvrdi da predmeti propis nije bio ili da nije u saglasnosti sa Ustavom, potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmjenu pojedinačnog akta kojim je neko njegovo zagantovano pravo bilo povrijeđeno. Predlog za izmjenu konačnog ili pravosnažnog pojedinačnog akta, donijetog na osnovu zakona ili drugog propisa za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije bio ili nije u saglasnosti sa Ustavom, potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, odnosno zakonom može se podnijeti u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja odluke u "Službenom listu Crne Gore", ako od dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja inicijative Ustavnom sudu nije proteklo više od jedne godine (član 47). Dakle, na ovaj način je moguće da podnosilac izbjegne "redovan pravni put", iscrpljivanja svih pravnih lijekova prije podnošenja ustavne žalbe pred Ustavnim sudom, ukoliko je do provrede nekog Ustavom zagantovanog prava došlo na osnovu primjene propisa koji je u suprotnosti sa Ustavom.

Pored pomenute veze između podnošenja ustavne žalbe i inicijative za preispitivanje ustavnosti nekog propisa, a sve u cilju zaštite zagantovanih prava i sloboda predviđenih Ustavom, postoji još jedna veza između ova dva pravna lijeka. Naime, sa jedne strane, na osnovu člana 37, Ustavni sud ima pravo da sam pokrene postupak ocjene saglasnosti nekog zakona ili drugog propisa i opšteg akata sa Ustavom, kad se u toku postupka po ustavnoj žalbi postavi pitanje ustavnosti i zakonitosti propisa na osnovu kojeg je donijet pojedinačni akt koji je predmet ustavne žalbe. Sa druge strane, na osnovu člana 44 Zakona o Ustavnom sudu, ako se u postupku pred bilo kojim sudom postavi pitanje saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima ili drugih propisa sa Ustavom i zakonom, sud će

zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom.

## **2.2. MEĐUNARODNI SPORAZUMI I KONVENCIJE**

Član 9 Ustava uređuje hijerarhiju pravnih propisa unutar pravnog poretka Crne Gore, propisujući da su potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, da imaju primat nad domaćim zakonodavstvom, i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva. Dakle, crnogorski ustavopisac prihvata monistički pristup, na osnovu koga su potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka i imaju primat u odnosu na zakone. Takođe, eksplicitno se potvrđuje njihova neposredna primjena, te da građani mogu ostvarivati prava i slobode i na osnovu međunarodnih sporazuma pred pravosudnim organima.

Takođe, Ustav propisuje da svako (fizičko i pravno lice) ima pravo obraćanja međunarodnim organizacijama radi zaštite svojih prava i sloboda zajemčenih Ustavom. Konkretno, kada je riječ o zaštiti od diskriminacije, ovo znači da postoji mogućnost da građani Crne Gore upute predstavku ESLJP kao i Komitetu za ljudska prava Ujedinjenih nacija. Danom stupanja Crne Gore u članstvo Evropske unije građani Crne Gore će dobiti još jednu mogućnost obraćanja nadnacionalnim sudskim instancama, preciznije riječ je o SPEU.

### **2.2.1. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda**

Evropska konvencija stupila je na snagu 2. septembra 1953. godine a od njenog ratifikovanja ona je izmijenjena i dopunjena jednim brojem protokola koji su obavezujući jedino za one države koje su ih potpisale i ratifikovale. Kada je riječ o Crnoj Gori treba naglasiti da je ona ratifikovala sve protokole koji dodaju Evropskoj konvenciji materijalna prava, a kada je riječ o zabrani diskriminacije i Protokol 12. Na osnovu Evropske konvencije osnovan je i ESLJP, sa nadležnošću da donosi presude i nalaze protiv država koje ne ispunjavaju svoje obaveze preuzete na osnovu nje. Dakle, ESLJP ima nadzornu funkciju nad primjenom odredaba Evropske konvencije od strane nacionalnog pravosuđa. Kada ESLJP oglasi državu odgovornom za kršenje nekog od prava i sloboda

zagarantovanih Evropskom konvencijom, država je obavezna da isto otkloni i isplati dodijeljeno obeštećenje. U slučaju neispunjenja obaveza iz odluke ESLJP, podnosilac predstavke može da se obrati Komitetu ministara, koga čine predstavnici vlada, koji vrši nadzor nad sprovođenjem presuda.

Kada je riječ o načinu i obimu zaštite od diskriminacije Evropska konvencija predviđa dva oblika zaštite od diskriminacije. Evropska konvencija je u početku predviđala samo tzv. akcesornu zabranu diskriminacije. Drugim riječima, postojanje diskriminacije vezano je isključivo za povredu prava i sloboda koja su utemeljena u Evropskoj konvenciji:

*“Uživanje prava i sloboda predviđena u ovoj Konvenciji obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”<sup>1</sup>*

Međutim, pošto je vremenom postalo očigledno da akcesorna priroda zabrane diskriminacije nije dovoljna u cilju zaštite od diskriminacije, Protokolom 12 Evropske konvencije, proširen je obim zaštite te ista poprima univerzalnu prirodu. Preciznije, sve države u kojima je ovaj dokument stupio na snagu sada predviđaju zabranu diskriminacije u odnosu na bilo koji važeći nacionalni zakon:

*“Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovesti, političkom i drugom uvjerenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu...Javne vlasti neće ni prema kome vršiti diskriminaciju po osnovima kao što su oni pomenuti u stavu 1.”<sup>2</sup>*

Pošto je Crna Gora jedna od potpisnica, kako Evropske konvencije, tako i Protokola 12, isto garantuje zaštitu od diskriminacije u vezi sa bilo kojim zakonom, a takođe omogućava podnošenje predstavki ESLJP u vezi sa svim oblicima diskriminacije na osnovu crnogorskog zakonodavstva. Preciznije, u

---

<sup>1</sup> Član 14 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Službeni list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003 i 5/2005.

<sup>2</sup> Član 1 Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

državama u kojima se ne primjenjuje Protokol 12, u cilju zaštite od diskriminacije, podnositelj zahtjeva mora učiniti vjerovatnim postojanje veze između nekog prava zagarantovanog Evropskom konvencijom i predmetne diskriminacije. Ukoliko ista ne postoji, odnosno ukoliko diskriminacija nije u vezi sa nekom od prava koje obuhvata Evropska konvencija, ne postoji mogućnost ostvarivanja zaštite. Sa druge strane, u državama u kojima se primjenjuje Protokol 12, ovaj zahtjev ne postoji. Dakle, prvi korak u analizi postojanja diskriminacije nije neophodan, jer postojanje bilo koje vrste diskriminacije na osnovu zakona ili djelovanja javne vlasti će sam po sebi biti dovoljan da građani mogu ostvariti svoja prava. Pomenuti principi inkorporisani su i u praksi Ustavnog suda:

*“Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sadrži akcesornu zabranu diskriminacije (koja se odnosi samo na prava zaštićena Konvencijom) po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status (član 14)...Članom 1 Protokola 12 uz Evropsku konvenciju propisana je opšta i autonomna zabrana diskriminacije. Postojeći stepen zaštite, prema toj odredbi Konvencije, proširuje se i na domaće zakone. Naime, iz formulacije člana 1. Proizilazi da se zaštita protiv diskriminacije proteže na sva prava i slobode utvrđene u Konvenciji ali se sada proširuje i na „sva prava određena zakonom.”<sup>3</sup>*

## 2.2.2. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji

15. oktobra 2007. godine u Luksemburgu Crna Gora je potpisala SSPCG, koji je nakon ratifikacije u svih 27 država članica EU (u to vrijeme Hrvatska nije bila član EU) i Parlamentu EU stupio na snagu 1. maja 2010. Neophodnost poznavanja koncepta diskriminacije u pravu EU leži u činjenici da se on jednim dijelom već primjenjuje kroz odredbe SSPCG, pa se građani Crne Gore, kao i građani država EU, na osnovu njegovih odredaba mogu pred crnogorskim nacionalnim pravosuđem pozivati na zaštitu od diskriminacije i kršenja njihovih sloboda kretanja. Razumijevanje predmetne problematike je dodatno

<sup>3</sup> Ustavni sud Crne Gore (12. jul 2012) U-I br. 29/11 i 4/12.

uslovljeno velikim nepoznavanjem pravnog režima SSPCG, kako u opštoj javnosti, tako i stručnoj javnosti Crne Gore. Ustavni sud kao najviša sudska instanca u Crnoj Gori ima kao nadležnost odlučivanje o usklađenosti crnogorskih propisa sa međunarodnim ugovorima, te stoga i sa SSPCG. Dakle, sve do ulaska u EU vrhovni tumač SSPCG, odnosno prava koja su na osnovu ovog ugovora stekli crnogorski građani, biće Ustavni sud.

Takođe, nakon ulaska Crne Gore u EU, Ustavni sud će predstavljati vrhovnog čuvara prava EU u okviru crnogorskog pravosudnog sistema. Sa jedne strane, kada se postavi pitanje usklađenosti neke nacionalne mjere (odredbe ili prakse) sa pravom EU pred sudom države članice protiv čije odluke nema pravnog lijeka na osnovu nacionalnih propisa, on na osnovu Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU) mora uputiti prethodno pitanje SPEU.<sup>4</sup> Sa druge strane, na osnovu doktrine *acte clair*<sup>5</sup> najviše nacionalne sudske instance mogu u određenim slučajevima same odlučivati o usklađenosti sporne nacionalne mjere sa pravom EU. Zbog svega navedenog, poznavanje pojma diskriminacije, kao jednog od bazičnih koncepata prava EU, je od esencijalnog značaja za svaku najvišu nacionalnu sudsku instancu, pa tako i Ustavni sud.

### **2.2.2.1. Razgraničenje sloboda kretanja (osnovnih sloboda) i ljudskih prava i sloboda (osnovnih prava) u pravu Evropske unije**

Ono što je neophodno naglasiti, je da analiza diskriminacije u pravu EU koja se odnosi na korišćenje osnovnih sloboda (slobode kretanja ekonomske prirode) prevazilazi predmet ove studije. Dakle, kada je riječ o pravu EU u okviru ove studije, biće riječi o pojmu diskriminacije koji je vezan za kršenje ljudskih prava (osnovnih sloboda). Stoga, smatramo neophodnom precizno razjasniti pojam diskriminacije u pravu EU, pošto se on, iako predstavlja pšti princip prava EU, javlja u dva povezana ali i ne potpuno identična oblika, u zavisnosti da li se primjenjuje u kontekstu kršenja osnovnih prava (ljudskih prava) ili osnovnih sloboda (sloboda kretanja).

---

<sup>4</sup> Član 267 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 83/1, 30.03. 2010.

<sup>5</sup> SPEU, 77/83 Srl CILFIT and others and Lanificio di Gavardo SpA v Ministero della sanità.

Dakle, na samom početku, neophodno je razumjeti razliku između pojma osnovnih sloboda - sloboda kretanja (*fundamental freedoms*) na unutrašnjem tržištu EU, sa jedne strane, i pojma osnovnih ljudskih prava i sloboda - osnovna prava (*fundamental rights*). Ova dva pojma ne treba miješati, jer osnovne slobode i osnovna prava predstavljaju zasebne kategorije subjektivnih prava, kako u pogledu terminologije tako i sadržine.<sup>6</sup> Osnovne slobode su ekonomska prava unutar EU protiv nedozvoljenih restrikcija (prepreka) najčešće od strane država članica. One imaju eksplicitan pravni osnov u svim dosadašnjim verzijama osnivačkih ugovora. Sa druge strane, u kontekstu prava EU, osnovna prava su pravni principi koje je razvio SPEU da bi zaštitio pojedince od intervencije (smetnji) EU. Njih je SPEU preuzeo u svoju praksu iz prakse, prije svega ustavnih sudova država članica, a tek naknadno oni postaju dio legislative na nivou EU.

#### 2.2.2.1.1. Osnovne slobode (slobode kretanja) u pravu Evropske unije

Osnovno pitanje u ostvarivanju prava zagwarantovanih UFEU je određenje polja primjene sloboda kretanja. Dakle, preduslov ostvarivanja prava građana EU je postojanje situacija na unutrašnjem tržištu EU koje su pokrivene nekom od osnovnih sloboda:

*“Situacije koje ulaze u polje primjene komunitarnog prava uključuju one koje se tiču korišćenja osnovnih sloboda zagwarantovanih Ugovorom, posebno onih koje se tiču sloboda kretanja i rezidentstva u okviru teritorije države članice...”<sup>7</sup>*

Osnovne slobode EU čine: pravo na slobodu rezidentstva – nastanjivanja (član 21), sloboda kretanja dobara (članovi 28-29), sloboda kretanja radnika (članovi 45-48), sloboda kretanja usluga (članovi 56-62), sloboda osnivanja – poslovnog nastanjivanja (članovi 49-55) i sloboda kretanja kapitala i plaćanja (63-75).

---

<sup>6</sup> Lubos Tichy: Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: Short Remarks, (in The Treaty On a Constitution For Europe - Perspectives After The IGC, eds. Ingolf Pernice/Jiri Zemánek), NOMOS Verlag, str. 52.

<sup>7</sup> SPEU, 544/07 Uwe Rüffler v Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Wałbrzychu, pasus 63.

Osnovne slobode predstavljaju najvažnije pravno oruđe koje stoji na raspolaganju SPEU za uspostavljanje unutrašnjeg tržišta. One imaju dvojni pravnu prirodu koja se sastoji od principa zabrane diskriminacije kao i od principa zabrane nedozvoljenih restrikcija. Dakle, razlika u funkciji osnovih sloboda se zasniva, sa jedne strane, na odredbama o zabrani diskriminacije prije svega zasnovanim na konceptu jednakosti (*equality*), i sa druge strane, zabrani restrikcija prije svega zasnovanoj na konceptu prava na slobodu (*liberty rights*).<sup>8</sup> Ova dva principa predstavljaju dvije strane istog novčića.<sup>9</sup>

### 2.2.2.1.2 Ljudska prava i slobode (osnovna prava) u pravu Evropske unije

Prvi slučaj u kojem SPEU ustanovljava svoju nadležnost po pitanju kontrole poštovanja ljudskih prava je slučaj *Stauder*.<sup>10</sup>

*„Tumačeni na ovaj način predmetne odredbe ne sadrže ništa što je u mogućnosti da nanese štetu osnovnim ljudskim pravima sadržanim u opštim principima komunitarnog prava koje Sud štiti.“<sup>11</sup>*

Međutim, predmet koji predstavlja jedan od najvažnijih u sudskoj praksi SPEU, u kojem on detaljno obrazlože zaštitu ljudskih prava kao opšti koncept prava EU jeste njemački slučaj *Internationale Handelsgesellschaft*:

*“...na validnost neke komunitarne mjere ili njenih dejstava u okviru neke države članice, ne mogu uticati navodi da je ona suprotna, niti osnovnim pravima formulisanim na osnovu ustava te države niti principima nacionalnog ustavnog sistema. Međutim, mora biti ispitano da li je zanemarena neka analogna garancija inherentna komunitarnom pravu. Upravo, poštovanje osnovnih prava čini sastavni dio opštih pravnih principa koje štiti SPEU. Zaštita ovih prava, koja je inspirisana ustavnom*

---

<sup>8</sup> Moris Lehner: Limitation of national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty, EC Tax Review, 2000-1, Kluwer Law International, str. 10.

<sup>9</sup> Axel Cordewener: The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market, u EU Freedoms and Taxation, ed. Vanistendael Frans, International Bureau of Fiscal Documentation, 2006, str. 34.

<sup>10</sup> Vesna Crnić-Grotić, Nataša Sgardeli Car: Ljudska prava u Europskoj Uniji u praksi Evropskog suda u Luksemburgu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 – BR. 5/2010, str. 977.

<sup>11</sup> SPEU, 29/69 Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, pasus 7.

*tradicijom država članica, mora biti osigurana u okviru strukture i ciljeva Zajednice...*<sup>12</sup>

Po identičnom šablonu SPEU je kao opšte principe prava EU u svoju praksu uključio i principe iz ugovora o zaštiti ljudskih prava:

*“Slično, međunarodni ugovori za zaštitu ljudskih prava na kojima su saradivale države članice ili čije su potpisnice, mogu obezbijediti smjernice koje bi trebalo slijediti u okviru komunitarnog prava.”*<sup>13</sup>

Nakon što je SPEU na ovaj način usvojio međunarodne standard o zaštiti ljudskih prava, Ugovorom iz Amsterdama isti postaju *ad literam* dio prava EU:

*“Osnovna prava, na način na koji ih garantuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i način na koji to proističe iz ustavne tradicije zajedničke državama članicama, će predstavljati opšte principe prava EU”*<sup>14</sup>

Na osnovu ovih odredbi 2000. godine usvjene su dvije najvažnije direktive na polju borbe protiv diskriminacije: 1) Rasna Direktiva 2000/43<sup>15</sup>; i 2) Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju 2000/78.<sup>16</sup> Ovaj legislativni zamah na polju zaštite od diskriminacije svoj vrhunac dobija usvajanjem Povelje o osnovnim pravima EU koja sadrži posebne odredbe o zabrani diskriminacije:

*“Svaka diskriminacija zasnovana na bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno porijeklo, genetske osobine, jezik, religija ili uvjernje, političko ili drugo mišljenje pripadnost nacionalnoj manjini,*

---

<sup>12</sup> SPEU, 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Frankfurt-amMain, pasusi 3-4.

<sup>13</sup> SPEU, 4/73 J. Nold, Kohlen - und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, pasus 13.

<sup>14</sup> Član 6(3) Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, as signed in Amsterdam on 2 October 1997.

<sup>15</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000,

<sup>16</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a legal framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000.



*imovina, rođenje, invaliditet, starosna dob ili seksualna orijentacija će biti zabranjena.*<sup>17</sup>

Praktično, Povelja o osnovnim pravima EU na indirektan način inkorporira principe koje ustanovljava Evropska Konvencija:

*“U onoj mjeri u kojoj prava iz ove Povelje korespondiraju pravima zagarantovanim Konvencijom....značenje i svrha ovih prava će biti ista kao onih propisaih Konvencijom. Ova odredba neće spriječiti pravo EU da predvidi veću zaštitu.”*<sup>18</sup>

### 2.2.3. Ostali izvori zaštite od diskriminacije u međunarodnom pravu

Pored navedenih međunarodnih dokumenata koji za cilj imaju zaštitu od diskriminacije, neophodno je navesti i dva dokumenta Ujedinjenih nacija, prije svega Povelju UN i Međunarodni pakt. Član 1 Povelje UN navodi da je jedan od ciljeva Povelje da promovise i podstiče ljudska prava, bez obzira na rasu, pol, jezik ili vjeroispovijest. Sa druge strane, Međunarodni pakt u članu 26 sadrži veoma široko formulisanu zaštitu od diskriminacije:

*“Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo bez ikakve diskriminacije na podjednaku zaštitu zakona. U tom smislu, zakon mora da zabranjuje svaku diskriminaciju i da obezbijedi svim licima podjednaku i uspješnu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog ubjeđenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovnog stanja, rođenja ili svakog drugog stanja.”*<sup>19</sup>

Kada je riječ o odredbama Međunarodnog pakta treba naglasiti da je na osnovu njih moguće iznijeti slučajeve pred tzv. Komitet za ljudska prava, međutim ovo tijelo nema nadležnost da kao ESLJP donosi presude već odluke koje sadrže

---

<sup>17</sup> Član 21(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union 2010/C 83/02 (Article 21 (1), Official Journal of the European Union, 30.3.2010.

<sup>18</sup> *Ibid*, član 52(3).

<sup>19</sup> Član 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, „Službeni list SFRJ“, br. 7/71.

njegove stavove. Ustavni sud često primjenjuje principe u vezi sa zabranom diskriminacije na način interpretiran od strane Komitetat za ljudska prava:

*“Prema shvatanju Komiteta za ljudska prava, (satv 7 Opšteg kometatra broj 18 (37) Komiteta za ljudska prava Organizacije ujedinjenih nacija, usvojenom 1989. godine-dok. UN HRI/GEN7IREV8, str. 185-188.), termin „diskriminacija“ označava bilo kakvo razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti zasnovane na osnovima kao što su rasa, boja, pol, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovina, rođenje ili drugi status...”<sup>20</sup>*

---

<sup>20</sup> Ustavni sud Crne Gore (19. Januar 2012) U-I br. 2/11.



### 3. VRSTE DISKRIMINACIJE U SUDSKOJ PRAKSI CRNE GORE

Svaki pojavni oblik diskriminacije i svaka podjela diskriminacija je zasnovana na nekom drugačijem kriterijumu ili vidu komapracije. Drugim riječima, razvoj i profilisanje novih kriterijuma komparacije dovodi do njenih novih pojava oblika. U kontekstu crnogorskog pravnog sistema, u različitim oblicima, srećemo sledeće oblike diskriminacije: 1) direktna diskriminacija; 2) indirektna diskriminacija, 3) posebni oblici diskriminacije.

#### 3.1. DIREKTNA (NEPOSREDNA) DISKRIMINACIJA

ESLjP pod direktnom diskriminacijom podrazumijeva:

*„...diskriminacija podrazumijva različit tretman, bez objektivnog i valjanog opravdanja, lica u relativno sličnim situacijama.“<sup>21</sup>*

Na bazi pomenutih principa iz prakse ESLjP, Ustavni sud daje detaljno određenje ovog pojma:

*„Evropski sud za ljudska prava diskriminaciju označava kao različit tretman istih ili sličnih slučajeva, kada za to nema razumnog i objektivnog opravdanja, odnosno, ako ne postoji legitiman cilj kome se teži, ili ne postoji srazmjera (proporcionalnost) između cilja i načina na koji se ovaj legitiman cilj želi postići“<sup>22</sup>*

#### Studija slučaja br. 1: Praksa crnogorskog pravosuđa u vezi sa direktnom diskriminacijom

Dobar primjer razumijevanja pojma direktne diskriminacije u crnogorskom pravnom sistemu jeste predmet u vezi sa diskriminacijom lica sa invaliditetom. Naime, ovaj slučaj se ticao nemogućnosti lica sa invaliditetom da ispred „Udrženja mladih sa hendikepom Crne Gore“ učestvuje na skupovima koji su organizovani u zgradi Skupštine Crne Gore (u daljem tekstu: Skupština), pošto ovaj javni objekat nije prilagođen licima smanjene pokretljivosti i licima sa

<sup>21</sup> ESLjP, *Willis v. the United Kingdom* (App. No. 36042/97) 11 June 2002, pasus 48.

<sup>22</sup> Ustavni sud Crne Gore (14. jun 2012) U-I br. 33/11.

invaliditetom jer ne postoji tzv. kosa rampa usljed čega navedena lica nemaju nesmetan pristup, kretanje, boravak i rad u istoj. Zbog navedenog tužilja podnosi tužbeni zahtjev Osnovnom sudu u Podgorici (u daljem tekstu: Osnovni sud) koji djelimično usvaja tužbeni zahtjev oštećenog lica i obrazlaže postojanje diskriminacije time što tuženi nije prilagodio objekat, u skladu sa zakonskom obavezom:

*„Naznačena diskriminacija se ogleda u činjenici da tužilja nije mogla pristupiti naznačenom objektu odnosno zgradi najprije njegovom ulaznom dijelu na kojem se nalazi stepenište bez kose rampe i hidraulične dizalice a potom u unutrašnjosti istog nije bila u mogućnosti da koristi isto odnosno da se popne na drugi sprat, na kojem su se održavali skupovi, jer postoji stepenište bez ikakvih pomoćnih hidrauličnih naprava za podizanje i spuštanje lica sa invaliditetom na više spratove a posebno kod činjenice da zgrada odnosno objekat ne posjeduje lift već je pristup obezbijedila uz pomoć svog prijatelja koji je fizičkom snagom zajedno sa kolicima, preko deset stepenika, izvukao preko ulaznog stepeništa a potom i preko unutrašnjeg stepeništa.“<sup>23</sup>*

Na osnovu navedenog Osnovni sud zaključuje da je riječ o direktnoj/neposrednoj diskriminaciji:

*„Nepriлагоđavanjem naznačenog objekta odnosno zgrade licima sa invaliditetom...tužena je prema tužilji izvršila neposrednu diskriminaciju u korišćenju objekata i površina u javnoj upotrebi...jer tužilja prilikom prisustva naznačenim skupovima u objektu odnosno zgradi Skupštine CG nije mogla nesmetano odnosno bez pomoći drugih lica pristupiti naznačenom objektu odnosno zgradi, izvršiti kretanje u okviru istog i koristiti istu a na šta je imala pravo saglasno naznačenim zakonskim propisima...“<sup>24</sup>*

Međutim, ono što se može smatrati problematični u ovom predetu jeste odluka da se odbije tužbeni zahtjev u dijelu koji se tiče zabrane ponavljanja diskriminatorne radnje:

---

<sup>23</sup> Osnovni sud u Podgorici (08.04.2014) P.br. 4981/13.

<sup>24</sup> *Ibid.*

*“Tužilja je odbijena u dijelu tužbenog zahtjeva kojim je tužilja tražila da se tužena obaveže da preduzme sve potrebne mjere kako se počinjena diskriminacija više ne bi ponovila jer sud nalazi da je u tom dijelu tužbeni zahtjev neosnovan i u suprotnosti sa odredbom čl. 26 st. 1 tač. 2 Zakona o zabrani diskriminacije (SL. list CG br. 46/10 i 40/11) obzirom da se takva vrsta zahtjeva ne može isticati u ovoj vrsti postupka saglasno naznačenoj zakonskoj odredbi.”<sup>25</sup>*

Da situacija bude još kompleksnija, ove stavove prvostepenog suda potvrdila je i drugostepena sudska instance – Viši sud u Podgorici:

*“...Pravilno je prvostepeni sud zaključio da tužbeni zahtjev da se obaveže tužena da preduzme sve potrebne mjere kako se počinjena diskriminacija ne bi ponovila, nije zahtjev u skladu sa citiranom zakonskom odredbom (čl. 26 st. 1 tač. 2), pa je, suprotno navodima žalbe tužilje, pravilno odlučeno kada je tužbeni zahtjev u ovom dijelu odbio kao neosnovan.”<sup>26</sup>*

Naime, Zakon o zabrani diskriminacije u članu 26 stav 1 tačka 2 predviđa mogućnost da oštećeni traži “*zabranu vršenja radnje od koje prijete diskriminacija, odnosno zabranu ponavljanja radnje diskriminacije*”. Stoga čude odluke o odbijanju ovog zahtjeva tužene, bez ikakvog preciznijeg obrazloženja. Jedino što sud konstatuje da se ova “vrsta zahtjeva ne može isticati u ovoj vrsti postupka saglasno naznačenoj zakonskoj odredbi”. Ukoliko bi to bilo tačno, postavlja se pitanje na koji način oštećeni može da ostvari ovo svoje zakonsko pravo, odnosno u kom postupku sud smatra da se ova vrsta zahtjeva može ostvariti? Neukazivanjem na ovu činjenicu obrazloženje Osnovnog suda se treba smatrati nejasnim.

Kao suprotan primjer stavova pomenutih crnogorskih sudova moguće je ukazati na praksu Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, koji je u jednom sličnom predmetu donio suprotan zaključak po pitanju zabrane ponavljanja diskriminacije. Naime, predmet se ticao diskriminatornog ponašanja vozača autobusa prema invalidnom licu (celebralna paraliza) tako što je u početku odbijao da ga preveze autobusom, a nakon intervencije odgovornih lica ipak

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Viši sud u Podgorici (05.06.2014) Gž. Br. 2407/14.

prihvatio da preveze ovo lice, međutim u toku vožnje ga je vrijeđao prijeteci da će ga izbaciti iz autobusa. Pri ovom činjeničnom stanju Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije je ustanovio da su niži sudovi pravilno zaključili da diskriminacija postoji te dosudili naknadu nematerijalne štete. Međutim, ono što je u ovom predmetu interesantno, izrečena je i zabrana ponavljanja diskriminatorne radnje:

*“Naime, polazeći od odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Protokolu 12 propisuje opštu zabranu diskriminacije i odredbe člana 27 Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom prema kojoj odredbi je zabranjeno vršiti diskriminaciju zbog invalidnosti u prevozu u svim granama saobraćaja pri čemu se diskriminacijom smatra između ostalog i samo odbijanje da se preveze putnik sa invaliditetom, kao in a osnovu odredbe člana 29 istog zakona prema kojoj odredbi posebno težak oblik diskriminacije zbog invalidnosti predstavlja uznemiravanje, vređanje i omalovažavanje putnika sa invaliditetom u toku postupanja od strane posade prevoznog sredstva zbog njegove invalidnosti, nižestepeni sudovi su pravilno zaključili da su osnovani zahtevi tužilje za utvrđenje postojanja diskriminacije, izrekli zabranu ponavljanja diskriminatorne radnje i dosudili tužilji naknadu nematerijalne štete zbog duševnih bolova zbog povrede časti, ugleda i prava ličnosti...”<sup>27</sup>*

Ono što se u cijoloj problematici čini jako diskutabilnim, a što je možda navelo crnogorske sudske instance da zauzmu sporni stav, jeste eventualna efikasnost i mogućnost izvršenja u praksi prava tuženog u spornom slučaju, sve i da je naložena zabrana ponavljanja diskriminatornog ponašanja. Preciznije, ova zabrana bi konkretno značila da određena institucija (Skupština) mora izvršiti svoju zakonsku obavezu te prilagoditi svoj objekat na način da se može koristiti od strane lica sa invaliditetom. Međutim, postavlja se pitanje šta se dešava u slučaju da ova institucija ne postupi po presudi i ne prilagodi objekat predmetnoj namjeni? Šta stoji na raspolaganju tuženom, preciznije koji pravni lijek, jer sud ne može izvršiti prilagođavanje spornog objekta u skladu sa propisima, pošto je riječ o radnji koju može izvršiti isključivo predmetna institucija? Da li je moguće u ovom slučaju podnijeti krivičnu prijavu zbog

---

<sup>27</sup> Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije (02.92.2012) Rev 66/12.

neizvršavanja sudske odluke protiv službenog ili odgovornog lica<sup>28</sup>? Koje je to odgovorno lice, konkretno u Skupštini? Iz svega navedenog čini se da pravna zaštita i mogućnost ostvarivanja prava tuženog ne bi bila na višem nivou od one u konkretnom slučaju kada nije usvojen tužbeni zahtjev u dijelu koji se tiče zabrane ponavljanja diskriminacije. Dakle, u oba slučaja jedino što tužilja može je da ponovo pokuša da uđe u prostorije Skupštine, te nakon toga opet tuži istu instituciju, a da nadležni sud opet odredi nakandu štete, samo eventualno u nekom većem iznosu.

### 3.2. INDIREKTNA (POSREDNA) DISKRIMINACIJA

Pored osnovnog i najčešćeg koncepta diskriminacije – nejednak tretman identičnih situacija, kroz sudsku praksu je razvijen, a kasnije i normiran novi oblik zabranjenog ponašanja tzv. "indirektna diskriminacija" – jednaki tretman različitih situacija. Ustavni sud eksplicitno zabranjuje i ovaj vid diskriminacije:

*„Princip nediskriminacije (jednakost) ne odnosi se samo na jednaki tretman jednakih slučajeva nego i na supstantivnu jednakost-nejednak tretman nejednakih slučajeva u proporciji sa njihovom nejednakošću. Drugim riječima, jednako treba tretirati jednake građane, a različite, u ime jednakosti, različito.“<sup>29</sup>*

Pravni osnov zabrane ove vrste diskriminacije se nalazi u članu 8 Ustava, dok Zakon o zabrani diskriminacije daje njenu preciznu definiciju. Prema predmetnom zakonu, posredna diskriminacija postoji ako, prividno neutralna odredba propisa ili opšteg pravnog akta, kriterijum ili praksa dovodi, ili bi mogla dovesti, lice ili grupu lica, koji dijele određeno lično svojstvo, u nejednak položaj, osim ako je to opravdano zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primjerena i neophodna.<sup>30</sup> Slično zakonskoj definiciji i Ustavni sud daje određenje ovog pojma na način što stavlja akcenat na "posljedice" koje proizvodi jedna zakonska odredba:

*“Prema shvatanju Komiteta za ljudska prava, (stav 7 Opšteg komentara broj 18 (37) Komiteta za ljudska prava Organizacije ujedinjenih nacija,*

<sup>28</sup> Člana 395 Krivičnog zakonika, "Sl. list RCG", br. 70/03.

<sup>29</sup> Ustavni sud Crne Gore (24. mart 2011) U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10.

<sup>30</sup> Član 2 stav 4 Zakona o zabrani diskriminacije "Službeni list Crne Gore, broj 46/2010".



*usvojenom 1989. godine-dok. UN HRI/GEN71REV8, str. 185-188.), termin „diskriminacija“ označava bilo kakvo razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti zasnovane na osnovam kao što su ras, boja, pol, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovina, rođenje ili drugi status, a koji za cilj ili posljedicu imaju ugrožavanje ili onemogućavanje priznavanja, uživanja ili ostvarivanja svih prava i sloboda svih ljudi pod jednakim uslovima. Iz navedene definicije diskriminacije u kojoj se „posljedice“ pominju zajedno sa „ciljem“, proističe da Komitet pod diskriminacijom ne podrazumijeva samo neposrednu, već i posrednu diskriminaciju...Ustavom se u članu 8 stav 1, takođe, pored neposredne diskriminacije usmjerene na određenu kategoriju lica, zabranjuje i posredna diskriminacija, koja može postojati i u slučaju kada su posljedice jedne zakonske odredbe diskriminatorne.“<sup>31</sup>*

Međutim, kada je riječ o praksu Ustavnog suda, i pored načelnog definisanja i pozivanja na ovaj pojam, nije bilo moguće naći predmet u kojem je utvrđeno postojanje indirektno diskriminacije. Stoga, u cilju valjanog razumijevanja ovog koncepta, analiziraćemo principe razvijene u praksi ESLjP.

### **3.2.1. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa indirektnom diskriminacijom**

Indirektna diskriminacija se u praksi ESLjP javlja u tri veoma slična oblika: 1) kada određena zakonska odredba ili praksa koja je na prvi pogled neutralne prirode stvara posebno nepovoljan tretman za članove određene grupe; 2) kada se neka mjera opšte prirode primjenjuje na način da utiče na nesrazmjerno veliki broj članova jedne grupe; 3) kada je tvorac neke opšte mjere propustio da tretira različito određenog pojedinca ili grupu na način da nije predvidio izuzetak od pravila.<sup>32</sup> Slično, na osnovu EU direktiva, indirektna diskriminacija je u načelu definisana kao situacija u kojoj se određena neutralna (formulisana

---

<sup>31</sup> Ustavni Sud Crne Gore (19. januar 2012) U-1 br. 2/11.

<sup>32</sup> Vidi u tom smislu: The prohibition of discrimination under European Human Rights Law, Relevance for the EU non-discrimination directives - an update, Office for Official Publications of the European Communities, 2011, str. 23.

bez diskriminacije) odredba primjenjuje bez pravljenja razlike na lica u različitim situacijama.

Jedan od najboljih slučajeva za razumijevanje koncepta indirektno diskriminacije iz prakse ESLJP po našem mišljenju jeste *Thlimmenos v. Greece*<sup>33</sup> u kojem podnosilac predstavke na osnovu grčkih propisa nije imenovan za ovlašćenog računovođu jer je ranije, iz religioznih razloga (jehovin svjedok), odbio da služi vojsku. Zbog toga je osuđen na osnovu krivičnog zakonodavstva a isto se smatra preprekom za sticanje statusa ovlašćenog računovođe. Podnosilac predstavke je tvrdio da ne može poslužiti nikakvoj korisnoj svrsi ako se neko isključi iz profesije ovlašćenog računovođe zbog toga što je, iz vjerskih razloga, odbio da služi u oružanim snagama, te da Zakon nije trebao da isključi svako lice koje je bilo osuđeno za teško krivično delo. Upravo, osnov na kojem je zasnovao svoju predstavku jeste da je riječ o obrnutoj diskriminaciji. Preciznije, podnosilac predstavke je smatrao da se grupa lica kojoj pripada, konkretno Jehovini svjedoci - muškarci čija religija podrazumijeva snažne razloge za odbijanje služenja vojnog roka u oružanim snagama, razlikuje od klase kojoj je pripadala većina drugih počinitelja krivičnih djela.

ESLJP je prepoznao ovaj vid diskriminacije što je obrazložio na sledeći način:

*„Sud je do sada smatrao da pravo koje proističe iz člana 14 da se uživanje prava i sloboda predviđenih Konvencijom, bez ikakve diskriminacije, krši onda kada države-ugovornice različito tretiraju lica koja se nađu u analognim situacijama, a da pritom ne navedu objektivna i razumna opravdanja...Međutim, Sud smatra da to nije jedini aspekt zabrane diskriminacije iz člana 11. Pravo da se prava i slobode predviđene Konvencijom uživaju bez diskriminacije prekršeno je i onda kada države-ugovornice bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju različito ljude koji se nalaze u bitno različitim situacijama.“<sup>34</sup>*

Dakle zamjerka ESLJP je u tome što ovo lice nije tretirano upravo različito. Nakon što je utvrđen sporan tretman ESLJP je pristupio analizi postojanja

<sup>33</sup> ESLJP, *Thlimmenos v. Greece* (6. april 2000) br. 34369/97.

<sup>34</sup> *Ibid*, pasus 44.

eventualnog legitimnog cilja kao i testu proporcionalnosti, te utvrdio da oba kriterijuma nisu zadovoljena:

*„Sud smatra da države-ugovornice u načelu imaju legitimni interes da neke od počinitelja krivičnih djela isključe iz profesije ovlašćenog računovođe. Sud, međutim, isto tako smatra da, za razliku od drugih osuda za teška krivična djela, sudska osuda zbog toga što je neko lice iz vjerskih ili filozofskih razloga odbilo da obuče uniformu ne može da podrazumijeva nepoštenje niti moralnu izopačenost koja bi, vjerovatno, podriila sposobnost izvršioca krivičnog djela da se tom profesijom bavi...Sud isto tako primećuje da je podnosilac predstavke izdržao kaznu zatvora zbog toga što je odbio da ponese vojnu uniformu. U takvim okolnostima, Sud smatra da je uvođenje nove sankcije podnosiocu predstavke nesrazmjerno...“<sup>35</sup>*

Iz svega navedenog ESLJP donosi zaključak da je sporno zakonodavstvo diskriminatorско jer nije uključivalo upravo koncept obrnute diskriminacije. Naime, ono je moralo sadržati načelo da se različite situacije moraju tretirati na različit način:

*„...Sud smatra da je Država, koja je donijela relevantni zakon, zapravo bila ta koja je prekršila pravo podnosioca predstavke da ne bude diskriminisan u uživanju prava i sloboda predviđenih članom 9 Konvencije. Država je to učinila time što nije unijela odgovarajuće izuzetke u pravilo kojim se zabranjuje licima osuđivanim za teška krivična djela da se bave profesijom ovlašćenog računovođe...Iz tih razloga, Sud zaključuje da je prekršen član 14 Konvencije u vezi sa članom 9 Konvencije“<sup>36</sup>*

Dalju potvrdu koncepta obrnute diskriminacije u praksi ESLJP srećemo u slučaju *Nachova and others v. Bulgaria* koji se ticao predrasuda prema licima romskog porijekla, te da su neprijateljski stavovi prema istim doveli do ubistva dva lica romske nacionalnosti od strane vojne policije prilikom njihovog hapšenja. ESLJP je smatrao da rasna diskriminacija predstavlja posebno opasnu vrstu diskriminacije, i da u tim slučajevima država ne može da postupi

---

<sup>35</sup> *Ibid*, pasus 47.

<sup>36</sup> *Ibid*, pasus 48-49.

identično kao u drugim slučajevima, te da treba da uloži dodatni napor na suzbijanju ovakvog ponašanja. Pošto je Bugarska propustila da različite situacije tretira različito ovo je smatrano kršenjem člana 14 Konvencije, preciznije obrnutom diskriminacijom:

*„...Tamo gdje postoji sumnja da su rasni motivi prouzrokovali akt nasilja, posebno je važno da se zvanična istraga energično i nepristrasno sprovede, imajući u vidu potrebu društva da se obezbijedi stalna osuda rasizma i mržnje zbog etničke pripadnosti u društvu i povjerenje manjina u sposobnost nadležnih organa da ih zaštite od prijetnji rasno motivisanog nasilja...Ukoliko se to ne učini i ukoliko se rasno podstaknuto nasilje i brutalnost tretira podjednako kao i slučajevi u kojima nema rasističkih elemenata, to bi značilo da se zatvaraju oči pred specifičnim odlikama akata koji posebno destruktivno djeluju na fundamentalna prava. Ukoliko se ne pravi razlika između načina na koji se tretiraju situacije koje se u osnovi razlikuju isto se može podvesti pod ponašanje koje se ne može opravdati i koje je u suprotnosti sa članom 14 Konvencije...Visoke strane ugovornice moraju radi povjerenja u sistem sprovođenja zakona obezbijediti da postoji distinkcija u istrazi incidenata koji uključuju primjenu sile, kako u pravnom sistemu, tako i u praksi, kada je u pitanju upotreba prekomjerne sile i rasistički motivisano ubistvo.“<sup>37</sup>*

### **Studija slučaja br. 2: Praksa crnogorskog pravosuđa u oblasti „afirmativne akcije“**

U slučajevima indirektno diskriminacije, razlog zbog kojeg se smatra da nastupa diskriminacija uslovljen je činjenicom da se isto pravilo primjenjuje na sve, bez obzira na relevantne razlike. Za rješenje tog problema vlade, poslodavci i pružaoci usluga moraju preduzeti mjere za prilagođavanje pravila i prakse koje će uzimati u obzir takve razlike. U kontekstu Ujedinjenih nacija, te se mjere

---

<sup>37</sup> ESLJP, Nachova and others v. Bulgaria (06. jul 2005) br. 43577/98 i 43579/98, pasus 160.2.

nazivaju „posebnim mjerama“, dok su u pravu EU poznate pod nazivom „konkretne mejre“ ili „pozitivno djelovanje“.<sup>38</sup>

Posebnu vrstu mjera ove vrste u crnogorskom pravnom sistemu možemo naći u okviru pojma afirmativne akcije. Ovaj koncept svoje utemeljenje nalazi prije svega u članu 79 tačka 9 Ustava koji pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica jamči prava i slobode koja mogu koristiti pojedinačno i u zajednici sa drugima na autentičnu zastupljenost u Skupštini Crne Gore i skupštinama jedinica lokalne samouprave u kojima čine značajan dio stanovništva. Pojašnjenje ovog vida podsticaja nalazi se u stavu 2 član 8 Ustava koji predviđa da se neće smatrati diskriminacijom propisi i uvođenje posebnih mjera koji su usmjereni na stvaranje uslova za ostvarivanje nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju.

Zakonodavac ove načelne ustavne principe detaljnije razrađuje u okviru Zakona o manjinskim pravima i slobodama<sup>39</sup>, kao i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izboru odbornika i poslanika<sup>40</sup>. Upravo u okviru odluke donesene povodom inicijative za preispitivanje odredaba kasnije pomenutog zakona, Ustavni sud je 2012. godine preispitao ustavni princip afirmativne akcije sa aspekta primjene načela jednakost/nediskriminacije:

*„Naime, prema odredbi člana 8 stav 2 Ustava, posebne mjere koje se preduzimaju radi otklanjanja faktičke nejednakosti ne smatraju se diskriminacijom, jer te mjere u povoljniji položaj stavljaju lica ili grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju sa drugima. S obzirom da se pripadnici manjina razlikuju od većinskog stanovništva, dosljedna primjena principa jednakosti, u konkretnom slučaju, dovela bi ih u neravnopravan položaj. Izuzetak od jednakosti radi ostvarivanja jednakosti (afirmativna akcija), propisan osporenim odredbama Zakona, po ocjeni Ustavnog suda, osigurava predstavljanje manjinskih naroda, koji primjenom opštih mjerila za raspodjelu mandata, ne bi ispunili uslove*

---

<sup>38</sup> Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Evropske unije za osnovna prava, 2011, str. 35.

<sup>39</sup> Zakon o manjinskim pravima i slobodama, „Službeni list Republike Crne Gore“ br. 31/06, 38/07, 2/11 i 8/11.

<sup>40</sup> Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izboru odbornika i poslanika, „Službeni list Republike Crne Gore“, br.46/11.

*za osvajanje poslaničkog mandata i u saglasnosti je sa odredbom člana 79 tačka 9 Ustava.*<sup>41</sup>

Ovi stavovi Ustavnog suda utemeljeni su u praksi ESLjP, a kao primjer može poslužiti predmet *Oršuš and others v. Croatia*:

*„...Međutim, član 14 ne sprječava državu članicu da grupe tretira različito u cilju ispravljanja „faktičke nejednakosti“ između njih; u stvari, u određenim situacijama neuspjeh u pokušaju da se isprave nejednakosti putem različitog tretmana može samo po sebi dovesti do povrede člana 14...”*<sup>42</sup>

Iz svega navedenog Ustavni sud izvlači zaključak da se prava manjinskih naroda ne mogu poistovjećivati sa pravima naroda koji ne pripadaju ovoj grupi jer je riječ o različitoj situaciji:

*„Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju, pa se pitanje jednakosti manjinskog naroda u izbornom sistemu i učešća njihovih izbornih lista u raspodjela mandata, ne može dovesti u međusobni odnos sa drugim narodima koji nijesu pripadnici manjinskih naroda i manjinskih nacionalnih zajednica, jer se radi o licima koja se nalaze u različitoj pravnoj situaciji i za koja je predviđen različit pravni režim.”*<sup>43</sup>

### 3.3. POSEBNE VRSTE DISKRIMINACIJE

Daljim razvojem koncepta diskriminacije dolazi do formulisanja njegovih novih različitih specifičnih vidova koji u nekim segmentima često i prevazilaze ustaljenu definiciju ovog pojma. Kada je riječ o antidiskriminacijskim direktivama EU kao dva najvažnija oblika javljaju se uznemiravanje i podsticanje na diskriminaciju.<sup>44</sup> Sa druge strane, u crnogorskom pravnom sistemu Zakon o zabrani diskriminacije<sup>45</sup> sadrži enumeraciju „posebnih vidova“

<sup>41</sup> Ustavni sud Crne Gore (14. jun 2012) U-I br. 33/11.

<sup>42</sup> ESLjP, *Oršuš and others v. Croatia* (no. 15766/03) 16. March 2010, pasus 149.

<sup>43</sup> Ustavni sud Crne Gore (14. jun 2012) U-I br. 33/11.

<sup>44</sup> Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Europske unije za osnovna prava, 2011, str. 31.

<sup>45</sup> Članovi 7-19 Zakona o zabrani diskriminacije "Službeni list Crne Gore, broj 46/2010".

diskriminacije. Međutim, ova formulacija može navesti na pogrešan trag, pošto je u stvari riječ o običnoj specifikaciji nekih od zasebnih slučajeva direktne diskriminacije, a ne o nekom novim vidovima mimo direktne i indirektno diskriminacije.

Kada je riječ o praksi crnogorskog pravosuđa u vezi sa posebnim vidovima diskriminacije, fokus će u studiji biti stavljen na mobing – zlostavljanje na radu. Isti predstavlja jedan od najznačajnijih posebnih vidova diskriminacije zbog čega je 2012. godine donešen i poseban zakon koji detaljno reguliše predmetnu materiju. Zbog učestalosti, kao i već značajne sudske prakse u vezi sa predmetnom vrstom diskriminacije, na ovom mjestu će biti posvećeno više pažnje njegovom valjanom razumijevanju.

### **Studija slučaja br. 3: Praksa crnogorskog pravosuđa u oblasti zlostavljanja na radu - mobinga**

Za razumijevanje pojma mobinga u crnogorskom pravnom sistemu od velike koristi može biti presuda Osnovnog suda u Podgrići P.br. 2226/11 od 10.05.2013. godine, koja sadrži odličnu analizu prirode instituta mobinga kao i jednog od najvažnijih elemenata istog – učestalost/kontinuiranost radnje mobinga.

Do donošenja Zakona o zlostavljanju na radu 08. juna 2012. godine mobing je bio regulisan Zakonom o zabrani diskriminacije, kao i posebnim odredbama Zakona o radu. Ono što treba naglasiti je da se pomenuti predmet tiče odnosa na koje se ne primjenjuje Zakon o zlostavljanju na radu jer su se sporne radnje obuhvaćene tužbenim zahtjevom dogodile prije stupanja na snagu ovog propisa. Stoga, nadležni sud u konkretnom sporu primjenjuje propise koji na značajno drugačiji način regulišu pravnu prirodu mobinga od onog koji je predviđen novim Zakonom o zlostavljanju na radu. Upravo zato presuda u predmetu P.br. 2226/11 sadrži analizu koja ukazuje na razliku u pravnoj prirodi mobinga prije i poslije stupanja na snagu Zakona o zlostavljanju na radu.

Naime, nadležni prvostepeni sud u svojoj elaboraciji jasno pravi razliku između tzv. „mobinga“ po Zakonu o zabrani diskriminacije – „mobing u užem smislu“, i zlostavljanja/šikaniranja – šireg koncepta koji ima identičnu prirodu sa definicijom mobinga na osnovu Zakona o zlostavljanju na radu – „mobing u širem smislu“. Preciznije, Osnovni sud pod zlostavljanjem/šikanom smatra pojam širi od

mobinga na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije. Zbog definisanja pojma mobing u okviru tri različita zakonska teksta, prvostepeni sud smatra neobrodnim analizirati genezu pravne prirode ovog pojma u kontekstu crnogorskog pravnog sistema:

*„Naime, i diskriminacija i zlostavljanje na radu su postojali i prije donošenja navedenih zakonskih tekstova, kao i njihovo sankcionisanje, ali je ono bilo ograničeno tumačenjem krivično-pravnih odredaba, odnosno podvođenjem različitih krivičnih djela pod ovakvo nedozvoljeno ponašanje. Kada je u pitanju zlostavljanje, ono je bilo „uvijeno“ u institut šikanoznog ponašanja, koje se decenijama razvija isključivo u sudskoj praksi, bez izričite zakonske potpore...Mobing, kao oblik diskriminacije na radu i zlostavljanje na radu, koje u konkretnom predmetu sankciju ostvaruje kroz isntitut šikane (šikanozno vršenje prava je čak širi pojam od samog zlostavljanja na radu, jer obuhvata sve, a ne samo odnose na radu i povodom rada kod kojih je prvenstvena namjera titulara da drugom naškodi, ali u konkretnom razlika gibi na značaju), su dva različita instituta...“<sup>46</sup>*

Osnovni sud pravi eksplicitnu razliku između „užeg pojma mobinga“, kao oblika diskriminatornog ponašanja, na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije koji je bio primjenjivan na činjenično stanje predmeta, i „šireg pojma mobinga“ kojega on naziva šikana/zlostavljanje, koje je praktično identično sa novom definicijom mobinga iz Zakona o zabrani zlostavljanja na radu, kao pojma koji prevazilazi koncept diskriminacije. Na osnovu mišljenja prvostepenog suda osnovna tačka razlikovanja „mobinga u širem smislu“ od „mobinga u užem smislu“ jeste u motivu:

*„...može se istaći da je osnovna tačka razlikovanja isntituta mobinga i šikane u motivu, jer se kod mobinga, kao oblika diskriminatornog ponašanja, osoba lišava prava zato što posjeduje određene lične karakteristike koje je opredjeljuju kao pripadnika jedne šire grupe, dok je kod šikane osnovni pokretač nedozvoljenog postupanja lični odnos prema oštećenom (ljubomora, ljutnja, netrpeljivost), pa se pravo vrši da bi mu se naudilo, odnosno naškodilo...“<sup>47</sup>*

<sup>46</sup> Osnovni suda u Podgriči (10.05.2013) P.br. 2226/11.

<sup>47</sup> *ibid.*



Dakle, mobing kao diskriminatorno ponašanje na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije podrazumijeva – „mobing u užem smislu“, je ponašanje zasnovano na nekom od ličnih svojstava žrtve, kao što je to slučaj kod ostalih oblika diskriminacije:

*„S druge strane, kada je u pitanju mobing, osnov za vršenje diskriminacije, odnosno inicijator nezakonitog ponašanja, u smislu člana 8 Zakona o zabrani diskriminacije, je lično svojstvo žrtve diskriminacije, tj. rasa, boja kože, nacionalna pripadnost, društveno ili etničko porijeklo, veza sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jezik, vjera ili uvjerenje, političko ili drugo mišljenje, pol, rodni identitet, seksualna orijentacija, zdravstveno stanje, invaliditet, starosna dob, imovno stanje, bračno ili porodično stanje, pripadnost grupi ili pretpostavka o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugo lično svojstvo (čl. 2 st. 2 istog zakona)...“<sup>48</sup>*

Na osnovu navedenog moguće je tvrditi da novo određenje pojma mobinga na osnovu Zakona o zlostavljanju na radu prevazilazi klasični pojam diskriminacije. Ova činjenica proizvodi dvije bitne konsekvence. Prvo, u cilju utvrđivanja postojanja mobinga više ne postoji obaveza traganja za postojanjem ličnih svojstava žrtve zlostavljanja kao motiva nezakonitog ponašanja. Dakle, sama činjenica da zlostavljanje postoji kontinuirano u određenom vremenskom periodu, bez obzira na lična svojstva oštećenog, dovodi mobera pod zakonski opis činjeničnog stanja mobinga. Drugo, novi pojam mobinga isključuje traženje komparatora, tj. „upoređivača“, pošto više praktično i nije riječ o standardnom konceptu diskriminacije. Ovakvo novo – šire određenje smatramo logičnim, jer je uži kocept mobinga imao određenih nedostataka. Npr. ukoliko bi poslodavac zlostavljao jednog od deset zaposlenih, smatralo bi se da mobing postoji, jer je moguće to lice porediti sa uslovima rada ostalih devet kolega. Međutim, ukoliko bi poslodavac zlostavljao svih deset zaposlenih, paradokasno ne bi se moglo smatrati da postoji mobing jer se on ponašao prema svim zaposlenim jednako.

Sledeće važno pitanje na koje ova presuda daje odgovor je ustanovljavanje kriterijuma koji predstavljaju jedan od osnovnih elemenata za postojanje mobinga – učestalost/kontinuiranost radnje mobinga. Zakonski propisi često

---

<sup>48</sup> *Ibid.*

šturo ili nedovoljno precizno definišu određene pojmove, pa ova situacija postoji i kod odredaba o mobingu. Naime, član 8 Zakona o zabrani diskriminacije kao jedan od esencijalnih uslova za postojanje mobinga predviđa da se on vrši „sistematski, u dužem vremenskom periodu“. Međutim, zakonopisac ostaje nijem po pitanju detaljnijeg preciziranja ovog pojma. Stoga, suočen sa ovim izazovom, prvostepeni sud, pozivajući se na uporednu pravnu teoriju, a što potvrđuje i drugostepeni sud<sup>49</sup>, ustanovljava princip da je za postojanje mobinga neophodno da se štetne radnje vrše u kontinuitetu najmanje šest mjeseci:

*„Iz definicije mobinga se zaključuje da isti predstavlja sistematsko (ne pojedinačno i sporadično) psihičko zlostavljanje, što znači da je neophodna učestalost radnji kojima se definiše mobing, ali i određeni period u kojem se radnje ponavljaju, a po stavu pretežnog broja teoretičara koji se bave ovim oblikom kršenja ljudskih prava (H. Leymann, Lindemeier, V. Baltazarević, A. Stanković, M. Vrhovšek, Ž. Spalević, B. Davitkovski, S. Einarsen...) da bi se radilo o mobingu, neophodno je da se psihičko zlostavljanje mobiranog lica vrši najmanje jednom sedmično, u periodu od najmanje šest mjeseci...“<sup>50</sup>*

---

<sup>49</sup> Viši sud u Bijelom Polju (19.05.2014.) Gž. br. 1070/14.

<sup>50</sup> Osnovni suda u Podgriči (10.05.2013.) P.br. 2226/11.



#### 4. ANALIZA POVREDE NAČELA JEDNAKOSTI/NEDISKRIMINACIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Pošto koncept diskriminacije iz prava EU još uvijek nije našao svoju primjenu u praksi Ustavnog suda, ova sudska instanca analizu povrede načela nediskriminacije/jednakosti pred zakonom, zasniva prije svega na principima razvijenim u praksi ESLJP. Stoga, na osnovu mišljenja Ustavnog suda, analiza postojanja diskriminacije podrazumijeva postupak koji se sastoji iz tri međusobno uslovljena dijela:

*„Prema praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, analiza načela jednakosti i nediskriminacije upućuje na potrebu istraživanja tri uslova da bi se utvrdilo da li je ovo načelo povrijeđeno. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja. Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca. Pojedinaac treba da bude žrtva manje povoljnog tretmana zbog svoje statusne pripadnosti. Treći uslov čini ispitivanje da li je različito pravno postupanje u sličnim činjeničnim okolnostima, odnosno jednako postupanje u značajno različitim okolnostima, razumno i opravdano.”<sup>51</sup>*

Iz navedenog slijedi da analiza povrede načela jednakosti građana pred zakonom, odnosno nediskriminacije, podrazumijeva tri koraka u kojima se ispituje: 1) da li postoje slične, odnosno uporedive situacije, kao i da li postoji jednak ili različit tretman; 2) da li je razlika u tretmanu zasnovana na određenoj statusnoj pripadnosti pojedinca; 3) da li postoji opravdanje za različit tretman.

Na ovom mjestu treba podsjetiti da je Crna Gora potpisnica Protokola 12 koji garantuje zaštitu od diskriminacije u vezi sa bilo kojim oblikom diskriminacije na osnovu nacionalnog zakonodavstva. Ovo znači, da u cilju zaštite od diskriminacije, podnosilac zahtjeva ne mora dokazati postojanje veze između nekog prava zagaranovanog Evropskom konvencijom i predmetne diskriminacije, iz čega slijedi da ovaj prethodni korak u analizi

---

<sup>51</sup> Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U - I br. 3/09.

postojanja diskriminacije nije neophodan. Iako Ustavni sud u svojim odlukama uvijek ističe primjenu Protokola 12, on takođe unosi zabunu konstantnim pozivanjem i na član 14 Evropske konvencije koji sadrži akcesornu zabranu diskriminacije. Smatramo da je isto potpuno bespotrebno te da pominjanje akcesorne zabrane diskriminacije u praksi Ustavnog suda stvara pravnu nesigurnost a podnosiocima zahtjeva ne daje bilo kakva dodatna prava.

#### **Studija slučaja br. 4: Praksa Ustavnog suda u oblasti ustavnih žalbi u kontekstu primjene člana 17 Ustava**

Kada je riječ o preispitivanju kršenja načela nediskriminacije iz člana 8 Ustava i načela jednakosti iz člana 17 Ustava, treba ukazati na specifičnost prakse Ustavnog suda u vezi sa odlučivanjem po ustavnim žalbama. Naime, praksa u primjeni načela jednakosti iz člana 17 Ustava odstupa od standardnog preispitivanja povrede ovog zahtjeva iz pomenute prakse ESLJP. Sa jedne strane, kada je riječ o ustavnim garancijama propisanim članom 8 Ustava, Ustavni sud podnosiocima ustavnih žalbi pruža zaštitu identičnu onoj ESLJP prilikom primjene principa jednakosti/nediskriminacije:

*„Ocjenjajući razloge i navode iznijete u ustavnoj žalbi sa stanovišta odredbe člana 8 Ustava, Ustavni sud ukazuje da diskriminacija postoji ako rezultira različitim tretmanom pojedinca i ako taj tretman nema objektivnog ili razumnog opravdanja. Ustavni sud je ocijenio da u sprovedenom postupku nema činjenica ili okolnosti koje bi na bilo koji način upućivale na to da je, u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku, podnosiocu povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda, zajamčeno Ustavom.<sup>52</sup>*

Preciznije, Ustavni sud smatra daje riječ o garancijama ekvivalentnim članu 14 Evropske konvencije:

*“Ocjenjajući razloge ustavne žalbe sa aspekata zabrane diskriminacije, iz člana 8 Ustava, koji korespondira pravu koje se garantuje članom 14 Evropske konvencije, Ustavni sud je ocijenio da nema činjenica ili okolnosti koje bi na bilo koji način upućivale na to da je, u postupku*

---

<sup>52</sup> Ustavni sud Crne Gore (9. februar 2012) Už-III br. 411/10, pasus 5.

*koji je prethodio ustavnosudskom postupku, podnosioc bio diskriminisan po bilo kom ličnom svojstvu. (polu, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, imovini, rođenju, obrazovanju, društvenom položaju ili nekoj drugoj osobini).<sup>53</sup>*

Sa druge strane, Ustavni sud član 17 Ustava, koji se odnosi na načelo jednкости pred zakonom, iako je riječ o praktično identičnim garancijama sa onim iz člana 8 Ustava, tumači znatno uže. Dakle, onaj podnosilac ustavne žalbe koji se pozove na povredu načela jednakosti, može računati da će Ustavni sud preispitati njegove tvrdnje isključivo u smislu zabrane arbitrarnog i proizvoljnog odlučivanja nižih sudova:

*„Ovim principom jemči se se zaštita od arbitrarnog odlučivanja sudova i drugih državnih organa koji vrše javna ovlašćenja koja se, pored ostalog, zasniva na načelu da nadležni organi u istovjetnim slučajevima jednako odlučuju, odnosno da istovjetna činjenična i pravna stanja ne mogu imati bitno različit pravni ishod. Ovo ustavno pravo bi bilo povrijeđeno ako sud ne bi uzeo u obzir propis koji je očigledno relevantan ili bi relevantan propis bio pogrešno shvaćen, što bi moglo izazvati sumnju da su osporene presude donesene proizvoljno.“<sup>54</sup>*

Drugim riječima, ovaj zahtjev po mišljenju Ustavnog suda pretpostavlja poštovanje ustaljene sudske prakse, odnosno zahtjeva jednakog odlučivanja u jednakim slučajevima:

*“Odredbom člana 124 stav 2 Ustava Crne Gore propisano je: »Vrhovni sud obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona od strane sudova«...Naime, podnosilac se, u ustavnoj žalbi, poziva na nejednako postupanje i ukazuje na rješenje Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 880/10, od 21. septembra 2010. Godine... Iz navedenog proizilazi da, u konkretnom slučaju, pravni stavovi Vrhovnog suda Crne Gore nijesu odstupili od ustanovljene sudske prakse u primjeni mjerodavnog materijalnog prava, odnosno odredbi čl. 92, 93 i 94 Zakona o radu.“<sup>55</sup>*

<sup>53</sup> Ustavni sud Crne Gore (10. maj 2012) UŽ-III br. 22/II, pasus 6.

<sup>54</sup> Ustavni sud Crne Gore (29. maj 2012) UŽ-III br. 140/12, pasus 6.

<sup>55</sup> Ustavni sud Crne Gore (20. decembar 2012) UŽ-III br. 233/II, pasus 7.

Štaviše, Ustavni sud u okviru primjene načela iz člana 17 Ustava ulazi u preispitivanje pravilne primjene i tumačenja određenog propisa, odnosno valjanog obrazloženja odluke nižih sudova:

*„Na utvrđeno činjenično stanje sudovi su pravilno primijenili materijalno pravo i o tome dali valjano obrazloženje, koje ne ostavlja utisak proizvoljnosti i arbitrarnosti u odlučivanju.“<sup>56</sup>*

Međutim, preispitivanjem prakse Ustavnog suda u vezi sa članom 19 Ustava koji garantuje jednaku zaštitu prava, uočljivo je da on pruža praktično iste garancije kao i član 17 Ustava. Naime, Ustavni sud tumači član 19 Ustava kao zahtjev pravne sigurnosti u cilju jednakog postupanja i zakonskog uređivanja procedure:

*„U ustavnoj žalbi navodi se povreda ustavnog prava na jednaku zaštitu prava i sloboda iz člana 19 Ustava. Do povrede ovog prava došlo bi samo u slučaju da je sud, u drugom predmetu, u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, donio različitu odluku i tako stvorio stanje pravne nesigurnosti na štetu podnosioca ustavne žalbe. Kako ovo pravo garntuje jednakost u postupanju i zakonsko uređivanje procedure, Ustavni sud je utvrdio da u konkretnom slučaju podnosiocu nije povrijeđeno navedeno ustavno pravo, jer je podnosilac imao pravo na jednak pristup sudu i na jednaku zaštitu svojih prava pred nadležnim sudom, a nije dokazana razlika u tretmanu koja bi bila diskriminatorna...Razlika u tretmanu bi postojala jedino u slučaju da se radilo o istoj pravnoj i činjeničnoj situaciji, što, u konkretnom, nije slučaj.“<sup>57</sup>*

Drugim riječima, ovo načelo je narušeno ukoliko identični predmeti imaju različit ishod:

*„U odnosu na navode podnosioca da im je osporenim presudama povrijeđeno pravo na jednaku zaštitu svojih prava zajemčeno članom 19 Ustava, a koju povredu obrazlažu nejednakim postupanjem sudova u istovjetnim pravnim pitanjima pri čemu se pozivajući na presudu Vrhovnog suda Crne Gore Rev.br. 860/11, Ustavni sud je, nakon uvida u navedenu presudu, našao da se ne radi o identičnoj pravnoj situaciji, pa*

---

<sup>56</sup>Ustavni sud Crne Gore (20. decembar 2012) Už-III br. 260/11, pasus 5.

<sup>57</sup> Ustavni sud Crne Gore (2. oktobar 2012) Už-III br. 91/12, pasus 5.

*samim tim ni o nejednakom postupanju sudova. Naime u postupku povodom kojeg je donijeta presuda na koju se pozivaju podnosioci žalbe, utvrđeno je da su tužiocima, odnosno njihovi pravni prethodnici bili upisani po valjanom osnovu kao suvlasnici u onom obimu prava koje potražuju, a što u konkretnom nije slučaj sa podnosiocima žalbe, pa samim tim se ne može raditi o istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, niti o povredi ovog prava na štetu podnosilaca.*<sup>58</sup>

Ustavni sud praktično postovjećuje obim zaštite koji pruža podnosiocima ustavnih žalbi na osnovu članova 17 i 19 Ustava. Ovu činjenicu u značajnom broju odluka on eksplicitno potvrđuje, tumačeći zaštitu koju pružaju pomenuti članovi Ustava u obliku zahtjeva za istovjetnim odlučivanjem u istovjetnim slučajevima:

*“Ustavnim principima iz člana 17 i 19 Ustava jemči se zaštita od arbitrarnog odlučivanja sudova i drugih državnih organa koji vrše javna ovlašćenja, koja se, pored ostalog, zasniva na načelu da nadležni organi u istovjetnim slučajevima jednako odlučuju, odnosno da istovjetna činjenična i pravna stanja ne mogu imati bitno različit pravni ishod. Ovo ustavno pravo bi bilo povrijeđeno ako sud ne bi uzeo u obzir propis koji je očigledno relevantan ili bi relevantan propis bio pogrešno shvaćen, što bi moglo izazvati sumnju da je osporena presuda donesena samovoljno.”*<sup>59</sup>

Dakle, Ustavni sud u svojoj praksi konstantno poistovjećuje opšti princip jednakosti pred zakonom iz člana 17 Ustava, sa užim principom jednake zaštite prava iz člana 19 Ustava, što predstavlja bespotrebno sužavanje obima zaštite koji pruža član 17 Ustava jer je riječ o generalnom pravnom konceptu jednakosti/nediskriminacije bez obzira na osnov/lično svojstvo. Preciznije, kada se podnosilac ustavne žalbe pozive na kršenje ovog pravnog principa treba uslijediti analiza koju vrši ESLJP prilikom pozivanja na član 14 Evropske konvencije ili Protokol 12, kao i Ustavni sud prilikom pozivanja na član 8 Ustava kod ustavnih žalbi, ili člana 8 i 17 prilikom preispitivanja usklađenosti zakona ili drugih propisa sa Ustavom. Čak i praksa SPEU ukazuje na činjenicu da

<sup>58</sup> Ustavni sud Crne Gore (19. jun 2012) UŽ-III br. 192/12, pasus 7.

<sup>59</sup> Ustavni sud Crne Gore (12. jul 2012) UŽ-III br. 566/11, pasus, 5.



princip jednakosti pred zakonom i princip nediskriminacije predstavljaju praktično jedan te isti zahtjev:

*„...zabrana diskriminacije koja se nalazi u pomenutoj odredbi je prosto poseban izraz opšteg principa jednakosti...“<sup>60</sup>*

Po našem mišljenju jedna od najboljih definicija ovog zahtjeva se nalazi u članu 13 Ustava Portugala:

*„Svaki građanin posjeduje isti društveni dignitet i jednak je pred zakonom...Niko neće biti privilegovan, favorizovan, žrtva predrasuda, uskraćen bilo kojeg prava ili izuzet od bilo koje obaveze na osnovu starosne dobi, pola, rase, jezika, mjesta porijekla, religije, političkih ili ideoloških uvjerenja, obrazovanja, ekonomske situacije, društvenih okolnosti ili seksualne orijentacije.“*

Sa druge strane, u cilju veće jasnosti i konzistentnosti prakse Ustavnog suda, smatramo da principe pravne sigurnosti i zabrane arbitrnosti, u okviru zahtjeva istovjetnog postupanja sudova u identičnim činjeničnim i pravnim pitanjima, treba preispitivati prije svega u kontekstu člana 19 Ustava, koji garantuje jednaku zaštitu. Međutim, pošto je po našem mišljenju načelo jednake zaštite samo jedna od specifičnih dimenzija šireg načela jednakosti pred zakonom, upitno je da li pozivanje isključivo na član 17 Ustava isključuje pravnu analizu i u kontekstu člana 19 Ustava.

#### 4.1. TEST KOMPARACIJE I JEDNAKI TRETMAN (POSTUPANJE)

Stoga, analiza povrede načela jednakosti/nediskriminacije započinje sa dvije povezane i međusobno uslovljene cjeline. Prva se odnosi na utvrđivanje postojanja uporedivih situacija. Dakle, ustanovljavanje eventualne diskriminacije podrazumijeva postojanje dvije uporedive/slične situacije. U suprotnom, ukoliko sud ustanovi da su situacije nepodobne za vršenje komparacije, one trebaju biti i tretirane na različit način, te različit tretman ne rezultira diskriminacijom. Druga se odnosi na ustanovljavanje jednakosti u tretmanu, odnosno, kako to Ustavni sud Crne Gore u svojoj praksi formuliše,

---

<sup>60</sup> SPEU, 117/76 i 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Stöh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, pasus 7.

razlika u postupanju. Naime, ukoliko se ustanovi da postoji uporedivost situacija, onda bi one trebale da budu i tretirane na isti način.

#### 4.1.1. Pojam identične (uporedive) situacije (položaja) – “Test komparacije”

Iz definicije diskriminacije, odnosno povrede načela jednakosti slijedi zaključak da se ovaj koncept zasniva na *tertium comparationis*. Dakle, osnov postojanja diskriminacije, kako direktne tako i indirektne, je pitanje postojanja uporedivih situacija. Princip zabrane diskriminacije se ogleda u komparaciji određenog predmetnog kriterijuma, a sumnjivim se smatra postojanje tzv. „različitog tretmana“. Dobar primjer određenja ovog pojma u crnogorskom pravnom sistemu nalazimo u praksi Osnovnog suda u Podgorici:

*„Takođe, treba istaći da tužilje, ne samo da nijesu učinile vjerovatnim akt diskriminacije, nego nijesu identifikovale osobu ili grupu osoba (tzv. upoređivače) u odnosu na koje bi se utvrdilo različito postupanje u sličnim ili istim situacijama, na koji način bi se mogla utvrđivati dostupnost određenim pravima tužilja u odnosu na „upoređivače“, jer diskriminacija postoji u slučajevima kada se različito tretiraju osobe u istim slučajevima, bez postojanja objektivnog i razumnog opravdanja, ili onda kada se bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju različito ljudi koji se nalaze u bitno različitim situacijama (slučaj ESLJP, Thlimmenos protiv Grčke)...“<sup>61</sup>*

“Test komparacije” se u praksi Ustavnog suda formirano javlja u sličnom obliku kako u praksi najviših nacionalnih sudskih instanci, tako i nadnacionalnih sudova. Ustavni sud u svojoj praksi obično definiše ovaj princip kao:

*“Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju...”<sup>62</sup>*

Treba primijetiti da formulacija “istovjetan pravni položaj” podsjeća na koncept “iđentične pravne situacije” prilikom primjene načela jednakosti u praksi Ustavnog suda Srbije:

<sup>61</sup> Osnovni sud u Podgorici (26.11.2012) P.br. 768/11.

<sup>62</sup> Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

*“...svi privredni i drugi pravni subjekti, koji se nađu u svojstvu učesnika u sudskom postupku, u identičnoj pravnoj situaciji, pod jednakim uslovima imaju obavezu da izmire propisanu visinu sudske takse.”<sup>63</sup>*

Detaljno pojašnjenje stavova Ustavnog suda u vezi sa činjenicom koje „situacije“ smatra podobnim za vršenje komparacije nalazimo u predmetu vezanom za preispitivanje Zakona o penzijsko invalidskom osiguranju<sup>64</sup>. Naime, kao komparatori se koriste lica u „istoj/identičnoj pravnoj situaciji“:

*„...Naime, ovakvo zakonsko rješenje odnosi se na sve korisnike određenih prava koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji. Ustavni princip jednakosti, propisan odredbom člana 17 Ustava, ne podrazumijeva jednakost građana u apsolutnom smislu, već garantuje jednakost građana koji se nalaze u identičnim pravnim situacijama...“<sup>65</sup>*

Međutim, postavlja se pitanje da li je koncept jednakosti prava u „istovjetnom pravnom položaju“ dovoljan za valjano vršenje komparacije lica (fizičkih ili pravnih), preciznije da li je dovoljno širok da obuhvati na valjan način sve oblike diskriminacije. Drugim riječima, smatramo da je ova formula isuviše uska te da postoje situacije koje mogu biti različite u pravnom smislu ali identične u faktičkom smislu, te stoga adekvatne za vršenje komparacije. Preciznije formula „istovjetnog pravnog položaja“ obuhvata poređenje samo formalnopravnih aspekata neke situacije dok isključuje daleko bitniju, suštinsku (faktičko stanje) jednakost dvije situacije.

Potvrdu ovog stava predstavlja i sam koncept „afirmativne akcije“ (pozitivne diskriminacije) iz prakse Ustavnog suda, samo u obrnutom smislu. Dakle, ukoliko bi jedini reper u okviru testa komparacije bili pravni aspekti određene situacije bez vođenja računa o faktičkim konsekvencama istih, onda ova vrsta pozitivne diskriminacije nikada ne bi mogla postojati. Preciznije, u okviru „afirmativne akcije“ Ustavni sud smatra da iako dvije situacije jesu identične u pravnom smislu one nisu identične u faktičkom smislu – “faktička nejednakost”. Dakle, iako manjinski narodi imaju sva prava kao i većinski narod, činjenica da oni predstavljaju procentualno mali broj populacije u faktičkom smislu ih čini neuporedivim sa većinskim stanovništvom, te isto zahtjeva i različit tretman, odnosno povoljniji tretman manjiskih naroda. Obrnutom logikom dolazimo do zaključka i da dvije u pravnom smislu različite situacije,

<sup>63</sup> Ustavni sud Srbije (27.11.2003) IU-275/2002.

<sup>64</sup> Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, „Službeni list Republike Crne Gore“, br. 79/08.

<sup>65</sup> Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

mogu suštinski u praksi rezultirati identičnim faktičkim položajem – “faktička jednakost”, te zahtijevati i identičan tretman u cilju poštovanja načela jednakosti odnosno nediskriminacije.

Čak i sama sudska praksa Ustavnog suda Crne Gore u kojoj se on poziva na analizu načela jednakosti i nediskriminacije iz prakse ESLJP potvrđuje ovu činjenicu. Naime, prvi korak u postupku analize sastoji se upravo od „testa komparacije“ u kojem se analizira da li postoje slične, odnosno uporedive činjenične situacije a ne iste ili slične pravne situacije:

*„Prema praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, analiza načela jednakosti i nediskriminacije upućuje na potrebu istraživanja tri uslova da bi se utvrdilo da li je ovo načelo povrijeđeno. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja...”<sup>66</sup>*

Dodatni problem ovakvog stanovišta Ustavnog suda je da ono načelno isključuje mogućnost postojanja indirektno diskriminacije. Kao što je to već elaborirano, ista može nastati u slučajevima kada jedna neutralna zakonska odredba (formulisana bez diskriminacije) nakon primjene proizvodi diskriminatorne efekte:

*“Međutim, u novijim slučajevima u vezi sa pitanjem diskriminacije u kojima su podnosioci zahtjeva smatrali da razlika u dejstvima opšte mjere ili de facto situacije...Sud se oslanjao predominantno na statističke podatke prezentiranih od strane strana u postupku u cilju utvrđivanja razlike u tretmanu između grupa (muškaraca i žena) u sličnim situacijama...”<sup>67</sup>*

Slično i SPEU smatra da čak i neke odredbe koje su na prvi pogled nediskriminativne mogu biti primjenjivane na diskriminativan način.<sup>68</sup> SPEU u slučaju *Riviera Auto Service*, pravi jasnu razliku između ove dvije situacije:

*“U ovakvim situacijama, predmetni ugovor će kršiti zabaranu iz člana 85(1) samo ako njegov predmet ili dejstvo osjetno ograničavaju*

<sup>66</sup> Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U - 1 br. 3/09.

<sup>67</sup> ESLJP, *D.H. and Others v. The Czech Republic* (13 November 2007), br. 57325/00, pasus 180.

<sup>68</sup> Axel Cordewener, Georg Kofler, Servaas van Thiel: *The Clash Between European Freedoms and National Tax Law – Public Interest Defenses Available to the Member States*, *Common Market Law Review* 46, Kluwer Law International, str. 1955.

*konkurenciju na zajedničkom tržištu i ukoliko je u stanju da utiče na trgovinu između država članica. Sud smatra da se prigovor ne odnosi na nezakonitost odredbe koja se preispituje već ... rezultat nepravilne primjene...<sup>69</sup>*

U zavisnosti od činjenica u predmetu, SPEU nekada stavlja akcenat na pravnu situaciju (npr. slučaj *Royal Bank of Scotland*<sup>70</sup>), nekada na faktičku situaciju slučaja (npr. slučaj *Schumacker*<sup>71</sup>). U slučaju *Pelckmans Turnhout NV* SPEU iznosi praktično identične principe sa ESLJP:

*“...ovaj Sud je smatrao u velikom broju slučajeva, da se te odredbe ne primjenjuje na nacionalna pravila...i utiču, na isti način, na osnovu zakona ili faktičke situacije, na prodaju domaćih proizvoda i proizvoda iz drugih država članica...”<sup>72</sup>*

Dakle, SPEU prevazilazi poređenje čisto prvanih situacija u kojima se komparatori nalaze, već težište stavlja na suštinsku jednakost. Preciznije, u cilju utvrđivanja da li je različit tretman diskriminatorne prirode, treba utvrditi u pogledu predmetne mjere da li su lica u “objektivno uporedivoj situaciji”:

*„U cilju utvrđivanja da li je razlika u... tretmanu diskriminatorna, neophodno je međutim razmotriti da li su, u pogledu nacionalne mjere o kojoj je riječ, kompanije o kojim je riječ u objektivno uporedivoj situaciji...“<sup>73</sup>*

Ovakve principe moguće je naći čak i u praksi nekih drugih nacionalnih sudova koji su svoju praksu stvorili daleko od uticaja modernih evropskih pravnih doktrina, i prakse ESLJP i SPEU. Npr. argenstinsko pravosuđe konzistentno tvrdi da princip jednakosti podrazumijeva jednakost između onih koji se nalaze u istom pravnom ili faktičkom (činjeničnom) položaju.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> SPEU, T-185/96, T-189/96 and T-190/96, *Riviera Auto Service Établissements Dalmasso SA*, pasusi 31. i 37.

<sup>70</sup> SPEU, 311/97 *Royal Bank of Scotland plc v Ellinko Dimosio (Greek State)*, pasus 24.

<sup>71</sup> SPEU, 279/93 *Roland Schumacker v Finanzamt Köln-Altstadt*, pasus 36.

<sup>72</sup> SPEU, 483/12 *Pelckmans Turnhout NV v Walter Van Gastel Balen NV, Walter Van Gastel NV, Walter Van Gastel Lifestyle NV, Walter Van Gastel Schoten NV, intervening parties: Ministerraad*, pasus 24.

<sup>73</sup> SPEU, 374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Litigation v Commissioners of Inland Revenues*, pasus 46.

<sup>74</sup> Alberto Tarsitano: *The Defence of Taxpayer's Rights in the Courts of Argentina*, *Bulletin for International Taxation*, August/September 2005, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, str. 412.

Jedan od primjera u kojim nalazimo naznake da Ustavni sud ulazi u ocjenu suštinske-faktičke jednakosti situacija te se ne oslanja isključivo na pravne aspekte, predstavlja slučaj iz oblasti obaveznog socijalnog osiguranja, kada je proglasio neustavnim odredbe Zakona o opštem penzijskom i invalidskom osiguranju<sup>75</sup>. U ovom predmetu Ustavni sud je zanemario činjenicu da su osiguranici prava stekli na, u pravnom smislu, različite načine – zaposlenje, poljoprivrednici i samostalna djelatnost:

*“...prema osporenoj odredbi djelimični gubitak radne sposobnosti cijeni se samo kod osiguranika zaposlenog, ali ne i kod osiguranika samostalnih djelatnosti i poljoprivrednika. Stoga, osiguranici samostalnih djelatnosti i poljoprivrednici ne stiču pravo na djelimičnu invalidsku penziju. Po ocjeni Ustavnog suda, osporenim normiranjem osiguranici samostalnih djelatnosti i osiguranici poljoprivrednici stavljeni su u neravnopravan položaj u odnosu na osiguranike zaposlene, koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji.”<sup>76</sup>*

Dakle, iz svega navedenog slijedi da nije dovoljno da Ustavni sud Crne Gore analizira da li se lica nalaze samo u identičnoj pravnoj, već što je daleko važnije, da li se nalaze u identičnoj faktičkoj (činjeničnoj) situaciji, što bi rezultiralo i obavezom jednakog tretmana. Na ovaj način Ustavni sud bi djelovao korektivno, i upravo otklanjao greške zakonodavca koji je faktički (suštinski) identične ili veoma slične situacije normirao različito. Ovim putem bi bio značajno povećan opseg prava kao i broj situacija u kojima bi se lica pod jurisdikcijom Ustavnog suda mogla pozivati i ostvarivati zaštitu u vezi sa kršenjem principa jednakosti/nediskriminacije.

### **Studija slučaja br. 5: Predmet U-I br. 2/11 Ustavnog suda Crne Gore i predmet BvR 611/07 i 2464/07 Ustavnog suda Njemačke**

Nedovoljnu širinu koncepta „istovjetnog pravnog položaja“ može najbolje oslikati komparacija pravnih principa iz prakse Ustavnog suda i Ustavnog suda Njemačke (Savezni ustavni sud) u vezi sa tretmanom bračne zajednice odnosno zajednice istopolnih partnera. U tom cilju biće podvrgnute analizi predmet BvR

<sup>75</sup> Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, Službeni list Republike Crne Gore, br. 54/39/04, 79/04 i 81/04.

<sup>76</sup> Ustavni sud Crne Gore (31. januar 2007) U. br. 18/06, 23/06, 26/06 i 31/06.

611/07 i BvR 2464/07 Ustavnog suda Njemačke i predmet U-I br. 2/11 Ustavnog suda, kao reperi u ustavno sudskoj praksi u vezi sa predmetnom materijom.

Kada je riječ o tretmanu zajednice života istopolnih partnera u praksi Ustavnog suda ova problematika je preispitivana 2012. godine, kada su osoporene odredbe Porodičnog zakona koje predviđaju određena imovinska prava isključivo za heteroseksualne partnere koji žive u vanbračnoj zajednici. Dakle, podnosilac ustavne inicijative je smatrao da su odredbe koje se odnose na vanbračnu zajednicu suprotne Ustavu jer predviđaju prava isključivo za heteroseksualne parove dok isključuju parove homoseksualne orijentacije. Iako je Ustavni sud ustanovio postojanje različitog tretmana, smatrao je da isti opravdan:

*„Po ocjeni Ustavnog suda, osporena odredba člana 12 stav 1. Porodičnog zakona ima za posledicu različito postupanje u odnosu na seksualnu orijentaciju lica koja žive u emocionalnoj i ekonomskoj zajednici, u zavisnosti od toga da li se radi o licima istog ili različitog pola. Naime, prema osporenoj odredbi Zakona, vanbračni partneri su samo osobe različitog pola, a ne i osobe istog pola koje žive u trajnoj zajednici...Međutim, prema stanovištu Ustavnog suda, razlikovanje koje je zasnovano na razumnom i opravdanom osnovu ne predstavlja diskriminaciju...“<sup>77</sup>*

Ovakav zaključak Ustavnog suda cijenimo kao jedino moguće i utemeljen je na odredbama Ustava. Prije svega, odredbe člana 71 Ustava eksplicitno predviđaju da se brak može zaključiti samo uz slobodan pristanak žene i muškarca. Dakle, očigledno je da crnogorski ustavopisac pod brakom podrazumijeva isključivo heteroseksualnu zajednicu, te bi bilo koja drugačija odluka Ustavnog suda bila suprotna Ustavu.

Nadalje, Ustavni sud citira i praksu ESLJP u vezi sa predmetnom problematikom, koji je u svojoj novijoj praksi zauzeo stav da zajednice života osoba istog pola koje žive u stabilnom *de facto* partnerstvu mogu spadati u domen sfere prava na porodični život iz člana 8 Evropske konvencije:

*„Sud napominje da je od 2001, od donošenja odluke u slučaju Mata Estevez, u mnogim državama članicama došlo do rapidne evolucije društvenih stavova prema parovima istog pola. Od tada je značajan broj država članica omogućio pravno prepoznavanje parova istog pola.“*

---

<sup>77</sup> Ustavni sud Crne Gore (19. januar 2012) U-I br. 2/11.

*Određene odredbe prava EU takođe oslikavaju rastuću tendenciju uključivanja istopolnih parova u pojam "porodice"...U pogledu ovog evolutivnog procesa, Sud smatra vještačkim zadržavanje stava da suprotno parovima različitog pola, parovi istog pola ne mogu uživati "porodični život" u svrhu člana 8. Na osnovu toga, odnos u kojem se nalaze podnosioci zahtjeva, kohabitacija para istog pola koji živi u stabilnoj de facto zajednici, ulazi u okvir pojma "porodičnog života", isto kao što bi i odnos u kojem se nalazi par raličitih polova u istoj situaciji."*<sup>78</sup>

Međutim, iako je u poslednje dvije decenije došlo do rapidne evolucije na predmetnom polju, ESLjP smatra da su države ipak zadržale značajan stepen diskrecionih prava u okviru "polja slobodne procjene", te da je pitanje uvođenja legislative koja bi regulisala ovu problematiku stvar svake države ponosob:

*"Oblast u pitanju mora dakle i dalje biti smatrana kao ona u kojoj postoji evolucija prava bez postignutog konsenzusa, u kojoj Države moraju takođe uživati stepen slobodne procjene u pogledu vremena kada će biti uvedene zakonske izmjene...Zakon o registrovanim zajednicama Austrije, koji je stupio na snagu 1. januara 2010. godine, jeste odraz pomenute evolucije te čini dio nastajućeg evropskog konsenzusa. Iako ne predstavlja avangardu, austrijskom zakonodavcu se ne može zamjeriti što nije ranije uveo Zakon o registrovanim zajednicama."*<sup>79</sup>

Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud donosi odluku da u sadašnjoj ustavnoj konstelaciji nije moguće osporavati predmetne odredbe Porodičnog zakona, te da one nisu suprotne Ustavu:

*"Sfera porodičnih i bračnih društvenih odnosa, po ocjeni Ustavnog suda, spada u domen prava u kojima je državama ostavljeno šire polje procene prilikom njihovog uređenja. Samim tim ne postoje pravne smetnje da se osobama istog pola koje žive u trajnoj ekonomskoj i emocionalnoj zajednici priznaju određena prava koja uživaju vanbračni partneri. Da li će i kada zakonom biti garantovana i druga prava osobama istog pola koje žive u de facto partnerstvu, a čije priznanje podnosilac inicijative traži, zavisi od zakonodavca."*<sup>80</sup>

<sup>78</sup> ESLjP, Schalk and Kopf v. Austria (24 June 2010), br. 30141/04, pasusi 93-94.

<sup>79</sup> *Ibid*, pasusi, 105-106.

<sup>80</sup> Ustavni sud Crne Gore (19. januar 2012) U-I br. 2/II.



Sa druge strane, u vezi sa istom problematikom, ali u okviru različitog zakonodavnog okvira, Ustavni sud Njemačke se 2010. godine bavio nejednakim tretmanom bračne zajednice i registrovane zajednice istopolnih partnera (*registered civil partnership*) na osnovu Zakona o porezu na poklon i nasleđe (*Erbschaftsteuer - und Schenkungsteuergesetz - ErbStG*). U svojoj odluci Ustavni sud Njemačke je neke njegove odredbe oglosio suprotnim načelu jednakosti iz člana 3.1. Ustava Njemačke (Osnovnog zakona):

*“...Lošiji tretman registrovane zajednice istopolnih partnera na osnovu poreskih propisa o nasleđivanju u poređenju sa bračnim drugovima u pogledu ličnih oslobođenja (§ 16 ErbStG stari), poreskih stopa (§§ 15, 19 ErbStG stari), kao i isključivanja u pogledu posebnog oslobođenja za koristi od odlaska u penziju (§ 17 ErbStG stari) nije u skladu sa opštim principom jednakosti (član 3.1 Osnovnog zakona) (1.)...”<sup>81</sup>*

Preciznije, Ustavni sud Njemačke je smatrao da je poreski tretman registrovane zajednice života istopolnih partnera značajno teži od poreskog tretmana bračne zajednice, te da za to ne postoji niti jedno valjano opravdanje zasnovano, kako na Ustavu Njemačke, tako ni na pravilima iz ustavnosudske prakse. Intersantno je analizirati stavove Ustavnog suda Njemačke u kontekstu formule „istovjetne pravne situacije“, kao i stanovišta iznesenih od strane Ustavnog suda u pomenutom predmetu u vezi sa tretmanom istopolnih zajednica. Analiza sadrži dva bitna elementa koja se odnose na razumijevanje opšteg principa jednakosti građana pred zakonom, i mogućnosti opravdanja različitog tretmana registrovanih zajednica istopolnih partnera.

Kada je riječ o opštem principu jednakosti pred zakonom Ustavni sud Njemačke isti definiše u načelu veoma slično kao i druge najviše nacionalne ili nadnacionalne sudske instance:

*„Opšti princip jednakosti zahtijeva da se sva lica tretiraju jednako pred zakonom. Zahtjev koji iz ovoga proističe, da ono što je suštinski jednako mora biti tretirano jednako, a ono što je suštinski različito mora biti tretirano na različit način, primjenjuje se na različite terete i različite privilegije (vidi BVerfGE 79, 1 (17); 110, 412 (431); 121, 108 (119); 121, 317 (370)). Dakle, uskraćivanje koristi koje je suprotno principu jednakog tretmana je takođe zabranjeno u slučajevima kada je grupi lica data*

---

<sup>81</sup> Ustavni sud Njemačke (21 July 2010) BvR 611/07 i BvR 2464/07.

*određena privilegija a koja je uskraćena drugoj grupi lica (vidi BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174); 116, 164 (180); 121, 108 (119); 121, 317 (370)).*<sup>82</sup>

Međutim, kada je riječ o primjeni ovog opšteg pravnog načela na pojedine oblasti ili specifične slučajeve, onda se ovaj princip tumači značajno šire od koncepta "istovjetnog pravnog položaja". Naime, načelo jednakosti se ne primjenjuje isključivo u njegovom opštem kontekstu, već u vezi sa svakom zasebnom pravnom ili faktičnom (činjeničnom) situacijom:

*"U zavisnosti od materije u kojoj se primjenjuje kao i elemenata koji dovode do različitog tretmana, opšti princip jednakosti rezultira različitim ograničenjima, koji se kreću od proste zabrane arbitrarnosti do striktno primjene zahtjeva proporcionalnosti (vidi BVerfGE 97, 169 (180-181); 110, 274 (291); 117, 1 (30); 120, 1 (29); 121, 108 (119); 121, 317 (369)). Precizniji standardi i kriterijumi u pogledu pretpostavki na osnovu kojih je zakonodavstvo povrijedilo zabranu arbitrarnosti ili zahtjev proporcionalno jednakog tretmana u pojedinačnim slučajevima, ne mogu biti određeni na uopšten i generalizovan način, već jedino u vezi sa svakom različitom faktičkom ili pravnom oblašću koja je po srijedi (vidi BVerfGE 75, 108 (157); 101, 275 (291); 103, 310 (318); 105, 73 (111); 110, 412 (432); 121, 108 (119))."*<sup>83</sup>

Sa druge strane, takođe je bitno razumjeti analizu mogućih opravdanja nejednakog tretmana. Pored drugih opravdanja (npr. princip sposobnosti plaćanja prema ekonomskoj snazi) najznačajnije je istaći pokušaj opravdanja na osnovu odredaba Ustava Njemačke koje se odnose na član 6 koji predviđa posebnu zaštitu braka i porodice. U ovom kontekstu Ustavni sud Njemačke iznosi stav da oba oblika pravno obavezujućih zajednica (bračna zajednica i registrova zajednica istopolnih partnera) podpada pod pravo na slobodu seksualne orijentacije te da često one nemaju istovjetan tretman:

*"Konačno, Federalni ustavni sud zahtijeva striktno preispitivanje jednakosti u slučajevima u kojim legislativa predviđa različit tretman na osnovu seksualne orijentacije lica (vidi detaljnije BVerfGE 124, 199 (220-221)...). Odluka pojedinca da stupi u brak ili uđe u registrovanu zajednicu*

---

<sup>82</sup> *Ibid*, pasus 66.

<sup>83</sup> *Ibid*, pasus 67.

*života istopolnih partnera je praktično neodvojivo od njegove ili njene seksualne orijentacije (vidi BVerfGE 124, 199 (221)).*<sup>84</sup>

Međutim, Ustavni sud Njemačke zaključuje da ustavni princip posebne zaštite porodice nije dovoljan da opravda sporni različiti poreski tretman jer se bračna zajednica treba smatrati uporedivom sa registrovanom zajednicom života istopolnih partnera:

*“Na osnovu ustavnog principa zaštite braka zakonodavac u principu nije spriječen da isti tretira na povoljniji način od drugih načina života (vidi BVerfGE 6, 55 (76-77); 105, 313 (348))...Međutim, ukoliko promovisanje braka uključuje uskraćivanje koristi drugim načinima života iako su oni uporedivi sa brakom u pogledu oklonosti koje su regulisane i ciljeva koji se žele postići zakonskim odredbama o braku, samo pozivanje na obavezu zaštite braka ne opravdava ovakav različit tretman (vidi BVerfGE 124, 199 (226)).”*<sup>85</sup>

Dakle, očigledno je da Ustavni sud Njemačke u okviru testa komparacije koristi značajno šire principe od formule „istovjetnog pravnog položaja“ Ustavnog suda. Preciznije, Ustavni sud Njemačke poredi dvije različite pravne situacije (bračna zajednica i registrovana zajednica života istopolnih partnera) jer smatra da u faktičkom smislu ne postoji nikakva ili vrlo mala razlika između istih, te dolazi do zaključka da ih treba tretirati na identičan način u vezi sa spornim poreskim oslobođenjem. Drugim riječima, Ustavni sud Njemačke stavlja znak jednakosti između bračne zajednice i registrovane zajednice života istopolnih partnera u kontekstu pravnog pitanja dostupnosti poreske olakšice.

Više je nego očigledno da primjenom formule „istovjetnog pravnog položaja“ Ustavnog suda u slučaju kada dođe do normativnog uređenja zajednica istopolnih partnera u Crnoj Gori nije moguće doći do rezultata iz pomenute presude Ustavnog suda Njemačke. Preciznije, pojmovi bračne zajednice i zajednice života istopolnih partnera su u pravnom smislu potpuno različiti. Ova konstatacija je pogotovo izražena u pravnim sistemima kao što je onaj Crne Gore, u kojima se ustavnim aktom izričito navodi da je brak zajednica heteroseksualnih lica. Dakle, i u slučaju eventualnog normiranja istopolnih zajednica, primjenom formule „istovjetnog pravnog položaja“ jedini mogući

---

<sup>84</sup> *Ibid*, pasus 73.

<sup>85</sup> *Ibid*, pasus 78.

zaključak je da je riječ o dvije u pravnom smislu različite situacije koje na osnovu toga mogu biti i tretirane na različit način.

Da situacija bude još složenija, uskim tumačenjem odredaba Porodičnog zakona vezanog za normiranje vanbračne zajednice, a u svjetlu formule „identičnog pravnog tretmana“, postavlja se pitanje da li se bračna zajednica može u svim sferama crnogorskog pravnog sistema tretirati na isti način sa vanbračnom zajednicom. Naime, iako Porodični zakon kaže da je zajednica života muškarca i žene koja traje duže (vanbračna zajednica), izjednačena sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinsko-pravnih odnosa<sup>86</sup>, u praksi se redovno događa da lica koja se nalaze u vanbračnoj zajednici u mnogim sferama pravnog života nemaju ista prava kao lica u bračnoj zajednici. U svjetlu presude Ustavnog suda Njemačke, uobičajena praksa poreskih vlasti Crne Gore je da se poreske olakšice koje su na osnovu poreskih propisa predviđene za bračne drugove ne priznaju u slučaju kada se na njih pozivaju lica koja se nalaze u vanbračnoj zajednici. Primjer ovakvog diskriminatornog tretmana vanbračne zajednice nalazimo u nizu poreskih propisa<sup>87</sup> koji predviđaju postojanja raznih oslobođenja ili olakšica za srodnike u prvoj liniji. Uskim tumačenjem ovog pojma poreske vlasti ove olakšice primjenjuju isključivo na bračne drugove dok zanemaruju lica koja se nalaze u vanbračnoj zajednici.

Predmetnu situaciju je u svjetlu prakse Ustavnog suda, na osnovu uskog tumačenja, moguće razumjeti na način da se vanbračna zajednica izjednačava sa bračnom zajednicom isključivo po pitanju „međusobnog izdržavanja partnera“ kao i „drugih imovinsko-pravnih odnosa“. Dakle, ovakvo tumačenje nas dovodi do zaključka da olakšice u vezi sa brakom koje su predviđene u okviru poreskih propisa nisu primjenjive i na vanbračnu zajednicu. Međutim, i pored ovako uske definicije vanbračne zajednice na osnovu Porodičnog zakona, postoji mogućnost dvostrukog tumačenja pojma „drugih imovinsko-pravnih odnosa“. Prvo, uže tumačenje bi bilo da je riječ o imovinsko-pravnim odnosima između vanbračnih partnera, dakle koji nastaju iz činjenice zajedničkog života (npr. zajednička imovina). Drugo, šire tumačenje bi pretpostavljalo uključivanje poreske sfere u koncept „imovinsko-pravnih odnosa“.

<sup>86</sup> Član 12 Porodičnog zakona "Službenom listu RCG", br. 1/2007.

<sup>87</sup> Vidi npr. član 6 Zakona o porezu na promet upotrebljavanih motornih vozila, plovni objekata, vazduhoplova i letilica, „Službeni list RCG“, br.55/03.

Naime, praksa ESLJP je da oporezivanje spada u sferu zaštite prava na imovinu. Uvođenjem 1952. godine Prvog protokola Evropske konvencije, član 1 ovog akta postaje pravni osnov analize slučajeva u vezi sa oporezivanjem, što potvrđuje ESLJP:

*“Oporezivanje u principu predstavlja ometanje prava zagarantovanog prvim stavom člana 1 Protokola br. 1, pošto lišava dotično lice vlasništva, tačnije sume novca koja mora biti plaćena...”*<sup>88</sup>

Ove stavove slijedi i Ustavni sud:

*“...Poreska obaveza, kao javni prihod, po ocjeni Ustavnog suda, zadire u svojину poreskog obveznika i predstavlja određeno ograničenje njegovih imovinskih prava.”*<sup>89</sup>

Dakle, ukoliko bi Ustavni sud primijenio ekstenzivno tumačenje odredaba Porodičnog zakona u vezi sa pojmom “drugih imovinsko-pravnih odnosa”, onda je poreske olakšice moguće podvesti pod ovaj koncept te bi se smatrale dostupnim i licima koja se nalaze u vanbračnoj zajednici. Ipak, mišljenja smo, a što potvrđuje praksa Ustavnog suda Njemačke, da u faktičkom smislu nema razlike između bračne, vanbračne zajednice i zajednice istopolnih partnera regulisane na osnovu posebnog zakona, te se one, makar u najvećoj mogućoj mjeri, moraju tretirati na identičan način. Preciznije, onog trenutka kada u crnogorskom sistemu bude usvojena legislativa koja se tiče zajednica istopolnih partnera, Ustavni sud će morat da zanemari svoj uski koncept “istovjetne pravne situacije”. Iako u pravnom smislu potpuno različiti pojmovi - bračne zajednice i zajednice istopolnih lica, u faktičkom smislu one moraju biti podobne za vršenje komparacije. Naravno, zbog pomenute primjene polja slobodne procjene, odnosno diskrecionih ovlašćenja koja i ESLJP priznaje državama u ovoj oblasti pravnog sistema, jako je teško očekivati potpuno izjednačavanje ova dva pravna koncepta (npr. pravo na usvajanje djeteta).

#### 4.1.2. Pojam jednakog/različitog tretmana (postupanja)

Slično u slučaju analize pitanja komparacije dvije situacije, postavlja se pitanje šta Ustavni sud podrazumijeva pod jednakom tretmanom (postupanjem): da li je riječ o isključivo pravnom ili faktičkom tretmanu? Drugim riječima, da li

<sup>88</sup> ESLJP, *Burden v. The United Kingdom*, (29 April 2008) br. 13378/05 pasus 59.

<sup>89</sup> Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2010) U-I br. 2/10.

Ustavni sud smatra da diskriminacija ne postoji samo kada su jednake/uporedive situacije podvrgnute identičnom pravnom režimu, ili je dovoljno da rezultat nekada i dva različita pravna režima daje identične rezultate u praksi.

Uvidom u praksu Ustavnog suda očigledno je da ova sudska instances prije svega ima u vidu identičnost pravnog tretmana (postupanja):

*“Princip zabrane diskriminacije (nediskriminacija) Ustavom Crne Gore, takođe je uspostavljen tako, da bez razloga – zabranjuje, da se ono što je isto ili slično nejednako pravno tretira, odnosno da se ono što je bitno različito, tretira pravno jednako.”<sup>90</sup>*

Međutim, detaljnijom analizom može se doći do zaključka da, između redova, iako ona nije decidno formulisana, postoji mogućnost da Ustavni sud izjednači efekte dva različita pravna režima. Drugim riječima, iako su dvije uporedive situacije podvrgnute različitom pravnom tretmanu, suštinski je riječ o dva identična tretmana. Dobar primjer ovakvog rezonovanja Ustavnog suda nalazimo u odluci o ustavnosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vojsci Crne Gore<sup>91</sup>. U ovom slučaju podnosilac inicijative je tvrdio da primanja po osnovu vojnog dodatka i posebnog vojnog dodatka, ne mogu biti razlog za isključenje prava na uvećanje zarade po osnovu rada dužeg od punog radnog vremena, rada noću i rada u neradne dane i da su iz tih razloga diskriminirani u odnosu na ostale zaposlene, jer je pravo na te naknade uskraćeno samo licima zaposlenim u Vojski Crne Gore.

*“Iz navedenih odredaba Zakona prozilazi da vojni dodatak i poseban vojni dodatak, predstavljaju sastavni dio mjesečne zarade lica, koja svoj rad, u službi Vojske Crne Gore, obavljaju pod posebnim uslovima (...) ili obavljaju specifične dužnosti (...), odnosno da taj rad podrazumijeva rad duži od punog radnog vremena, rad noću ili u dane koji su zakonom određeni kao neradni, pa i za vrijeme odmora i odsustva i dr. Propisujući osporenom odredbom člana 8 stav 3 Zakona, da ostvarivanje prava na vojni dodatak i na poseban vojni dodatak, isključuje pravo na uvećanje zarade po osnovu rada dužeg od punog radnog vremena, rada noću i rada u dane koji su Zakonom određeni kao neradni, zakonodavac, po ocjeni Ustavnog suda, nije prekoračio svoja ovlašćenja za uređivanje ovog*

<sup>90</sup> Ustavni sud Crne Gore (28. januar 2010) U.br.III/08.

<sup>91</sup> Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vojski Crne Gore „Službeni list Crne Gore“, br. 75/10.

*pitanja, niti je povrijedio ustavne principe na koje se ukazuje podnijetom inicijativom.*<sup>92</sup>

Dakle, Ustavni sud u ovom slučaju analizira efekte dva različita pravna režima, odnosno ne vrši samo njihovo puko formalno pravno poređenje. Ukoliko bi se poređenje završilo isključivo na nivou komparacije elemenata pravnog arazmana, zaključak bi bio da diskriminacija postoji. Međutim, Ustavni sud u ovom predmetu ulazi u suštinsku analizu efekata koje proizvodi skup pravnih normi na određeno lice. Ovakvo rezonovanje smatramo ispravnim, jer je za građane manje bitno hoće li biti podvrgnuti jednom ili drugom pravnom režimu, već je odlučujuće kakvi će njihovi efekti biti nakon njihove primjene.

Potvrdu ovih stavova nalazimi i u praksu SPEU, koji prije svega vodi računa da u cilju utvrđivanja diskriminacije postoji identičnost efekata dva pravna režima koja se porede. Dakle, iako postoji različit tretman u pravnom smislu, SPEU smatra da to nije samo po sebi razlog za zaključak o postojanju diskriminacije. Primjer ovakvog rezonovanja predstavlja britanski slučaj *FII Group Litigation*<sup>93</sup> u kome je SPEU zauzeo stav da država članica ima slobodu da u identičnim situacijama koristi različite pravne režime ukoliko oni proizvode identična dejstva.

#### 4.2. ZAŠTIĆENI OSNOVI (LIČNA SVOJSTVA)

Ono što je bitno naglasiti, a u vezi sa praksom Ustavnog suda, je da enumeracija zaštićenih osnova (ličnih svojstava) diskriminacije koja se sreće u međunarodnim donkumentima nije definitivna. Preciznije, svaka od ovih enumeracija se završava pojmom "drugi status", što ostavlja nacionalnom pravosuđu da u svojoj praksi usvoji i izgradi i druge zaštićene osnove koji nisu eksplicitno pomenuti. Analiza prakse Ustavnog suda ukazuje da se on u najvećem broju slučajeva drži isključivo onih pobrojanih u pomenutim međunarodnim dokumentima. Nasuprot ovom pristupu, u praksi ESLJP je vidljivo, da ova nadnacionalna sudska instanca značajno uvećava broj mogućih zaštićenih osnova te na taj način proširuje opseg zaštite za lica koja se mogu pozivati na prava iz Evropske konvencije. Vrijedi pomenuti neke od njih:

---

<sup>92</sup> Ustavni sud Crne Gore (18. oktobar 2012) U - I br. 4/II.

<sup>93</sup> SPEU, 446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, pasus 73.

seksualna orijentacija, starosna dob, očinstvo, bračni status, članstvo u nekoj organizaciji, status roditelja vanbračnog djeteta i prebivalište.<sup>94</sup>

### Studija slučaja br. 6: rezidentstvo/prebivalište kao lično svojstvo u praksi Ustavnog suda

Glavni pravac u kojem praksa Ustavnog suda mora ići jeste povećanje broja osnova, sa akcentom na one koji po nekim autorima smatraju čak i „nepresonalne prirode“<sup>95</sup>. Razlog za to je što su posebno u praksi SPEU, a sve više i u praksi ESLJP, rezidentsvo i slične odlučujuće činjenice od krucijalne važnosti u cilju utvrđivanja postojanja diskriminacije.

Prvi put se SPEU bavio ovom problematikom u slučaju *Sotgiu*, u kome je dao odgovor na pitanje da li se pojam diskriminacije odnosi i na zabranu različitog tretmana na osnovu rezidentstva radnika:

*„Pravila koje se tiču jednakog tretmana, kako Ugovora tako i člana 7 Uredbe br. 1612/68, sprečavaju ne samo očiglednu diskriminaciju na osnovu državljanstva već i sve oblike prikrivene diskriminacije koji primjenom drugih kriterijuma diferencijacije, vode u praksi istom rezultatu. Ovo tumačenje, koje je neophodno radi osiguranja efikasnog sprovođenja jednog od osnovnih principa Zajednice, eksplicitno je prepoznato petim recitalom preambule Uredbe no 1612/68 koji zahtjeva da jednakost u tretmanu radnika bude osigurana ‘u praksi i na osnovu zakona’. Zato mogu postojati situacije kada kriterijumi kao što su mjesto porijekla ili rezidentstvo radnika, u skladu sa okolnostima, mogu biti jednaki u pogledu efekata u praksi, diskriminaciji na osnovu činjenice državljanstva koja je zabranjena na temelju Ugovora i Uredbe.“<sup>96</sup>*

Kada je riječ o praksi ESLJP, ova nadnacionalna sudska instanca je u predmetu *Darby v Sweden* ESLJP osudila činjenicu da tužiocu nije bilo omogućeno da ostvari određena prava, samo zbog toga što zvanično nije prijavljen kao lice sa

<sup>94</sup> Praktični uvod u evropske standard protiv diskriminacije, IRZ (Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju), Beograd, 2013, str. 48.

<sup>95</sup> Rodoljub Etinski: Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2013, str. 64.

<sup>96</sup> SPEU, 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, pasus 11.



dozvolom boravka (rezident).<sup>97</sup> Konkretno, u ovom slučaju ESLJP je smatrao da razlika u tretmanu rezidenata i nerezidenata “nema legitiman cilj”:

*„Izgleda da gospodin Darby može tvrditi da je bio...u situaciji sličnoj sa drugima...koji su formalno registrovani kao rezidenti Švedske.”<sup>98</sup>*

Slični stavovi su iznijeti i u slučaju *Vučković v Serbia* u kojem je bilo sporno uslovljavanje plaćanja naknada rezervistima zahtjevom da oni budu rezidenti određenih opština:

*“U pogledu navedenog i bez obzira na polje slobodne procjene koje države imaju, Sud ne može da ne zaključi da nije bilo “objektivnog i razumnog opravdanja” za različit tretman podnosilaca zahtjeva isključivo na osnovu njihovog rezidentstva...”<sup>99</sup>*

Dobar primjer razmatranja zaštićenog osnova (ličnog svojstva) ove vrste u praksi Ustavnog suda možemo naći u predmetu preispitivanja ustavnosti Zakona o isplati deviznih sredstava građana, položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd<sup>100</sup>. U njemu Ustavni sud nije prihvatio činjenicu prebivališta (domicil), kao zaštićeni osnov koji može dovesti do povrede načela jednakosti, odnosno nediskriminacije.

Na osnovu ovog zakona uređuju se uslovi, način i rokovi isplate neisplaćenih oročenih deviznih sredstava građana po ugovorima o depozitu građana kod Dafiment banke AD Beograd u likvidaciji i ugovorima o oročavanju deviznih sredstava na deviznu štednju kod Banke privatne privrede DD Podgorica, položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, za građane sa prebivalištem u Crnoj Gori, ako mu isplata deviznih sredstava nije izvršena po zakonu države na čijoj teritoriji je sjedište banke. Dakle, jedan od imperativnih uslova koje su propisani kako predmetnim zakonom tako i podzakonskim aktom o njegovom sprovođenju jeste potvrda o prebivalištu izdata na dan

---

<sup>97</sup> Gilles Dutertre: Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Službeni glasnik 2006, str. 340.

<sup>98</sup> ESLJP, *Darby v Sweden*, Application (23 Oktobar 1990), br. 11581/85, pasusi 32.

<sup>99</sup> ESLJP, *Vučković and Others v. Serbia* (28. Avgust 2012), br. 17153/11, pasus. 87.

<sup>100</sup> Zakona o isplati deviznih sredstava građana, položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, „Sl. List Crne Gore“, br. 21/08 od 27.03.2008, 27/13 od 11.06.2013. godine.

04.04.2008. godine.<sup>101</sup> Upravo zbog ovog razloga podnosiocu inicijative je smatrao da su mu povrijeđena ustavom zagarantovana prava na jednakost, pravo na svojinu i pravo na slobodu kretanja, pošto je u vrijeme kada je uložila devize kod Banke privatne privrede DD Podgorica bila stanovnik-državljanin Crne Gore od 1964. godine, a da se van Crne Gore preselila 2001. godine, ali da su devize i dalje ostale u posjedu Crne Gore i da po osporenom Zakonu ne može podići uložene devize, jer nema prebivalište u Crnoj Gori, a ima njeno državljanstvo.

Ustavni sud se u ovom predmetu držao svog uskog tumačenja koncepta diskriminacije – “jednakosti u istoj pravnoj situaciji” te nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka ustavnosti:

*“...Nijesu osnovani navodi podnosioca inicijative da su Zakonom, čija se odredba osporava, povrijeđena njegova ustavna prava na slobodu kretanja, budući da se istom utvrđuje pravo na isplatu deviznih sredstava, uslovi, način i rokovi za njihovu isplatu, a ne pitanja koja se odnose na kretanje i nastanjivanje...Osporenim odredbama Zakona i Uputstva, po ocjeni Suda, se ne povređuje ustavni princip jednakosti građana iz člana 17 stav 2 Ustava, na koji se inicijativom, pored ostalog, ukazuje, jer se one, pod istim uslovima, odnose na sve građane, deponente deviznih sredstava, sa prebivalištem u Crnoj Gori...”<sup>102</sup>*

Dakle, Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju spornim propisivanje prebivališta kao uslova za ostvarivanje prava ne krši ustavno pravo slobode kretanja podnosioca inicijative. Drugim riječima, ukoliko bi se ova asumpcija izdigla na generalni nivo, najviša nacionalna sudska instanca smatra da prebivalište građanina ne može uticati na ostvarivanje nekog od zagarantovanih ustavnih prava.

Ovaj predmet jako podsjeća na slično pravno pitanje iz predmeta *Carson and Others v The United Kingdom*. U ovom britanskom slučaju više podnosilaca zahtjeva koji se nalaze u relativno identičnoj situaciji je smatralo da nacionalni propisi ove države prave razliku u tretmanu povodom sticanja prava na usklađivanje penzija sa rastom inflacije na osnovu činjenice da li je određeno

<sup>101</sup> Član 2 stav 2 Uputstva o sadržaju zahtjeva za isplatu, način realizacije isplate neisplaćenih deviznih sredstava i određuje banka kojoj se podnose zahtjevi za isplatu deviznih sredstava u skladu sa Zakonom o isplati deviznih sredstava građana položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, "Sl. listu CG", br. 34 od 3. juna 2008, 27/13.

<sup>102</sup> Ustavni sud Crne Gore (22. oktobar 2009) U. br. 95/08.

slice rezident Velike Britanije. Preciznije, podnosioci inicijative su lica koja su stekla britansku penziju plaćajući obavezne doprinose za socijano osiguranje, ali su se u jednom trenutku odselila ven ove države i na taj način izgubila prava na povećanje penzije na osnovu porasta troškova života u Velikoj Britaniji. U ovom interesantnom slučaju ESLjP je smatrao da ova lica nisu subjekti diskriminacije jer se oni ne nalaze u uporedivoj situaciji sa penzionerima koji su i dalje nastavili da žive u Velikoj Britaniji. Dakle, ESLjP je odbio sporni zahtjev već na prvom koraku u postupku ocjene postojanja diskriminacije ne ulazeći u dalju analizu slučaja. Ovu odluku je zasnovao na nizu opravdanja: da doprinosi koji su plaćani nisu isključivo vezani za fond iz kojeg se isplaćuju penzije već predstavljaju dio opšteg sistema oporezivanja, dakle nije riječ o destiniranom prihodu; da nivo inflacije nije isti u Velikoj Britaniji kao u državama gdje podnosioci zahtjeva sada žive te oni mogu biti u boljoj ili gorjoj situaciji od pensionera Velike Britanije; da podnosioci zahtjeva kao nerezidenti više ne doprinose ekonomiji Velike Britanije; itd.

Međutim, ono što je prije zauzimanja stava o nepostojanju uporedive situacije ESLjP detaljno elaborirao, je da činjenica rezidentstva predstavlja zaštićeni osnov koji može dovesti do postojanja diskriminacije. Ovo stanovište je zasnovao kako na praksi eminentnih nacionalnih ustavnih sudova, tako i na svojoj pređašnjoj praksi:

*„...tretman rezidentstva kao aspekta ličnog statusa je takođe u skladu sa pristupom „drugih pre-eminentnih ustavnih sudova“, kao što je Vrhovni sud Kanade koji je...okarakterisao lični izbor mjesta rezidentstva kao „suštinsku ličnu odluku koja dotiče samo srce lične i individualne autonomije“...da je riječima „ostali status“...dato široko značenje tako da uključuje, u određenim situacijama, razliku koju povlači mjesto rezidentstva. Dakle, u prethodnim slučajevima Sud je na osnovu člana 14 preispitivao postojanja diskriminacije zasnovane na, inter alia, prebivalištu u inostranstvu...registraciji činjenice rezidentstva...zakona koji se primjenjuju na različite oblasti jedne države ugovornice...“<sup>103</sup>*

---

<sup>103</sup> ESLjP, Carson and Others v The United Kingdom, (16. Mart 2010), br. 42184/05, pasusi 67. i 70.

### 4.3. OPRAVDANJA RAZLIČITOG TRETMANA

ESLJP smatra da princip jednakosti/nediskriminacije neće biti narušen samo: 1) ukoliko se radi o legitimnom cilju politike države; i 2) ukoliko postoji proporcionalnost (srazmjernost) između upotrijebljenog sredstva i namjeravanog cilja. Ove stavove slijedi i Ustavni sud:

*“Ocjenjujući razloge ustavne žalbe sa stanovišta odredbe člana 8 stav 1 Ustava koja sadrži ustavno jamstvo nediskriminacije, a na čiju povredu podnosilac ukazuje zbog različitog postupanja suda isključivo na osnovu državljanstva, Ustavni sud ukazuje da diskriminacija znači različito postupanje prema osobama u istim ili relevantno sličnim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja. Međutim, različito postupanje prema pojedinim istovrsnim ili sličnim grupama nije zabranjeno ako za to postoje drugi opravdani, na Ustavu utemeljeni razlozi. Dakle, različito uređenje prava i obaveza smatraće se diskriminatorским ako to razlikovanje nema objektivnog i razumnog opravdanja, a to znači da ne teži legitimnom cilju ili da ne postoji razumna srazmjernost između upotrijebljene mjere i cilja koji se njome nastoji postići. Isti stav zauzeo je i Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu (presuda Stec and Others v. the United Kingdom GC, od 12. aprila 2006. godine)...”<sup>104</sup>*

Odlično pojašnjenje sadržine i svrhe ovog posljednjeg koraka u preispitivanju eventualne povrede načela jednakosti/nediskriminacije, nalazimo u praksi Ustavnog suda Hrvatske. Ova sudska instanca smatra da predmetni proces sadrži četiri međusobno uslovljene faze:

*„Sukladno navedenom, u provedenom je ustavnosudskom postupku Ustavni sud morao odgovoriti na sljedeća pitanja: a) Koji je cilj zakonodavac želio postići...je li taj cilj legitiman? b) Ako jest, pridonosi li...ostvarivanju legitimnog cilja i čini i dio ukupnih mjera javne politike koje zajedno djeluju u smjeru njegova ostvarivanja? c) Ako da, je li...mjera...razmjerna cilju kojeg je zakonodavac želio postići? d) Ako jest, predstavlja li...mjera...prekomjeran teret za njegove adresate?”<sup>105</sup>*

<sup>104</sup> Ustavni sud Crne Gore (1. mart 2012) UŽ-III br. 416/10.

<sup>105</sup> Ustavni sud Hrvatske (24. Novembar 2009) U-IP/3820/2009.

#### 4.3.1. Ciljevi od opšteg interesa

Kada je riječ o praksi ESLJP, on se u većini predmeta oslanjao na procjenu država vezanu za opšti interes koji može opravdati nejednak tretman. Samo u nekoliko slučajeva ona nije prihvaćena, a kao primjer može poslužiti slučaj *S.A. Dangeville v. France*.<sup>106</sup> U ovom predmetu ESLJP je odbacio opravdanje od opšteg interesa francuskih vlasti vezan za pravilo "kvalifikovanja pravnih ljekova":

*"U pogledu argumenta koji se tiče primjene pravila "kvalifikovanja pravnih ljekova", Sud...ne vidi niti jedan razlog da usvoji suprotan pristup kada je u pitanju 'opšti interes.'"*<sup>107</sup>

Sa druge strane, upravo suprotno, SPEU je uvijek ponavljao načelan stav da opravdanja dostupna na osnovu UFEU moraju bit maksimalno usko tumačena:

*"Koncept javne politike, u komunitarnom kontekstu, a posebno kada se koristi kao opravdanje za odstupanje od fundamentalnog principa jednakog tretmana i slobode kretanja...mora biti usko tumačen..."*<sup>108</sup>

Ono što je posebno interesantno za Crnu Goru jeste da je određeni broj ovih specifičnih opravdanja inkorporiran i u SSPCG u vidu "zaštitnih klauzula", kao npr. ona vezana za ulazak, boravak i zapošljavanje:

*"Za potrebe ove Glave, ništa iz ovog Sporazuma neće sprječavati ugovorne strane da primjenjuju svoje zakone i propise koji se odnose na ulazak i boravak, zapošljavanje, radne uslove, poslovno nastanjanje fizičkih lica i pružanje usluga, posebno u pogledu dodjeljivanja, obnavljanja ili odbijanja dozvole za boravak, pod uslovom da ih pri tome ne primjenjuju na način da poništavaju ili umanjuju koristi koje ima bilo koja od strana na osnovu uslova iz određene odredbe ovog Sporazuma. Ova odredba neće uticati na primjenu člana 65."*<sup>109</sup>

Kada je riječ o praksi Ustavnog suda moguće je naići na veliki broj opravdanja od opšteg interesa. Naravno, njihov oblik zavisi od materije kojom se bavi u

---

<sup>106</sup> Rusen Ergec: *Taxation and Property Rights under the European Convention on Human Rights*, INTERTAX, Volume 39, Issue 1, 2011, Kluwer Law International, str. 5.

<sup>107</sup> ESLJP, *S.A. Dangeville v. France*, (16. April 2002), br. 36677/97, pasus 56.

<sup>108</sup> SPEU, 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur*, summary 2-3.

<sup>109</sup> Član 66 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Crne Gore.

konkretnom predmetu. Npr. kada je riječ o socijalnom i ekonomskom kontekstu Ustavni sud daje široka diskreciona ovlaštenja zakonodavcu:

*„Zakon, po nalaženju Ustavnog suda, doprinosi stabilizaciji državnog finansijskog sistema u uslovima krize i čini jednu u nizu mjera javne politike koje su usmjerene istom cilju – obezbjeđenju nesmetanog i redovnog ispunjavanja obaveza za koje su sredstva planirana u državnom budžetu i u tom smislu može se smatrati koherentnim i usklađenim.“<sup>110</sup>*

Sličnu praksu srećemo i kada je riječ o specifičnom pravnom položaju državnih funkcionera:

*„...sadrži mjeru („pravo iz stava 1 ovog člana može se produžiti još za godinu dana, ako u tom periodu njegov korisnik stiče pravo na penziju“) koja je opravdana s aspekta zaštite dostojanstva državne funkcije, ali i ekonomičnosti i racionalnosti postupanja države...“<sup>111</sup>*

#### 4.3.2. Princip proporcionalnosti (srazmjernosti)

Mišljenja smo da poseban akcenat u analizi treba staviti na principa proporcionalnosti, jer se on već dugo godina primjenjuje u komparativnoj ustavno sudskoj praksi, kao i praksi supranacionalnih sudskih instanci (ESLJP i SPEU), dok ga je osim u praksi Ustavnog suda praktično nemoguće naći u praksi ostalih crnogorskih sudskih instanci. Ovaj princip se sporadično javlja i u *ad literam* obliku u crnogorskom pravnom sistemu. Prvi primjer je Zakonu o opštem upravnom postupku u kome je prikriiven u okviru šireg pravnog principa “zaštite prava građana i zaštite javnog interesa”, te ga nije lako prepoznati:

*“Ako se na osnovu zakona strankama i drugim učesnicima u postupku nalažu obaveze, prema njima će se primjenjivati mjere predviđene propisima koje su za njih povoljnije, ako se takvim mjerama postiče cilj zakona.”<sup>112</sup>*

Slično, ovaj princip je moguće identifikovati i u tekstu SSPCG:

<sup>110</sup> Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012) U-1 br. 15/12 i 17/12.

<sup>111</sup> Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U. br. 86/08, 43/09, 103/09 i 108/09.

<sup>112</sup> Član 5 stav 3 Zakona o opštem upravnom postupku, "Sl. list RCG", br. 60/03, "Sl. list Crne Gore", br. 32/11.

*“Ako jedna od ugovornih strana smatra da druga ugovorna strana nije uspjela da ispuni neku obavezu iz ovog Sporazuma, ona može preduzeti odgovarajuće mjere...Pri odabiru mjera, prednost se mora dati onim mjerama koje najmanje narušavaju funkcionisanje ovog Sporazuma.”<sup>113</sup>*

Ustavni sud pravni osnov za primjenu principa proporcionalnosti u svojoj praksi nalazi u odredbama Ustava:

*“...da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma (član 17 stav 1), da se zajamčena ljudska prava i slobode mogu ograničiti samo zakonom, u obimu koji dopušta Ustav u mjeri koja je neophodna da bi se u otvorenom i slobodnom demokratskom društvu zadovoljila svrha zbog koje je ograničenje dozvoljeno i da se ograničenja ne smiju uvoditi u druge svrhe osim onih radi kojih su propisana (član 24).”<sup>114</sup>*

Ustavni sud detaljno razrađuje suštinu ograničenja ljudskih prava i sloboda iz člana 24 Ustava:

*„Svi državni organi, prema odredbama člana 24 Ustava, prilikom ograničenja ljudskih i manjinskih prava moraju da vode računa o: 1) suštini prava koje se ograničava, 2) važnosti svrhe ograničenja, 3) prirodi i obimu ograničenja, 4) o odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja, i 5) da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava.”<sup>115</sup>*

Shodno navedenom, kada je riječ o primjeni principa proporcionalnosti u konkretnim predmetima, on najčešće služi Ustavnom sudu kao kriterijum prolikom procjene ograničenja nekog prava podnosioca zahtjeva:

*“Polazeći od navedenih ustavnih normi po ocjeni Ustavnog suda, osporene zakonske odredbe nijesu nesaglasne sa Ustavom Crne Gore i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naime, propisujući ograničenje prava na štrajk određenim kategorijama zaposlenih, zakonodavac se kretao u okviru ovlašćenja propisanih*

---

<sup>113</sup> Article 129 paragraph 4 of the Stabilization and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Montenegro, of the other part, Luxembourg, 15 October 2007

<sup>114</sup> Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012) U-I br. 15/12 i 17/12.

<sup>115</sup> Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-I br. 13/14.

*Ustavom i Evropskom konvencijom, jer je obim ograničenja u srazmjeri sa ciljem zbog kojeg je to ograničenje propisano.*<sup>116</sup>

Generalno, princip proporcionalnosti je u savremenim pravnim sistemima inspirisan idejama koje čine temelj liberalne demokratije, a posebno, brige o zaštite pojedinca *vis-à-vis* države i premise da zakonska intervencija mora biti prikladna postizanju njenih ciljeva.<sup>117</sup> U pomenutom kontekstu ovaj princip se primjenjuje ne samo prilikom analize kršenja načela jednakosti/nediskriminacije, već i drugih ustavnih principa. Dobar primjer za to je praksa Ustavnog suda u okviru analize kršenja prava na mirno uživanje imovine:

*„...Miješanje države u pravo na mirno uživanje imovine, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, prvi put primijenjeno u predmetu Sporrang i Lönnrot protiv Švedske (presuda od 23. septembra 1982., zahtjev br. 7151/75 i 7152/75.), dozvoljeno je samo ako su ispunjena kumulativno tri uslova: 1) mora biti propisano zakonom (tj. legalno); 2), mora biti u javnom ili opštem interesu (tj. legitimno) i 3) da je neophodno u demokratskom društvu, odnosno da je "razumno" i "srazmjerno" cilju koji se njima želi postići...“<sup>118</sup>*

Princip proporcionalnosti je široko prihvaćen kao postupak u upravljanje sporovima koji uključuju sukob između dva prava pojedinaca i državnog ili javnog interesa.<sup>119</sup> Slično razumijevanje ovog principa nalazimo i u praksi Ustavnog suda koji ga u ovom kontekstu naziva i “principom balansiranja”:

*“Princip proporcionalnosti u užem smislu (princip balansiranja), znači da odgovarajuće i neophodne mjere ne smiju poremetiti pravičnu ravnotežu i/ili uništiti suštinu prava...Proporcionalnost neće postojati kada vaganje privatnog i javnog interesa nije sprovedeno na razuman način ili kada je na pojedinca pao isuviše velik teret u odnosu na javni cilj koji treba postići...“<sup>120</sup>*

<sup>116</sup> Ustavni sud Crne Gore (17. jul 2009) U.br.67/09.

<sup>117</sup> Jurgen Swarze: European Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1992, str. 679.

<sup>118</sup> Ustavni sud Crne Gore (20. decembar 2012) U-1 br. 23/10.

<sup>119</sup> Tor-Inge Harbo: “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, VOL. 16 EUROPEAN LAW JOURNAL, (2010), 158-185, at 158.

<sup>120</sup> Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-1 br. 13/14.



Dakle, za ono što se može postići blažim sredstvima ne može se za stranku u postupku upotrebljavati teže odnosno restriktivnije sredstvo.<sup>121</sup> Ove stavove prati i Ustavni sud:

*“To znači da ograničavajuća pravna pravila moraju biti prikladna za ostvarivanje postavljenog cilja, da ona ne smiju biti oštrija (strožija) nego što je neophodno i da moraju biti uravnotežena u odnosu između Ustavom zajamčenog subjektivnog prava pojedinca i interesa društvene zajednice (pravnog poretka).”<sup>122</sup>*

Ovaj princip predstavlja jedan od opštih pravnih principa i kada je riječ o pravu EU:

*“Sud treba biti posebno osjetljiv kada se bavi problemima koji se tiču osnovnih prava koja čine temelj svakog građanskog društva. Poštovanje slobode, prava na vlasništva, deklaracija principa jednakosti, zabrane diskriminacije, proporcionalnosti – citiram samo jedan broji koji su u potpunosti priznati – čine dio kocepta prava koji upravlja i čini okvir cijelog sistema Zajednice i iz kojeg taj sistem, čak i u slučaju primjene na pojedinačne slučajeve, ne može nikad da odstupi.”<sup>123</sup>*

Kao dobar primjer određenja ovog principa u sudskoj praksi SPEU može poslužiti slučaj *The Queen v Ministry of Agriculture*:

*“Treba podsjetiti da princip proporcionalnosti, kao jedan od opštih principa prava EU, zahtijeva da mjera ... ne prevazilazi granice onoga što je prikladno i neophodno da bi se došlo do ciljeva koji se legitimno žele postići predmetnim zakonodavstvom; kada postoji mogućnost izbora između više prikladnih mjera izbor mora pasti na onu najmanje nametljivu, i negativne posljedice koje nastaju na osnovu nje ne smiju biti disproporcionalne sa ciljem koji se želi postići...”<sup>124</sup>*

---

<sup>121</sup> Sreten Ivanović: Komentar zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom, Specijal Podgorica, 2005, str. 13.

<sup>122</sup> Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-I br. 13/14.

<sup>123</sup> Mišljenje AG Mr Trabucchi u slučaju 4/73 Nold v Commision, str. 513.

<sup>124</sup> SPEU, 157/96 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd*, pasus 60.

Kada je riječ o utemeljenju principa proporcionalnost u pravnom sistemu EU, SPEU ga zasniva na činjenici da je riječ o opštem pravnom principu pravnih sistema mnogih država članica, prije svega utemeljenim u upravnom pravu Njemačke i Francuske, kao i ustavnom pravu Njemačke. Upravo se u njemačkom slučaju *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>125</sup>, koji se ticao ustavne materije, prvi put u sudskoj praksi SPEU pominje princip proporcionalnosti.<sup>126</sup> *AG Dutheillet de Lamothe* je u okviru svog mišljenja definisao suštinu principa proporcionalnosti tako da:

*“...pojedincu ne bi trebalo ograničavati slobodu djelovanja više od stepena neophodnog u opštem interesu...”*<sup>127</sup>

Dakle, na ovaj način princip proporcionalnosti, kroz sudsku praksu o ljudskim pravima, kao sastavni dio prakse Ustavnog suda Njemačke na ovom polju, nalazi put do prava EU i postepeno ulazi na polje sloboda kretanja.<sup>128</sup>

Slično i u praksi ESLJP ovaj princip nalazi široku primjenu, međutim ESLJP smatra kada je primjena ovog principa u pitanju da u nekim oblastima postoje široka diskreciona ovlašćenja država članica, u okviru koncepta “polja slobodne procjene” (*margin of appreciation doctrine*). Ovaj koncept, češće opisivani kao doktrina nego kao princip, odnosi se na prostor za manevar koji su sudske institucije u Strazburu spremne da priznaju nacionalnim vlastima prilikom ispunjavanja njihovih obaveza na osnovu Evropske konvencije.<sup>129</sup> Širina manevarskog prostora zavisi od oblasti društvenog života u kojem se primjenjuje princip proporcionalnosti. Npr. u oblasti socijalne i ekonomske politike prag zaštite je veoma nizak:

*“Sud podsjeća da države imaju široko polje slobodne procjene u određivanju šta se podrazumijeva pod opštim interesom jer nacionalni*

<sup>125</sup> SPEU, 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Frankfurt-amMain

<sup>126</sup> Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins: *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 2008, str. 448.

<sup>127</sup> Mišljenje *AG Dutheillet de Lamothe* u slučaju 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Frankfurt-amMain, str. 1147.

<sup>128</sup> Tor-Inge Harbo: *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, *European Law Journal*, Vol. 16, Blackwell Publishing, 2010, str. 164.

<sup>129</sup> Steven Greer: *The Interpretation of the European Convention on Human Rights – Universal Principle or Margin of Appreciation*, *UCL Human Rights Review* [VOL 3], str. 2.

*zakonodavac ima široka ovlašćenja u sprovođenju socijalnih i ekonomskih politika.*<sup>130</sup>

Interesantno je primijetiti da ovu doktrinu od ESLJP u svojoj praksi usvaja i Ustavni sud:

*„Evropski sud smatra, da objektivno i razumno opravdanje postoji ako postoji legitiman cilj i proporcionalan odnos između cilja koji se želio postići i sredstava koja su upotrijebljena. Utvrđivanje postojanja legitimnog cilja i proporcionalnosti daje određen nivo diskrecije odnosno „slobodne procjene“ (eng. “Margin of Appreciation”) državama članicama da uređuju određene oblasti samostalno. Pojam „slobodne procjene“ je termin koji se koristi u međunarodnom javnom pravu i odnosi se na pravo država da procijene činjenično stanje i prema njemu utvrde način na koji će primijeniti međunarodno pravo ljudskih prava.”<sup>131</sup>*

#### **Studija slučaja br. 7: Predmet U-I br. 15/12 i 17/12 i predmet U. br. 86/08, 43/09, 103/09 i 108/09**

Analizu primjene principa proporcionalnosti u okviru prakse Ustavnog Suda treba započeti pozitivnom ocjenom kada riječ o njegovoj načelnoj primjeni. Preciznije, Ustavni sud već nekoliko godina konstantno primjenjuje ovaj opšti pravni princip preuzet iz prakse ESLJP. Moguće je reći da ovaj koncept praktično čini neizostani dio svake analize narušavanja načela jednakosti/nediskriminacije. Takođe, treba apostrofirati, da ova sudska instanca jedina primjenjuje ovo pravno načelo koje predstavlja izraz liberalne demokratije i zaštite građanina u kontekstu ograničenja nekontrolisanih ovlašćenja država.

Međutim, kao kada je riječ o preuzimanju i primjeni bilo kojeg novog načela, u praksi Ustavnog suda se javljaju pojedine dileme, pa se može reći da je najviša sudska instanca u procesu definitivnog uobličavanja ovog principa, te ujednačavanja njegove primjenu u svim sferama pravnog sistema. Postojeće dileme najbolje ilustruju dva slučaja iz prakse Ustavnog suda koji se tiču preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa i za upotrebu duvanskih proizvoda i elektroakustičnih i

---

<sup>130</sup> ESLJP, *Intersplav v. Ukraine*, (9. januar 2007), br. 803/02, pasus 38.

<sup>131</sup> Ustavni sud Crne Gore (12. jul 2012) U-I br. 29/11 i 4/12.

akustičnih uređaja<sup>132</sup> (U daljem tekstu: Zakon o taksama) i Zakona o zaradama i drugim primanjima državnih i javnih funkcionera (u daljem tekstu: Zakon o zaradama javnih funkcionera).<sup>133</sup>

Predmet u kome je Ustavni sud preispitao ustavnost Zakona o taksama predstavlja primjer u kome je ova sudska instances vezala primjenu principa proporcionalnosti, u okviru analize povrede načela jednakosti građana pred zakonom, sa nekim drugim ustavnim načelom. Naime, Ustavni sud zauzima stav da se u materiji oporezivanja primjena ovog pravnog načela bazira na postojanju načela plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi (*ability-to-pay*) u *ad literam obliku* u Ustavu:

*“Ustav Crne Gore, međutim, neposredno ne određuje ekonomsku snagu obveznika poreza, dažbina i drugih naknada, kao kriterijum za utvrđivanje srazmjernosti fiskalnih obaveza, iz čega, prema nalaženju Ustavnog suda, proizilazi da je rješavanje tog pitanja u isključivoj nadležnosti zakonodavca...Ustavni sud, saglasno odredbama člana 149 Ustava, s aspekta apstraktne kontrole ustavnosti, nije nadležan da cijeni visinu osporene takse...i u kojem je obimu takseni obveznik tom visinom “pogođen”. Naime, sve dok crnogorski Ustav, ne bude sadržao drugačije odredbe o poreskom, odnosno taksenom sistemu, Ustavni sud, ima ustavnu obavezu da bude suzdržan u procjeni ustavnosti tih pitanja”.*<sup>134</sup>

U skladu sa praksom ESLJP, čak i primjena poreskih ovlašćenja od strane države mora imati određena ograničenja, a njihova kontrola je u nadležnosti ESLJP:

*“...Dok je ometanje načelno opravdano na osnovu 2 člana 1, koji izričito predviđa izuzetak u pogledu plaćanja poreza ili drugih dažbina, ovo pitanje je bez obzira na to u nadležnosti Suda, pošto je valjana primjena člana 1 Protokola br. 1 predmet njegovog nadzora...”*<sup>135</sup>

Stoga, ESLJP pruža zaštitu poreskim obveznicima u slučaju da oporezivanje predstavlja pretjeran teret (*excessive burden*):

<sup>132</sup> Zakon o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa i za upotrebu duvanskih proizvoda i elektroakustičnih i akustičnih uređaja, Službeni list Crne Gore, br. 28/12, 05.06.2012.

<sup>133</sup> Zakon o zaradama i drugim primanjima državnih i javnih funkcionera, Službeni list Crne Gore, br. 33/8.

<sup>134</sup> Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012) U-1 br. 15/12 i 17/12.

<sup>135</sup> ESLJP, *Burden v. The United Kingdom*, (29. april 2008), br. 13378/05, pasus 59.

*“U ovim okolnostima, dakle, Sud smatra da je ometanje žaliočevog vlasništva disproportionalno. U stvari, konstantna kašnjenja u refundaciji PDV-a i naknadi, zajedno sa nedostatkom efikasnih pravnih lijekova za sprečavanje ili okončanje ovakve administrativne prakse, kao i stanje neizvjesnosti u pogledu vremena povraćaja njegovih sredstava, narušavaju “pravičnu ravnotežu” između zahtjeva opšteg interesa i zaštite prava na mirno uživanje imovine. Po mišljenje Suda, žalilac je pretrpio i nastavlja da snosi pojedinačni i pretjerani teret...Na osnovu toga je postojala a i dalje postoji povreda člana 1 Protokola br. 1.”<sup>136</sup>*

Iako je ESLJP u principu vezan konceptom margine slobodne procjene, on može bez obzira na to koristiti princip proporcionalnosti kao sredstvo tumačenja u cilju ograničenja moći države i pružiti poslednji minimum standarda ljudskih prava.<sup>137</sup> Dakle, u nekim situacijama ESLJP ipak pruža zaštitu, pošto i pored značajnih diskrecionih prava na strani države kada je riječ o materiji oporezivanja, mora postojati “pravičan balans između opšteg i pojedinačnog interesa”:

*“...Sud smatra da odbijanje vlasti da plate zateznu kamatu za ovako dug period narušava pravičnu ravnotežu koja treba da se postigne između opšteg i pojedinačnog interesa.”<sup>138</sup>*

Načelno, ove stavove slijedi u svojoj praksi i Ustavni sud:

*„Naime, pravo svojine Ustavni sud štiti na način da organima državne vlasti zabranjuje ograničenje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničavanje ili oduzimanje zasnovano na zakonu. Ustav, dakle, jemči postojanje, ostvarivanje i zaštitu svojine, a u širem smislu ta zaštita se sadržajno odnosi na sva imovinska prava. Poreska obaveza, kao javni prihod, po ocjeni Ustavnog suda, zadire u svojinu poreskog obveznika i predstavlja određeno ograničenje njegovih imovinskih prava. Konkretno ograničenje svojinskog prava, po ocjeni Ustavnog suda, u okviru je ustavnog ovlašćenja zakonodavca da uređuje poreski sistem u svim njegovim elementima, jer je propisano Zakonom u javnom interesu i nije*

---

<sup>136</sup> ESLJP, *Intersplav v. Ukraine*, (9. januar 2007), br. 803/02, pasus 40.

<sup>137</sup> Elena Varyichuk, E., *Case Law of the European Court of Human Rights on VAT Refund and its Importance for the Russian Judicial System*, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, 2011, str. 277.

<sup>138</sup> ESLJP, *Eko-Elda AVEE v. Greece*, (9. mart 2003), br. 10162/02, pasus 31.

*nesaglasno sa odredbom člana 58 stav 2 Ustava, budući da je utvrđeno u mjeri koja je neophodna da bi se zadovoljila svrha zbog koje je ograničenje dozvoljeno (član 24 Ustava).*<sup>139</sup>

Dakle, u skladu sa praksom ESLJP, Ustavni sud načelno prihvata stanovište da ometanje vlasništva od strane države ne smije biti nesrazmjerno. Pravedna ravnoteža između potreba opšteg interesa zajednice i zahtjeva zaštite osnovnih sloboda pojedinca mora biti ispoštovana.<sup>140</sup> Međutim, prilikom preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama Ustavni sud primjenu poslednjeg koraka – načelo srazmjernosti, u postupku analize postojanja diskriminacije vezuje za postojanje specifičnog poreskog načela *ability-to-pay*. Postavlja se pitanje postojanja eventualnih alternativnih rješenja u konkretnom slučaju, tj. primjene pomenutog načela nezavisno od bilo koje druge ustavne garancije.

Tvrđnja o imperativnoj primjeni principa proporcionalnosti podržana je i činjenicom da nacionalni sudovi nemaju samo mogućnost već takođe i obavezu da poštuju i primjenjuju Evropsku konvenciju u postupcima koji su im povjereni na osnovu Ustava i crnogorskih propisa.<sup>141</sup> Pod supervizijom ESLJP analiza proporcionalnosti je sada u procesu difuzije u svim nacionalnom pravnim sistemima Evrope, gdje se po pravilu apsorbuje u obliku ustavnog principa. Na teritoriji koju danas pokriva Evropska konvencija, u slučaju da nacionalni sudovi ne primjenjuju analizu proporcionalnosti u predmetima u kojim odlučuju o kvalifikovanim pravima ili nediskriminaciji, isto se smatra kršenjem prava iz Evropske konvencije – prava na djelotvoran sudski lijek.<sup>142</sup>

Ovakvi stavovi se temelje na činjenici da nacionalni sudovi moraju poštovati opšte pravno načelo vezano za tumačenje međunarodnih sporazuma – *favour conventions*. Predmetni princip podrazumijeva da cjelokupno domaće zakonodavstvo mora biti tumačeno u kontekstu i duhu međunarodnih sporazuma koji čine nerazdvojni dio nacionalnog pravnog sistema države. U

<sup>139</sup> Ustavni sud Crne Gore (14 oktobar 2010) U-I br. 2/10.

<sup>140</sup> Elena Variyuchuk: Case Law of the European Court of Human Rights on VAT Refund and its Importance for the Russian Judicial System, in Human Rights and Taxation in Europe and the World, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, 2011, str. 277.

<sup>141</sup> U tom smislu vidi – Studija o usaglašenosti zakonodavstva Crne Gore sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, Savjet Evrope – Kancelarija u Podgorici, 2004, str. 19.

<sup>142</sup> Alec Stone Sweet, Jud *Mathews*: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, VOL. 47, 2008, str. 151.

Njemačkoj je ovaj koncept poznat kao *Völkerrechtfreundliche Auslegung* te kako je pojasnio Ustavni sud Njemačke:

*“...svi zakoni, postojeći i budući, moraju se tumačiti u svjetlu Konvencije”  
(BVerfGE 74, 358 /370/; Frowein, 1987).<sup>143</sup>*

Jedino ograničenje ovog pristupa je da tumačenje mora biti u skladu sa ustavom. Ovi stavovi su primijetni u sudskoj praksi Ustavnog suda Mađarske koji smatra da se “princip *favor conventionis* primjenjuje do stepena kada je prekršen ustav kao rezultat tumačenja usklađenosti mađarskog zakona sa međunarodnim ugovorom”.<sup>144</sup>

Uostalom, praksa Ustavnog suda pokazuje primjere kada je on ušao u suštinsku ocjenu proporcionalnosti između zakonske mjere i njene opšte društvene koristi u kontekstu načela socijalne pravde. Riječ je o slučaju u kojem je Ustavni sud cijenio ustavnost Zakona o zaradama javnih funkcionera, a ticao se pitanja:

*“...da li je osporenim zakonskim odredbama, koje priznaju pravo na privilegovane penzije svim bivšim i sadašnjim vršiocima državnih političkih funkcija, počev od 27. decembra 1990. godine, postignuta pravična ravnoteža između interesa društvene zajednice i individualnih prava adresata zakona, tj. vršioca državnih funkcija, odnosno srazmjernosti osporene zakonske mjere.”<sup>145</sup>*

Ustavni sud, u tom smislu, smatra da pravni položaj državnih funkcionera ima svoje posebnosti koje proizilaze iz Ustava, pa regulisanje njihovih penzija na način koji je različit od opšteg sistema penzijskog osiguranja može biti zasnovano na njihovom posebnom pravnom položaju, pravnoj prirodi mandatnih političkih funkcija proizašlih iz Ustava, povećanoj odgovornosti u vršenju tih funkcija, javnosti rada, ograničenosti mandata, nespojivosti vršenja drugih poslova za vrijeme trajanja mandata, napuštanju u tom razdoblju dotadašnjeg zanimanja ili profesije, itd. Privilegovana penzija državnih funkcionera, zbog prirode njihovih ustavnih dužnosti i odgovornosti, mogla bi,

---

<sup>143</sup> Siniša Rodin: Pridruživanje Hrvatske Europskoj Uniji: Preobrazba Pravnog Sustava, u Pridruživanje Hrvatske Europskoj Uniji: Izazovi Sudjelovanja, ed. Katarina Ott, Institut za javne financije i Zaklada Friedrich Ebert, 2006, str. 228.

<sup>144</sup> Janos Volkai: The Application of the Europe Agreement and European Law in Hungary: The Judgment of an Activist Constitutional Court on Activist Notions, Harvard Jean Monnet Working Paper 8/99, str. 25, <<https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000036001-000037000/000036607.pdf>>, 18.10.2013.

<sup>145</sup> Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U. br. 86/08, 43/09, 103/09 i 108/09.

stoga, predstavljati pravni izraz tih posebnosti, ali ona uvijek mora biti srazmjerna opštim socijalnim i ekonomskim prilikama u zemlji. Na osnovu ovoga Ustavni sud donosi zaključak da sporni zakon krši princip srazmjernosti u kontekstu načela socijalne pravde:

*„Ako je prosječna visina penzije objektivni izraz opštih socijalnih i ekonomskih prilika u zemlji, onda visina privilegovane penzije državnih funkcionera ne smije nesrazmjerno odstupati od prosječne penzije. Privilegovane penzije propisane odredbama čl. 12 – 19 Zakona su izrazito nesrazmjerne prosječnim penzijama u zemlji, pa su, stoga, nesaglasne sa članom 1 Ustava, koji Crnu Goru definiše kao građansku državu zasnovanu na principima demokratije, vladavine prava i socijalne pravde.“<sup>146</sup>*

Interesantna je i praksa Ustavnog suda Hrvatske, koja se odnosi na sličnu problematiku, tačnije na nivo dohotka koji ne smije biti zahvaćen oporezivanjem. U slučaju preispitivanja ustavnosti tzv. kriznog poreza<sup>147</sup> isti nije smatran neustavnim jer nije zahvatao iznos minimalne zarade:

*“...nije prekomjeran ni za jednu skupinu adresata ZoPPPM-a, pa ni za one adresate primanja koji ulaze u granično područje na prijelazu platnih razreda, jer i njima, nakon plaćanja posebnog poreza, ostaju primanja u iznosu od 2.940,80 kuna, dakle primanja iznad 2.814,00 kuna koliko iznosi visina zakonom zajamčene minimalne plaće.“<sup>148</sup>*

Dakle, Ustavni sud je u ovom slučaju postupio identično kao i Ustavni sud Hrvatske prilikom ocjene ustavnosti tzv. kriznog poreza, te kao indikator ekonomske snage uzeo prosječnu penziju i prema njoj cijenio iznos privilegovane penzije državnih funkcionera. Koristeći istu logiku, Ustavni sud Hrvatske je kao indikator ekonomske snage uzeo prosječnu zaradu te prema njoj cijenio uticaj i visinu poreskog tereta na poreskog obveznika. Ovakav pristup Ustavnog suda je načelno bio moguć i u slučaju Zakona o taksama.

Ukoliko je Ustavni sud smatrao da osporena poreska obaveza ne krši načelo jednakosti/nediskriminacije, opravdanje njenog postojanja je bilo moguće potražiti, ili u širokom polju slobodne procjene koju država ima u socialno-ekonomskim oblastima, ili ocjenom uticaja poreskog tereta koji on ima na

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> Petar Bačić: On the Rule of Law in Croatia and the Role of the Constitutional Court, Summer Academy “Rule of Law, Human Rights and European Union”, Centre for SEELS, 2012, str. 94.

<sup>148</sup> Ustavni sud Hrvatske (19. maj 2010) U-IP-114846/2009.



poreskog obveznika. Stav o širokom polju diskrecione procjene u sferi oporezivanja nalazi potvrdu i u praksi ESLJP:

*“Međutim, u utvrđivanju da li je ovaj zahtjev postignut, poznato je da države ugovornice, ne samo kada oblikuju i sprovode politike u oblasti oporezivanja, uživaju široko polje diskrecione procjene, i Sud će poštovati procjenu zakonodavca u ovim stvarima osim ukoliko je lišena razumnog osnova...”<sup>149</sup>*

U slučaju *Wasa* ESLJP je opravdanje uvođenja sporne poreske obaveze od strane švedskih vlasti našao u tzv. “jedinственој финансијској ситуацији”:

*“Komisija takođe podsjeća da su glavni razlozi za uvođenje jednokratnog poreza bili vezani za kontinuiranu nisku inflaciju...u kombinaciji sa neophodnošću daljeg ograničenja nacionalnog budžetskog deficita. Nesporno je da je u okviru suverenih ovlašćenja države da uvodi zakonodavstvo ove prirode i Komisija smatra da je očigledno riječ o mjeri...za koju država smatra da je od opšteg interesa.”<sup>150</sup>*

Slične principe nalazimo i u praksi Ustavnog suda Hrvatske u slučaju odlučivanja o ustavnosti tzv. „kriznog poreza“. Ova sudska instanca zauzela je stav, da u periodu finansijske krize postoji tzv. „kvalifikovani javni interes“, pa zakonodavac ima još veća diskreciona ovlašćenja i mogućnost odstupanja od načela jednakosti u oporezivanju:

*„Ustavni sud ocjenjuje da posebno značenje koje ZoPPPM ima za stabilnost javnih rashoda Republike Hrvatske trenutno ima prednost pred zahtjevima za ostvarenjem apsolutne jednakosti i pravednosti u ubiranju posebnog poreza. Privremeno ubiranje posebnog poreza zasnovano je na kvalificiranom javnom interesu, pa pojedine razlike koje ZoPPPM stvara među svojim adresatima, iako podložne kritici, ne dostižu stupanj zbog kojeg bi se taj zakon u ovom trenutku mogao proglasiti nesuglasnim s Ustavom.”<sup>151</sup>*

Sa druge strane, i u slučaju da je Ustavni sud cijenio visinu poreskog tereta, te uticaj koji ona ima na poreskog obveznika, došao bi do identičnog zaključka – da sporne odredbe Zakona o taksama nisu u suprotnosti sa principom

<sup>149</sup> ESLJP, „Bulves“ AD v. Bulgaria, (22. januar 2009), br. 3991/03, pasus 63.

<sup>150</sup> ESLJP, *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, (14 december 1988), br. 13013/87.

<sup>151</sup> Ustavni sud Hrvatske (19. maj 2010) U-IP-114846/2009.

proporcionalnosti, odnosno nediskriminacije/jednakosti. Dokaz za ovakvu tvrdnju predstavlja, prije svih, praksa Ustavnog suda Njemačke koji je već davno ustanovio opšte pravilo da pravo na mirno uživanje imovine neće biti povrijeđeno ustanovljavanjem poreskih tereta, osim ukoliko oni nemaju konfiskatorna dejstva te na taj način guše odogovarajuće poslovne aktivnosti ili druge aktivnosti koje stvaraju prihode. Štaviše, Ustavni sud Njemačke je odlučio da kombinovani porez na imovinu – koji treba biti shvaćen kao porez na pretpostavljeni dohodak – i poreski teret poreza na prihode, uključujući teret eventualnog poreza na njen prenos, ne smije prevazilaziti polovinu prihoda poreskog obveznika (*Halbteilungsgrundsatz*).<sup>152</sup> U skorijoj sudskoj praksi (2006. godina), ova sudska instanca zaključuje da nije povrijeđeno pravo na mirno uživanje imovine i ako je zbirni poreski teret dostigao 57,58% ukupnog dohotka.<sup>153</sup>

Stoga, primjenom principa Ustavnog suda Njemačke na predmetni slučaj preispitivanja ustavnosti Zakona o taksama, nameće se nesumnjiv zaključak da sporni poreski teret (1 euro) ne može biti okarakterisan kao pretjeran, odnosno da ima konfiskatorne efekte. Preciznije, ovaj poreski teret ne može biti smatran suprotnim principu proporcionalnosti, odnosno načelu nediskriminacije/jednakosti.

---

<sup>152</sup> Joachim Englisch: The Impact of Human Rights on Domestic Substantive Taxation – the German Experience, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, eds. Kofler, G.; Maduro, M. P.; Pistone, P., International Bureau of Fiscal Documentation, str. 299.

<sup>153</sup> Dejan Popović: Sedmo izmenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 63.



## 5. ZAKLJUČCI I PREPORUKE

Nakon sprovedene analize prakse Ustavnog suda, ESLjP i SPEU, kao i analize zakonodavnog okvira, te sprovedenih intervju sa predstavnicima ključnih institucija i subjekata involviranih u sistem zaštite od diskriminacije, stiče se načelno pozitivan utisak kada je riječ o zaštiti podnositelaca predstavlja u vezi sa načelom nediskriminacije/jednakosti. Preciznije, Ustavni sud je u proteklih nekoliko godina učinio veliki korak implementirajući načela analize postojanja diskriminacije stvorenih i formulisanih prije svega u praksi ESLjP. Međutim, kao kada je riječ o preuzimanju i primjeni bilo kojeg novog pravnog načela, u praksi Ustavnog suda se javlja jedan broj manjkavosti i kontradiktornosti. Stoga, može se zaključiti da dosadašnja praksa Ustavnog suda u vezi sa povredom načela nediskriminacije/jednakosti predstavlja dobar osnov za njen neophodni razvoj i nadgrađivanje. Drugim riječima, smatramo da se Ustavni sud na ovom polju nalazi na svojevrsnoj raskrsnici. Završena je jedna era u kojoj je Ustavni sud implementirao načelne stavove iz prakse ESLjP, a sada mora da nastupi nova koja predstavlja obaveznu nadgradnju i razvoj pomenutih bazičnih postulata.

Zaključci koji slijede su upravo koncipirani u cilju podsticanja Ustavnog suda, kao i cjelokupnog institucionalnog sistema zaštite od diskriminacije, da svoju praksu podignu na jedan viši nivo na način da se što potpunije prilagode dobroj međunarodnoj praksi i iskustvima u sferi zaštite od diskriminacije. Prvi skup preporuka se odnosi isključivo na unapređenje jurisprudencije Ustavnog suda u vezi sa povredom načela nediskriminacije/jednakosti, a na osnovu prakse kako nadnacionalnih sudskih institucija (ESLjP i SPEU), tako i relevantnih nacionalnih ustavno sudskih instanci (npr. Ustavni sud Njemačke i Ustavni sud Hrvatske). Drugi i treći skup preporuka se odnose na unapređenje normativnog okvira i prakse Ustavnog suda na opštem nivou, imajući u vidu i zastupljenost postupaka zaštite od diskriminacije u praksi ovog suda, a sve sa ciljem stvaranja optimalnih uslova za potpunu zaštitu načela nediskriminacije/jednakosti.

Naime, sa jedne strane, analizom prakse Ustavnog suda 2011-2012. godine, dolazi se do zaključka da su predmeti u kojima se podnosioci predstavlja pozivaju na povredu načela jednakosti/nediskriminacije među

najzastupljenijim. Ovaj zaključak se naročito nameće kada je riječ o preispitivanju ustavnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata. Kada je riječ o preispitivanju ustavnosti zakona i podzakonskih akata Vlade i drugih državnih organa u čak 56% predmeta u 2011. godini i 54,8% predmeta iz 2012. godine, podnosioci predstavki su se pozivali na povredu načela jednakosti/nediskriminacije. Slično, u predmetima u kojima je Ustavni sud odlučivao o usvajanju ili odbijanju ustavnih žalbi 23,3% za 2011, kao i 21,1% za 2012. godinu, sadrže preispitivanje načla jednakosti/nediskriminacije na osnovu članova 8, 17 ili 19 Ustava. Sa druge strane, primjetno je da se, pogotovo kada je riječ o praksi po pitanju ustavnih žalbi, podnosioci zahtjeva često pozivaju na povredu načela jednakosti/nediskriminacije u kombinaciji sa nekim drugim ustavnim načelom. U 2011. godini to se desilo u čak 74,6% slučajeva u kojima se preispituje načelo jednakosti/nediskriminacije, dok u 2012. godini u 74,3% ovih slučajeva. Primjetno je da se u ustavnim žalbama ovo pravno načelo najčešće kombinuje sa povredom prava na pravično suđenje (84,4% u 2011. godini a 62,2% u 2012. godini) i garancijom prava svojine (22,7% u 2011. godini a 26,5% u 2012. godini).

Sledstveno tome drugi dio preporuka će biti usmjeren na pospešivanje saradnje i aktiviranja svih postojećih institucionalnih subjekata u postupcima pred Ustavnim sudom sa posebnim naglaskom na efikasnijoj borbi protiv narušavanja principa nediskriminacije/jednakosti. Treći skup preporuka predstavlja niz predloga za izmjenu zakonskih odredaba u vezi sa nekim od ključnih pitanja kada je riječ o podnosiocima predstavki na opštem nivou čime će se unaprijediti prava i mogućnosti i podnosioca predstavki po osnovu povrede načela nediskriminacije/jednakosti.

## **5.1. UNAPREĐENJE SUDSKE PRAKSE USTAVNOG SUDA**

Prvi dio ovog poglavlja predstavljaju zaključci i preporuke koje su vezane za praksu Ustavnog suda u predmetima u kojima se razmatra kršenje načela nediskriminacije/jednakosti. Ovi stavovi svoje utemeljenje nalaze u praksi nadnacionalnih sudskih instanci - ESLJP i SPEU, kao i nekih nacionalnih ustavnih sudova (prije svega Ustavnog suda Njemačke i Ustavnog suda Hrvatske).

**5.1.1. Pojam identične situacije u okviru “testa komparacije”** - Koncept jednakosti prava u „istovjetnom pravnom položaju“ Ustavnog suda nije dovoljno širok za potpuno vršenje komparacije situacije lica (fizičkih ili pravnih). U ovu formulu treba uključiti i situacije koje mogu biti različite u pravnom smislu ali identične u faktičkom (činjeničnom) smislu, te stoga adekvatne za vršenje komparacije. Preciznije, formula „istovjetnog pravnog položaja“ obuhvata poređenje samo pravnih aspekata neke situacije dok isključuje suštinsku (faktičko stanje) jednakost dvije situacije. Na ovaj način Ustavni sud bi djelovao korektivno, i upravo otklanjao greške zakonodavca koji je faktički (suštinski) identične ili veoma slične situacije normirao na različit način. Ovakvim djelovanjem bi bio značajno povećan opseg prava kao i broj situacija u kojima bi se lica pod jurisdikcijom Ustavnog suda mogla pozivati i ostvarivati zaštitu u vezi sa kršenjem principa jednakosti/nediskriminacije. Takođe, upitno je da li uopšte indirektna diskriminacija može biti obuhvaćena pojmom „identičnosti pravne situacije“ jer ona upravo postoji kod pravno neutralnih normi ali koje proizvode različite efekte u praksi.

*Preporuke* – Obavezno proširivanje koncepta „identičnosti pravne situacije“ i na situacije koje je moguće porediti i na osnovu faktičkog (činjeničnog) stanja, odnosno prelazak sa poređenja pravne situacije na poređenje faktičke (činjenične) situacije slučaja. Na ovaj način se širi polje zaštite podnosioca predstavki a takođe se usklađuje sa praksom ESLJP i SPEU koji upravo uključuju poređenje zasnovano na faktičkoj situaciji. Dodatno, predmetnim postupanjem se stvaraju preduslovi za efiksanu primjenu koncepta indirektna diskriminacije u praksi Ustavnog suda.

**5.1.2. Pojam jednakog postupanja u okviru „testa komparacije“**– Drugi korak u okviru „testa komparacije“ jeste ustanovljavanje postojanja jednakog/nejednakog tretmana, odnosno, kako to Ustavni sud Crne Gore u svojoj praksi formuliše, istog ili različitog postupanja. Osnovno načelo u praksi Ustavnog suda je da on poredi identičnost pravnog režima koji se primjenjuje, a ne efekata istog. Međutim, u nekim slučajevima iako su dvije uporedive situacije podvrgnute različitom pravnom tretmanu, suštinski je riječ o dva identična tretmana.

*Preporuke* – Mišljenja smo da treba podržati sporadičnu praksu Ustavnog suda u poređenju efekata koji pravni režimi proizvode u

*konkretnom slučaju, te zanemariti isključivo poređenje elemenata dva pravna režima. Dakle, poređenje efekata koje određeni pravni režim proizvodi u konkretnom slučaju mora biti izdignuto na nivo načela, što je potpuno u skladu sa pravilima prakse SPEU kao i ESLjP.*

**5.1.3. Pravna priroda zabrane diskriminacije na osnovu Evropske konvencije** - Crna Gora je potpisnica Protokola 12 koji garantuje zaštitu od diskriminacije u vezi sa bilo kojim oblikom diskriminacije na osnovu nacionalnog zakonodavstva. Isto znači, da u cilju zaštite od diskriminacije, podnosilac zahtjeva ne mora dokazati postojanje veze između nekog prava zagaranovanog Evropskom konvencijom i predmetne diskriminacije, iz čega slijedi da ovaj prethodni korak u analizi postojanja diskriminacije nije neophodan. Iako Ustavni sud u svojim odlukama uvijek ističe primjenu Protokola 12, on takođe unosi zabunu konstantnim pozivanjem i na član 14 Evropske konvencije koji sadrži akcesornu zabranu diskriminacije.

*Preporuke: Smatramo da je praksa pozivanja i na član 14 Evropske konvencije nepotrebna, te da pominjanje akcesorne zabrane diskriminacije u praksi Ustavnog suda stvara bespotrebnu zabunu, a podnosiocima zahtjeva ne daje bilo kakva dodatna prava. Stoga, Ustavni sud prilikom analize postojanja diskriminacije, kao pravni osnov treba koristiti isključivo Protokol 12 koji obimu zaštite daje univerzalnu prirodu.*

**5.1.4. Zaštićeni osnovi (ličnih svojstava)** – Enumeracija zaštićenih osnova (ličnih svojstava) diskriminacije koja se sreće u ovim međunarodnim dokumentima nije definitivna. Preciznije, svaka od ovih enumeracija se završava pojmom “drugi status”, što ostavlja nacionalnom pravosuđu da u svojoj praksi usvoji i izgradi i druge zaštićene osnove koji nisu eksplicitno pomenuti. Analiza prakse Ustavnog suda ukazuje da se on u najvećem broju slučajeva drži isključivo onih pobrojanih u pomenutim međunarodnim dokumentima. Nasuprot ovom pristupu, u praksi ESLjP je vidljivo, da ova nadnacionalna sudska instanca značajno uvećava broj mogućih zaštićenih osnova te na taj način proširuje opseg zaštite za lica koja se mogu pozivati na prava iz Evropske konvencije.

*Preporuke – Ustavni sud treba u svojoj praksi ići na povećanje broja zaštićenih osnova (ličnih svojstava), kao što je to slučaj sa praksom ESLjP. Poseban akcenat treba staviti na tretman rezidentstva kao aspekta ličnog statusa zbog njegove velike primjene u praksi SPEU i ESLjP, a*

*naročito jer je isti inkorporiran u više bitnih odredaba SSPCG (iako verzija na crnogorskom jeziku sadrži grešku u prevodu pa se činjenica rezidentstva javlja pod pojmom prebivališta).*

**5.1.5. Opravdanja od opšteg interesa** – Analizom prakse Ustanog suda proističe zaljučak da ova sudska instanca prihvata veliki broj opravdanja od opšteg interesa koji mogu služiti zakonodavcu kako različit tretman ne bi bio okarakterisan kao diskriminatoran.

***Preporuka** - Smatramo da je u budućnosti neophodno pronaći balans između velikog broja opravdanja koja su dozvoljena u praksi ESLjP i manjeg broja zastupljenog u praksi SPEU, te na ovaj način pripremiti zakonodavca na značajno manji manevarski prostor da različito tretira slične ili identične situacije. Takođe, u cilju poboljšanja kvaliteta prakse Ustavnog suda, neophodno je detaljnije elaborirati i obrazložiti prihvatanje određenog opravdanja kao valjanog osnova za različit tretman.*

**5.1.6. Principa proporcionalnosti (srazmjernosti)** – Kada riječ o načelnoj primjeni principa proporcionalnosti Ustavni sud Crne Gore zaslužuje izrazito visoku ocjenu. Naime, Ustavni sud već nekoliko godina konstantno primjenjuje ovaj opšti pravni princip preuzet iz prakse ESLjP, pa je moguće reći da ovaj koncept praktično čini neizostani dio svake analize narušavanja načela jednakosti/nediskriminacije. Takođe, treba apostrofirati, da ova sudska instanca jedina primjenjuje ovo pravno načelo u pravnom sistemu Crne Gore koje predstavlja izraz liberalne demokratije i zaštite građanina u kontekstu ograničenja nekontrolisanih ovlašćenja država. Predmetni princip služi Ustavnom sudu kao kriterijum prolikom procjene ograničenja nekog prava podnosioca zahtjeva. Međutim, postoje i primjeri kada se Ustavni sud veže njegovu primjenu za postojanje nekih drugih ustavnih garancija, kada je riječ o nekim specifičnim pravnim oblastima.

***Preporuke** – Pošto Ustavni sud predstavlja praktično jedinu sudsku instancu koja primjenjuje princip proporcionalnosti u svojoj praksi, neophodno je dalje insistiranje na primjeni ovog principa kako bi on kroz njegovu praksu pronašao put u sveukupnu praksu crnogorskog pravosuđa. Takođe, smatramo neophodnim širenje primjene principa*



*proporcionalnosti na sve djelove pravnog sistema bez obzira na postojanje bilo koje druge specifične ustavne garancije.*

**5.1.7. Primjena člana 17 Ustava u kontekstu ustavnih žalbi** – Naime, praksa u primjeni načela jednakosti iz člana 17 Ustava odstupala od standardnog preispitivanja povrede ovog zahtjeva iz prakse ESLJP. Ustavni sud u svojoj praksi konstantno poistovjećuje opšti princip jednakosti pred zakonom iz člana 17 Ustava, sa užitim principom jednake zaštite prava iz člana 19 Ustava, što predstavlja bespotrebno sužavanje obima zaštite koji pruža član 17 Ustava. Dakle, riječ je o generalnom pravnom konceptu jednakosti/nediskriminacije bez obzira na zaštićeni osnov/lično svojstvo.

*Preporuke* - Kada se podnosioc ustavne žalbe pozive na kršenje ovog pravnog principa treba primijeniti analizu koju vrši ESLJP prilikom pozivanja na član 14 Evropske konvencije ili Protokola 12, kao i Ustavni sud prilikom pozivanja na član 8 Ustava kod ustavnih žalbi, ili člana 8 i 17 prilikom preispitivanja ustavnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata. Sa druge strane, u cilju veće jasnosti i konzistentnosti prakse Ustavnog suda, smatramo da principe pravne sigurnosti i zbrane arbitrnosti, u okviru zahtjeva istovjetnog postupanja sudova u identičnim činjeničnim i pravnim pitanjima, treba preispitivati prije svega u kontekstu člana 19 Ustava, koji garantuje jednaku zaštitu prava.

## **5.2. UNAPREĐENJE INSTITUCIONALNE SARADNJE**

Osnovni utisak je da postojeći institucionalni i zakonodavni resursi u vezi sa zaštitom od diskriminacije nisu stavljeni u funkciju u mjeri u kojoj je to neophodno. Preciznije, smatramo da postojeći institucionalni okvir pruža značajno više mogućnosti za efiksno djelovanje od onoga što imamo kao rezultate u dosadašnjoj praksi.

### **5.2.1. Ustavni sud:**

a) **Mišljenja relevantnih domaćih kao i međunarodnih organizacija** – Dosadašnja praksa ukazuje da Ustavni sud traži mišljenja u postupku

odlučivanja isključivo od Skupštine i Vlade. Iako je ovakvo postupanje potpuno utemeljeno u odredbama Zakona o Ustavnom sudu, postoji značajan broj institucija, kako domaćih (Zaštitnih ljudskih prava, Savjet za zaštitu od diskriminacije, itd), tako i međunarodnih (npr. Venecijanska komisija) čije bi involviranje u postupak donošenja odluka značajno doprinijelo borbi protiv diskriminacije. Npr. člana 20 stav 2 Zakona o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda eksplicitno predviđa da na zahtjev nekog držanog organa Zaštitnik/ca može dati mišljenje o zaštiti i unaprjeđenju ljudskih prava i sloboda, pa prema tome i u slučajevima kada se posumnja na postojanje diskriminacije.

*Preporuke – U predmetima koji se odnose na kršenje načela nediskriminacije/jednakosti Ustavni sud mora (imperativna obaveza) zatražiti mišljenje od Ombudsmana i Savjeta za zaštitu od diskriminacije, a u određenim komplikovanim slučajevima mora biti ustanovljena praksa obraćanja nadnacionalnim institucijama (npr. Venecijanska komisija).*

**b) Održavanje javnih rasprava i participacija u postupku odlučivanja stručne i naučne javnosti** – Na osnovu člana 30 Zakona o ustavnom sudu Ustavni sud ima mogućnost održati javnu raspravu kad ocijeni da je održavanje javne rasprave potrebno, a naročito kad se radi o složenom ustavno - pravnom pitanju, a na osnovu člana 22 istog zakona u postupku pred Ustavnim sudom mogu učestvovati i lica koja pozove Ustavni sud, radi razjašnjenja određenih spornih pitanja ili davanja stručnih mišljenja. Praksa ukazuje da Ustavni sud nedovoljno, ako upšte, koristi ovu mogućnost.

*Preporuke – Smatramo imeperativnim da Ustavni sud započne sa ovom praksom koja bi zasigurno doprinijela unapređenju kvaliteta njegove prakse. Uporedna iskustva nacionalnih ustavnih sudova ukazuju, da posebno u veoma komplikovanim predmetima, ovakvo postupanje značajno doprinosi unapređenju sudske prakse. Pored Univerziteta i sličnih naučnih institucija, Ustavni sud treba takođe jačati i unapređivati saradnju sa civilnim sektorom.*

**c) Pokretanje postupaka po službenoj dužnosti** – Ustavni sud ima ovlašćenja da *ex officio* pokrene postupak ocjene ustavnosti nekog zakona ili drugog propisa i opšteg akata, a na osnovu člana 37 stav 3 Zakona o Ustavnom sudu posebno kada u okviru postupka po ustavnoj žalbi uoči eventualnu

neusklađenost odredaba istog, ili nekih drugih odredaba ili propisa sa Ustavom. Kada je riječ o ovom ovlašćenju, primjetno je da Ustavni sud isto jako malo koristi.

*Preporuke – Smatramo neophodnim njegovu veću aktivnosti na ovom polju, a pogotovo kada se posumnja na narušavanje načela nediskriminacije/jednakosti, kao i kršenja ovih načela u vezi sa primjenom osnovnih sloboda (sloboda kretanja) koje je moguće naći u SPPCG, zbog generalno velikog nepoznavanja prava EU u okvirima Crne Gore.*

**d) Davanje obavezujućih uputstava** – U uporednoj praksi nacionalnih ustavnih sudova srećemo veliki aktivizam ovih institucija kada je riječ o davanju obavezujućih mišljenja i smjernica u vezi sa aktuelnom i budućom zakonodavnom i ukupnom društveno-ekonomskom politikom. Nerijetko, u vezi sa nekim značajnim pravnim pitanjima, ustavno-sudske instance u svojim odlukama daju detaljne i precizne instrukcije izvršnoj i zakonodavnoj vlasti koje nameću obavezu da se u određenim rokovima donesu ili izmijene određeni propisi, ili sprovedu određene aktivnosti. Pomenuta praksa je veoma rijetka kada je riječ o djelovanju Ustavnog suda (npr. odluka u predmetu U-I br. 2/11 od 19. januara 2012. godine, sadrži mišljenje o neophodnosti zakonodavnog regulisanja istopolnih zajednica), a i u slučaju da u nekoj odluci postoje stavovi ove prirode oni nisu dovoljno precizni, jasni kao i omeđeni imperativnim rokovima.

*Preporuke – Smatramo imperativnim veće uključivanje Ustavnog suda u legislativni proces, kao i u ukupan društveno-ekonomski život Crne Gore. U svojstvu vrhovnog čuvara ustavnosti i zakonitosti, njegovi jasni i precizno formulisani stavovi bi bili od velike koristi u daljem razvoju legislativnog okvira i prakse na polju zaštite od diskriminacije. U tom cilju, odluke Ustavnog suda u vezi sa nekim veoma važnim pravnim pitanjima, trebaju da sadrže precizne instrukcije o koracima koje izvršna i zakonodavna vlast moraju da preduzmu, kao i rokove u kojima ove aktivnosti moraju biti završene.*

### 5.2.2. Ostale institucije:

a) **Skupština** – Poslovníkom Skupštine Crne Gora definisano je postojanje 14 stalnih odbora, od kojih četiri mogu imati ingerencije u vezi sa ustavnim pitanjima kao i pitanjima borbe protiv diskriminacije: Ustavni odbor, Zakonodavni odbor, Odbor za ljudska prava i slobode i Odbor za rodnu ravnopravnost. Detaljnim uvidom u ovaj pravni akt jasno je da Zakonodavni odbor ima nesumnjivo najveće ingerencije i ulogu, pošto član 39 eksplicitno propisuje da isti razmatra akte o pokretanju postupka za ocjenu ustavnosti zakona i ocjenu ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata Skupštine. Takođe, na osnovu člana 38a Poslovnika Skupštine Ustavni odbor ima nadležnost da razmatra načelna pitanja primjene Ustava. Sa druge strane, Ustavni sud na osnovu člana 26 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu ima mogućnost da od Skupštine zatraži mišljenje o ustavnosti nekog zakona ili drugog propisa i opšteg akata. Analizom prakse Ustavnog suda Crne Gore, dolazi se do zaključka da je zakonodavni organ praktično u potpunosti odsutan iz postupka preispitivanja ustavnosti. Naime, iako je Ustavni sud u predmetima u kojima je odlučivao o usklađenosti zakona sa Ustavom, u periodu 2011-2012. godina, zatražio ukupno 11 puta mišljenje od Skupštine, nijednom nije dobio odgovor na predmetne upite.

Slično, Na osnovu Poslovnika Vlade Crne Gore ova institucija u skladu sa članom 34 stav 7 ima mogućnost da daje mišljenja Ustavnom sudu, kada ih isti zatraži, u vezi sa inicijativama ili predlozima za ocjenu ustavnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata. Takođe, Vlada daje predloge u vezi sa izvršenjem pojedinih odluka Ustavnog suda. Paradoksalno, iako Vlada ima ovlašćenja isključivo kao predlagač zakona, ova institucija najčešće participira u procesu donošenja odluka Ustavnog suda. Naime, u periodu 2011-12. godina, Vlada je na ukupno 31 upit Ustavnog suda o usklađenosti nekog zakona sa Ustavom, odgovorila čak 21 put. Ovome treba dodati da je određeni broj predmetnih mišljenja moguće naći u elektronskoj formi i na zvaničnom sajtu Vlade. Ne ulazeći u vajanost stavova sadržanih u svojim mišljenjima, što nije ni predmet analize u okviru ove studije, generalno treba pohvaliti krovnu instituciju crnogorske izvršne vlasti na pokazanom aktivizmu i participaciji u ukupnom procesu.

***Preporuke** – Smatramo praksu nezainteresovanosti Skupština za pitanja preispitivanja ustavnosti neprihvatljivom. Kao zakonodavno tijelo, ova*

*institucija mora da zauzme daleko aktivniju ulogu u generalnom kontekstu primjene Ustava, a posebno u vezi sa pitanjima borbe protiv diskriminacije. Stoga se čini neophodnim uvođenje obaveze, a ne samo mogućnosti, da Skupština daje svoje mišljenje na upit Ustavnog suda o ustavnosti akata čiji je ona donosilac.*

**b) Zaštitnik ljudskih prava i sloboda** – Podnošenje pritužbe ombudsmanu predstavlja u crnogorskom pravnom sistemu osnovni mehanizama zaštite od diskriminacije. Kada je riječ o ustavno-sudskoj zaštiti na osnovu član 19 Zakona o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda, on/ona može pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Crne Gore za ocjenu saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, odnosno saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom. Kada je riječ o Zakonu o Ustavnom sudu u članu 49 stav 3 propisana je mogućnost da Zaštinik/ca ljudskih prava i sloboda ako se podnosilac pritužbe sa tim saglasi, podnijeti ustavnu žalbu. Analizom prakse Ustavnog suda primjetno je da je Zaštinik ljudskih prava i sloboda nedovoljno prisutan u cijelom postupku ustavno-sudske zaštite prava zagwarantovanih Ustavom, a pogotovo u vezi sa zaštitom od diskriminacije. Preciznije, analizom Godišnjih izvještaja o radu 2011-2013. godine, dolazi se do podatka da je Zaštinik/ca ljudskih prava i sloboda podnio ukupno 3 predloga za preispitivanje saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom, od čega su se dva odnosila na kršenje načela jednakosti/nediskriminacije. Sa druge strane, analizom svih 125 ustavnih žalbi u kojim je Ustavni sud odlučio o suvajanju ili odbijanju istih u toku 2011-2012. godine, nema niti jednog slučaja u kojem se Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda javlja kao podnosilac ustavne žalbe, a na osnovu ovlašćenja iz člana 49 Zakona o Ustavnom sudu.

*Preporuke – Smatramo da Zaštinik/ca ljudskih prava i sloboda mora daleko više uzmati učešća u okviru ustavno-sudske zaštite u kontekstu kršenja načela nediskriminacije/jednakosti, kroz češće podnošenje ustavnih žabi, kao i inicijativa za preispitivanje saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom.*

**c) Predsjenik** – Iako nije eksplicitno navedeno, na osnovu člana 150 stav 2 Ustava, Predsjednik Crne Gore ima mogućnost da pokrene postupak za preispitivanje saglasnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata sa Ustavom,

te na taj način učestvuje u ukupnom sistemu zaštite od diskriminacije. Uporedna analiza pokazuje značajan broj slučajeva, pogotovo kada je riječ o nekim najdelikatnijim ustavnim pitanjima, da je predsjednik države taj koji pokreće postupke preispitivanja primjene ustavnih načela pred nacionalnim ustavnim sudovima. Sa druge strane, razmatranjem predmeta obuhvaćenih predmetnom studijom nije bilo moguće naići na onaj čiji je inicijator bio predsjednik Crne Gore.

***Preporuke** – Ovakvo odsustvo Predsjednika Crne Gore iz razmatranja nekih od najvažnijih pravnih pitanja, odnosno društvenih vrijednosti unutar Crne Gore, cijenimo neprihvatljivim te smatramo neophodnim njegovo aktivno uključivanje u process ustavno-sudske zaštite od diskriminacije.*

**d) Niže sudske instance** – Član 44 Zakona o Ustavnom sudu predviđa da ako se u postupku pred sudom postavi pitanje saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima ili drugih propisa sa Ustavom i zakonom, sud će zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom. Obaveza ove vrste podsjeća i na dužnost koju će crnogorski sudovi imati nakon ulaska Crne Gore u EU, da kada posumnjaju na usklađenost neke odredbe nacionalnog propisa sa pravom EU ovu dilemu u vidu prethodnog pitanja pošalju SPEU. Analizom predmeta obuhvaćenih studijom nije bilo moguće naići na onaj koji je pokrenut na zahtjevom neke niže sudske instance.

***Preporuke** – Formulacija iz člana 44 predmetnog zakona ukazuje da niži sudovi imaju obavezu a ne samo mogućnost da ukoliko naiđu na pitanje usklađenosti neke odredbe zakona sa Ustavom ili međunarodnim ugovorima zastanu sa postupkom i upute predhodno pitanje Ustavnom sudu. Stoga, odsustvo ovakvih zahtjeva smatramo lošom praksom, te ukazujemo da niže sudske instance moraju daleko više voditi računa o ovoj obavezi.*

### 5.3. UNAPREĐENJE ZAKONODAVNOG I INSTITUCIONALNOG OKVIRA

Dok je u prethodnom dijelu bilo riječi o predlozima za efikasnije korišćenje postojeće legislativne i institucionalne infrastrukture, u ovom će biti riječi o

predlozima za njegovim unapređenjem. Dakle, ono što slijedi su sugestije za izmjenju postojećih propisa, koje se odnose samo na neka od najvažnijih pravnih pitanja, a sve u cilju pospješivanja sveukupnog sistema brobe protiv diskriminacije u Crnoj Gori.

**5.3.1. Pravična naknada za kršenje ljudskih prava i sloboda** – Na osnovu Ustava i Zakona o Ustavnom sudu ova sudska instanca nema nadležnost da u slučajevima kada dođe do usvajanja ustavne žalbe, odnosno do utvrđivanja postojanja kršenja nekog ljudskog prava ili slobode odluči o pravičnom obeštećenju podnosioca u obliku naknade štete. Jedino što podnosilac žalbe može je da nakon ukidanja sporne odluke od strane Ustavnog suda podnese tužbu za naknadu štete u građanskoj parnici. Pomenuto zakonodavno rješenje dovodi u pitanje dijelotvornost ustavne žalbe kao pravnog lijeka. Ova situacija je suprotna kako praksi ESLJP koji kada nađe da je neko pravo podnosioca predstavke povrijeđeno, odlučuje i o pravičnoj naknadi u vidu materijalne i nematerijalne štete. Takođe, kao primjer moguće je navesti i Ustavni sud Srbije koji na osnovu zakona ima nadležnost da ukoliko je takav zahtjev postavljen odluči o naknadi materijalne, odnosno nematerijalne štete.

*Preporuke* – *Stoga, smatramo da je neophodno hitno izmijeniti Zakon o Ustavnom sudu u ovom smislu te Ustavnom sudu dati ingerencije da odlučuje o pravičnom obeštećenju podnosioca zahtjeva.*

**5.3.2. Rokovi za odlučivanje** – Analizom odredaba Zakona o Ustavnom sudu uočljivo odsustvo rokova u vezi izvršenje određenih veoma bitnih radnji. Osnovni načelni rok iza člana 29 Zakona o Ustavnom sudu je da on u svakom predmetu mora odlučiti najkasnije u roku od 18 mjeseci od dana pokretanja, ako ovim zakonom nije drukčije određeno.

**a) Odlučivanje o inicijativi** – Predmetni zakon ne predviđa postojanje roka u kojem bi Ustavni sud morao da odluči o prihvatanju/neprihvatanju inicijative. Ovakvo rješenje narušava efikasnu zaštitu prava podnosioca predstavki Ustavnom sudu.

*Preporuke* – *Stoga predlažemo uvođenje roka u kojem bi Ustavni sud morao da se izjasni o inicijativi (npr. 6-12 mjeseci). Alternativno rješenje je usvajanje odredbe koja bi predviđala da ukoliko podnosilac inicijative sakupi određeni broj potpisa građana Crne Gore isto se smatra da je*

*podnijet predlog za ocjenu ustavnosti kao i u slučaju podnosioca određenih Ustavom. Takođe, u slučaju usvajanja inicijative za ocjenu ustavnosti, te pokretanja postupka, neophodno je smanjiti predviđeni rok sa 18 mjeseci na maksimalnih 12 mjeseci.*

**b) Odlučivanje nadležnog suda nakon usvajanja ustavne žalbe** – Na osnovu člana 57 Zakona o Ustavnom sudu, nakon usvajanje ustavne žalbe, nadležni organ je dužan da odmah, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema odluke Ustavnog suda, uzme predmet u rad ukoliko je Ustavni sud ukinuo pojedinačni akt i vratio predmet na ponovni postupak i odluči u razumnom roku. Definisanje roka kao “razumnog” smatramo nedovoljno preciznim te štetnim po efikasnost ostvarivanja prava lica kojima je Ustavni sud usvojio ustavnu žalbu.

*Preporuke –Smatramo da je riječ o hitnim situacijama te je neophodno uvođenje roka koji ne bi bio duži od 6 mjeseci.*

**c) Otklanjanje neustavnosti donosioca propisa** – Na osnovu člana 42 Zakona o Ustavnom sudu na zahtjev donosioca osporenog propisa Ustavni sud može, prije donošenja odluke o ustavnosti i zakonitosti, zastati sa postupkom i dati mogućnost donosiocu propisa da u određenom roku otkloni uočene neustavnosti i nezakornitosti. Ako u određenom roku neustavnost i nezakornitost ne bude otklonjena, Ustavni sud će nastaviti postupak. Određenje roka za otklanjanje neustavnosti kao diskreciono pravo Ustavnog suda ne smatramo valjanim rješenjem, a veoma je sporno i samo postojanje ove mogućnosti jer je ista upravo suprotna samoj prirodi inicijative za preispitivanje ustavnosti zakona ili drugih propisa i opštih akata. Dodatno, drugi negativni efekti ovakvog zakonodavnog rješenja su da se sporni opšti akt i dalje primjenjuje te dakle proizvodi protivustavna dejstva, kao i da niko ne može garantovati da će nadležni organ izmijeniti sporne odredbe na način da će biti otklonjena njihova neusklađenost sa Ustavom.

*Preporuke – Stoga smatramo da primarno rješenje, u vezi sa predmetnim ovlašćenjem Ustavnog suda, predstavlja njegovo potpuno ukidanje. Kao alternativa, a u cilju veće efikasnosti, predlažemo sistem po kome bi Ustavni sud morao detaljno da ukaže donosiocu spornog propisa na uočenu neustavnost i nezakornitost, te pravac u kome izmjene*



*treba da idu, kao i da mora odrediti precizan rok za otklanjanje predmetnih manjkavosti koji ne smije biti duži od 3-6 mjeseci.*

**5.3.3. Izvršenje odluka Ustavnog suda** - Donošenje odluke od strane Ustavnog suda kojom se usvaja neka predstvka ne znači i definitivno ostvarivanje prava, već ona mora da bude i izvršena. Odluke Ustavnog suda su na osnovu člana 151 Ustava obavezne i izvršne, a kada je to potrebno, njihovo izvršenje obezbjeđuje Vlada. Ovako šturo određenje jednog od najvažnijih elemenata ostvarivanja nekog prava – izvršenja odluke, smatramo neadekvatnim.

*Preporuke – Neophodno je osmisliti i normirati u okviru Zakona o Ustavnom sudu detaljne procedure izvršenja odluka Ustavnog suda. U uporednoj ustavno-sudskoj praksi, kao jedan vid solucije ovog problema, moguće je naići na rešenje po kojem Ustavni sud, kada to smatra neophodnim, donosi poseban akt kojim se utvrđuje na detaljan način izvršenja svoje odluke.*

**5.3.4. Osnivanje Agencije za zaštitu od diskriminacije** – U okviru pravnog sistema Crne Gore moguće je prepoznati dva državna organa koji u okviru svoje nadležnosti imaju, prevashodnu ili jednu od najvažnijih nadležnosti, borbu protiv diskriminacije. Pored već pominjanog Zaštitnika/ce ljudskih prava i sloboda, na bazi člana 27 Poslovnika Vlade Crne Gore, osnovan je Savjet za zaštitu od diskriminacije koji ima ingerencije u praćenju i razvoju politike antidiskriminacije u Crnoj Gori. Nakon nekoliko godina funkcionisanja sistema zaštite od diskriminacije u kojem ova dva državna organa imaju glavne ingerencije, zbog ograničenih rezultata na polju zaštite od diskriminacije, dolazi se do zaključka o neophodnosti unapređenja institucionalnog okvira na ovom polju.

*Preporuke – U tom cilju smatramo neophodnim osnivanja nove institucije tzv. Agencije za zaštitu od diskriminacije, koja bi sublimirala ingerencije koje ima Zaštinik/ca ljudskih prava i sloboda i Savjet za zaštitu od diskriminacije.*

## 6. SUMMARY OF THE PROJECT

### 6.1. THE GOAL OF THE PROJECT

Insufficient understanding of the anti-discrimination concept produces the inadequate level of protection of Montenegro's citizens' rights before the national judiciary. In the broadest sense, the concept of discrimination recalls that of equality, being its opposite, and therefore in principle it corresponds to the concept of inequality. Therefore the principle of equality before the law and principle of non-discrimination represent two sides of the same coin. Discrimination includes not only simple differentiation, but its negative, more precisely the undesirable difference, and puts one category of persons (natural or legal) in the worse position in comparison with another group of persons without any valid justification. Therefore, prohibition of discrimination indicates the criteria of differentiation that are not allowed. The complexity of social relations in the modern societies produce the existence of different types of discrimination which are defined as such in the case practice of national judiciaries and also in the case practice of the supranational judiciary instances.

In the national context constitutional courts represent the supreme guarantee for the protection of citizens' rights in every modern country regarding the prohibition of discrimination. In this context Montenegro's citizens can exercise their rights before the Constitutional Court of Montenegro (hereinafter: Constitutional Court) in the form of two legal remedies – constitutional appeal and the initiative for the assessment of the constitutionality of the general legal act (laws and subsidiary legislation). The role of the Constitutional Court is of dual relevance. On one side, Constitutional Court represents the supreme national court instance which can provide protection to Montenegro's citizens regarding the respect of the principle of equality before the law. This competence of the Constitutional Court is based in the Constitution of Montenegro (hereinafter: Constitution), precisely in the Article 8 (anti-discrimination principle) and the Article 17 (principle of equality before the law). Those principles represent one of the most important legal concepts in the Constitution.

On the other side, the Constitutional Court is the obligatory instance of the procedure for the eventual protection of Montenegro's citizen's rights before the supranational instances. Precisely, at this moment there is a significant number of Montenegro's citizens (a total of 192 new applications have been submitted to the Court since September 2012, bringing the total of pending applications to 889)<sup>154</sup> which are trying to obtain protection of their rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: Convention) before the European Court for Human Rights (hereinafter: ECHR). Similarly, in the near future, after Montenegro's accession into the European Union, Montenegro's citizens will have the same possibility to search protection before the Court of Justice of EU (hereinafter: CJEU). Therefore, one of the most important aspects of the analysis of the effective protection against discrimination in the case practice of the supreme national court instances on the ground of Europe, represents the comparative analysis of the case practice of the national constitutional courts with the case practice of ECHR and CJEU, regarding types of discrimination and mechanisms and procedures for the realization of the rights.

In the last few years the Constitutional Court has frequently recalled the principles and the concept of anti-discrimination which is developed and formulated in the ECHR case practice. According ECHR the analysis of the principle of equality and non-discrimination indicates the need for examination of three conditions to determine if there is a violation of this principle. The first condition for the existence of discrimination is the existence of similar, or comparable factual situations and equal or different treatment. The second condition is that the difference in legal treatment is based on a certain status of an individual. The individual must be a victim of less favorable treatment because of his/her status. The third condition is represented by an examination of whether different legal treatment in similar factual circumstances, or the same conduct in significantly different circumstances, is reasonable and legitimate. Additionally, according the practice of ECHR, the justification process must include the proportionality test. Because of all aforementioned, we see as obligatory the need to perform the analysis of the adequate application of those concepts from the case practice of ECHR in the

---

<sup>154</sup> MONTENEGRO 2013 PROGRESS REPORT, Brussels, 16.10.2013, p. 41.

Montenegro's constitutional case practice. Exactly, the case practice of this supranational court instance has developed different types of discrimination, according to the characteristics of the specific legal or factual situation.

Notwithstanding that Montenegro's citizens have no possibility at this moment to apply to the CJEU, understanding of different types of discrimination from the case practice of this supranational court instance, can already have important repercussions in the Montenegro's legal system on the basis of the rights which are incorporated in the Stabilization and Association Agreement of Montenegro (hereinafter: SAAMN). Namely, this international agreement includes several anti-discrimination (direct and indirect) provisions which are product of the case practice of CJEU, as the supreme judiciary instance in the EU. We emphasize that the understanding of EU law, and especially the rules from the case practice of CJEU, is the precondition for the efficient exercise of Montenegro's citizens' rights which are incorporated in the SAAMN. Therefore, we consider that the Constitutional Court has the special role in the context of the exercise of rights included in this international agreement, and especially those related to the prohibition of discrimination, because there is already the possibility to start the procedures before Montenegro's judiciary on the basis of SAAMN.

Additional complexity to the pluralism of the discrimination concepts is given by the diversity of legal documents on the international and national level which provide the legal basis for the protection of rights of Montenegro's citizens. Namely, legal system of Montenegro provides a very complicated system of provisions related to anti-discrimination which are incorporated in several legal documents of general nature. Basic principles – anti-discrimination and equality before the law – could be found in the Constitution and in the international legal documents (Convention and SAAMN). On the other side, those concepts are elaborated in detail in the framework of special legislation – Law on Anti-discrimination and Law on Mobbing, and also in the form of sporadic provisions incorporated in other laws – Labor law. This pluralism of possibilities for the protection against discrimination creates difficulties in the concrete cases when the applicant wants to achieve protection. Hence, the case practice of the Constitutional Court as the supreme national court instance must serve as a guideline to all other court instances

regarding the achievement of protection against different types of discrimination.

Therefore, the goal of this study is the analysis of the case practice of the Constitutional Court regarding the violation of the nondiscrimination/equality principle, and its compatibility with the principles developed in the practice of ECHR and CJEU, and some other national constitutional courts (ex. Federal Constitutional Court of Germany and Constitutional Court of Croatia). For this reason the analysis includes the Constitutional Court case practice related to the review of the constitutionality of general legal acts and constitutional appeals in 2011-2012. Namely, the analysis includes all 59 decisions from 2011, and all 66 decisions from 2012 regarding constitutional appeals in which the violation of the nondiscrimination/equality principle was claimed, independently or together with some other constitutional right or guarantee. Similarly, all 25 decisions from 2011 and all 18 decisions from 2012 related to the review of the constitutionality of laws or other general legal acts enacted by other public bodies, in the subject field, were subject to the analysis. Additionally, the analysis includes a number of the most important decisions of the Constitutional Court from other years which are very useful for the understanding of the application of antidiscrimination/equality principle.

With a goal to create a complete picture regarding certain legal issues the study contains also opinions of Montenegrin lower court instances (ex. Basic court in Podgorica, Higher court in Podgorica, Higher court in Bijelo Polje, etc.). Additionally, there is the analysis of the complete normative system of the constitutional protection (the Constitution and international documents) and also of the most relevant national legislative acts related to the fight against discrimination.

## 6.2. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

After the analysis of the case practice of the Constitutional Court, ECHR and CJEU, after the analysis of the legislative framework and interviews with the representatives of key institutions and subjects which are involved in the system of protection against discrimination, there is a positive general impression regarding persons that claim legal protection from discrimination

before the Constitutional Court. Precisely, the Constitutional Court has in last few years made a big step towards the implementation the principles of nondiscrimination (equality before the law) in the form developed in the ECHR case practice. However, always when it comes to the transposition and application of a new legal concept, also in the court practice of the Constitutional Court there are some insouciances and contradictions. Therefore, it could be said that the current case practice of the Constitutional Court related to the application of nondiscrimination principle represent a good basis for its necessary development. In other words, we consider that the Constitutional Court is at a crossroad. One era is over, in which the Constitutional Court implemented the general principles from the case practice of ECHR, and now the new era must come, which will represent the imperative development of the subject basic principles.

The following conclusions are exactly formulated with the goal to encourage the Constitutional Court, and the anti/discrimination institutional system in general, to push their practice on a next level in the direction of full harmonization with a good international practice in the field of anti-discrimination. First set of recommendations is exclusively related to the further development of the case practice of the Constitutional Court related to the violation of the antidiscrimination (equality) principle, according the rules formulated in the case practice of supranational judiciary bodies (ECHR and CJEU) and other national constitutional courts (ex. Federal German Constitutional Court and Croatian Constitutional Court). The second and the third set of recommendations is related to the development of the legislative framework and the case practice of the Constitutional Court on the general level, because of the big number of cases in which the persons (natural and legal) claimed the violation of the antidiscrimination (equality) principle, with the goal to provide optimal conditions for the efficient protection against the violation of the subject principles.

Namely, on one side, the analysis of the case practice of the Constitutional Court has shown that the cases in which applicants claim the violation of antidiscrimination/equality principle are among the most frequent. This conclusion is evident primarily in cases of the constitutionality assessment of general legal acts (legislative acts and secondary legislation). When it comes to the assessment of the constitutionality of laws and secondary legislation

(Government and other state/public bodies) in 56% of cases in the 2011, and 54,8% in the 2012, the applicants before the Constitutional Court claim the violation of the principle of antidiscrimination/equality. Similarly, in the cases in which the Constitutional Court delivered decisions by on constitutional adopted or rejected the appeals, 23,3% in 2011, and 21,1% in 2012, contain the claim of assessment the constitutional rights contained in the articles 8, 17 and 19 of the Constitution. On the other side, it is obvious, particularly in the field of constitutional appeals that applicants frequently combine the antidiscrimination/equality principle with some other constitutional guarantee. In 2011 this occurred in 74,6% of cases in which the Constitutional Court analyzed the antidiscrimination/equality principle, and in 2012 it happened in 74,3% of cases. It is evident that this constitutional principle is in most cases combined with the violation of the right on a fair trial (84,4% in 2011 and 62,2% in 2012) and the guarantee of peaceful enjoyment of property (22,7% in 2011 and 26,5% in 2012).

According to this the second and the third set of recommendations will be related to the improvement of the cooperation and the activation of all current institutional subjects in the procedures before the Constitutional Court, with the special emphasis on the violation of the antidiscrimination/equality principle. The third set of recommendations represents a number of proposals for the amendment of the current legislation on a general level related to some of the most important questions to improve the possibility for the applicants before the Constitutional Court to exercise efficient protection in cases of discrimination.

#### **6.2.1. THE IMPROVEMENT OF THE CASE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT**

First part of this chapter represents the conclusions and recommendations regarding the case practice of the Constitutional Court in the field of violation of the antidiscrimination/equality principle. These stances have their basis in the case practice of the supranational judiciary instances (ECHR and CJEU) and other national constitutional courts (ex. Federal German Constitutional Court and Croatian Constitutional Court).

**6.2.1.1. The notion of the similar (identical) situation in the framework of the “comparability test”** – The concept of equality of rights in an “identical legal position” from the case practice of the Constitutional Court is not broad enough to include situations which could be different in a legal sense but include identical factual circumstances. Precisely, the formula of “identical legal position” involve only the cooperation of legal aspect of a subject situation and excludes the assessment of the substantial (factual) equality of situations which are compared. In this way the Constitutional Court would act in a corrective manner and would cancel the mistakes of the legislator when he subjects two identical or similar factual situations to a different legal regime. Further on there will be an increase of the number situations in which persons which are under the jurisdiction of the Constitutional Court could claim and exercise protection related to the principle of nondiscrimination/equality. Moreover, it is questionable if the concept of indirect discrimination fits under “identical legal position” because this form of discrimination precisely exists when a neutral legal provision produce different effects in practice.

*Recommendations* – *It is necessary to broaden the concept of “identical legal position” to include situations which could be compared also according to factual circumstances, or in other words the analysis must move from the comparison of two legal situations to the comparison of factual situations too. In this way the applicants have more protection and there is the improvement of the compatibility of the case practice of the Constitutional Court with the practice of ECHR and CJEU. Additionally, this will set the conditions for the efficient application of the concept of indirect discrimination.*

**6.2.1.2. The notion of identical treatment in the framework of the “comparability test”** – The second step in the “comparability test” is the assessment of existence of the equal treatment. The basic assumption from the practice of the Constitutional Court is that there must be a comparison of two legal regimes which are applied, but not their effects in practice. However, in certain situations notwithstanding that two situations are subject to different legal regimes, in substance the treatment is the same.

*Recommendations* – *In our opinion the sporadic practice of the Constitutional Court in which there is a comparison of the effects which are produced after the application of a legal regime must be supported*



*and proclaimed as a general principle. This will encourage the practice of the Constitutional Court to be more compatible with the case practice of the CJEU and ECHR.*

**6.2.1.3. The legal nature of the prohibition of discrimination on the basis of the European Convention on Human Rights** – Montenegro has signed Protocol 12 which represents the guarantee for the protection against discrimination regarding every form of discrimination on the basis of national legislation. This means that the applicant has not to demonstrate the existence of the relation of the discrimination with a subject right from the Convention. In other words, this basic step in the discrimination test is not required any more. Notwithstanding the Constitutional Court in its case law always recalls the application of Protocol 12, it constantly cites also the article 12 of the Convention and this produces unnecessary confusion.

***Recommendation** – We consider that the habit of recalling the article 14 of the Convention is unnecessary and that this practice is making confusion without providing any new additional rights to applicants before the Constitutional Court. Therefore, the Constitutional Court in the analysis on the violation of the nondiscrimination/equality principle as the legal basis must use only the Protocol 12 which provides the protection against discrimination on general basis.*

**6.2.1.4. Protected grounds (personal circumstances)** – The enumeration of protected grounds (personal circumstances) which could be found in the international legal documents (i.e. the Convention) it is not final. Precisely, every of the subject enumeration in its end contain the notion “other status”, what leaves possibility for the national judiciary to create and develop in its case practice other protected grounds which are not explicitly mentioned. The analysis of the case practice of the Constitutional Court points out that in the vast majority of cases it adheres only to those explicitly enumerated in the international documents. On contrary to this approach, from the ECHR practice it is evident that there is an increase of the number of potential protected grounds, and in this way it improves the framework of protection of rights for applicants which are claiming to be subject of discrimination practices.

**Recommendations** – *The constitutional Court must increase the number of protected grounds (personal circumstances) as this is the case with the case practice of ECHR. Special emphasis must be given to the promotion of residency as an aspect of a personal status because of its importance in the ECHR and CJEU practices, and especially because this criteria is incorporated in a number of important provisions of SAAMN (notwithstanding the Montenegrin version of SAAMN contains a wrong translation of this criterion – domicile).*

**6.2.1.5. Justification of public interest** – The analysis of the case practice of the Constitutional Court shows it accepts a vast number of possible justifications of public interest which can serve to the legislator as a tool to defend the different treatment as nondiscriminatory.

**Recommendations** – *We consider that in the future is necessary to find a balance between a big number of justifications accepted in the case practice of the ECHR and a significantly smaller amount of justifications that could be found in the practice of CJEU. This will decrease the space for maneuver to the legislator for treating differently identical or similar situations. Additionally, with a goal to improve the quality of the case practice of the Constitutional Court it is necessary that its decisions contain more accurate elaboration and explanation when a justification is accepted as a valid ground for a different treatment.*

**6.2.1.6. The proportionality principle** – The application of the proportionality principle in the case practice of the Constitutional Court deserves a very high mark. Practically, it could be said that this legal concept represents an inevitable part of every analysis of the application of antidiscrimination/equality principle, which is transposed from the ECHR practice.. Moreover, it must be emphasized that the Constitutional Court is practically the only Montenegrin court instance which apply the subject general principle, which is specific emphasis of liberal democracy and protection of civil rights in the context of restricting the uncontrolled state powers. The subject principle serves to the Constitutional Court as a tool in the assessment of restrictions of the applicants rights. However, there are cases when the Constitutional Court has hesitated to apply this principle in some specific legal areas. National courts do not only have the possibility but the obligation to respect and apply the Convention in the proceeding under their

jurisdiction according the Constitution and Montenegrin legislation. In the territory in which the Convention is applied today, in the case that the national courts do not apply the proportionality analysis in cases in which they decide regarding qualified rights and nondiscrimination, this will be considered as a breach of the Convention, precisely of the right to an effective legal remedy.

***Recommendations** – Because the Constitutional Court represents practically the only Montenegrin court instance which apply the proportionality analysis in its practice, it is necessary to give further emphasis to the application of the subject concept, with a hope that in this way it will find the way in the rest of the Montenegrin judiciary practice. Moreover, we consider necessary to broaden the application of the proportionality principle in all parts of the Montenegrin legal system and in this way to improve the compatibility with the ECHR case practice.*

**6.2.1.7. The application of the article 17 of the Constitution in the context of constitutional appeals** – Namely, the practice in the application of the principle of equality before the law laid down in the article 17 of the Constitution, deviates from its application in the practice of ECHR. The Constitutional Court in its case practice in the field of constitutional appeals constantly gives the same sense to this general legal principle of equality before the law from the article 17 of the Constitution, as a far more narrow principle of equal protection of rights from the article 19 of the Constitution. This represents an unnecessary narrowing of the scope that article 17 of the Constitution provides, which represents the general concept of equality/nondiscrimination notwithstanding the protected ground (personal situation).

***Recommendation** – When in the constitutional appeal the applicant claims the violation of this principle the Constitutional Court must apply the analysis which is performed in the ECHR practice regarding the violation of the article 14 of the Convention or the Protocol 12, or the analysis that the Constitutional Court performs in the context of the article 8 of the Constitution in the field of constitutional appeals or article 8 and 17 in the field of the assessment of the constitutionality of general legal acts. On the other side, with a goal of clarity and the improvement of the uniformity of the legal practice, we consider that*

*the principles of legal certainty and the prohibition of arbitrariness (legal predictability), in the context of the equal conduct of courts in identical factual and legal situations, must be assessed on the basis of the article 19 of the Constitution which contains the guarantee of the equal protection of rights.*

## **6.2.2. THE IMPROVEMENT OF THE INSTITUTIONAL COOPERATION**

The basic impression is that the current institutional and legislative capacities regarding the fight against discrimination are not used in to the extent that is necessary. Precisely, we consider that the current institutional framework provides considerably more possibilities for the efficient action in comparison to what we have in practice.

### **6.2.2.1. The Constitutional Court:**

a) **The reasoning of domestic and international institutions** – The current practice shows that the Constitutional Court during the process of the assessment of the constitutionality asks for the reasoning only two institutions – the Parliament and the Government. Notwithstanding that this practice is in line with the provisions of the Law on the Constitutional Court, there is a significant number of domestic (Ombudsman, Council for the protection against discrimination, etc.) and international institutions (ex. Venice Commission) which can be involved in the subject proceedings and that could improve the fight against discrimination. Ex. The article 20 paragraph 2 of the Law on the Ombudsman explicitly provides the possibility that this institution on a request from another public body can give its reasoning regarding the protection and improvement of human rights, and therefore also in the cases when there is a question of antidiscrimination.

***Recommendations** – In the cases when the applicant claim violation of the nondiscrimination/equality principle the Constitutional Court must (obligation not a possibility) inform the Ombudsman and the Council for the protection against discrimination. Similarly, in more complicated cases Constitutional Court must established the practice to consult supranational institutions (ex. Venice Commission).*

**b) Public hearings and the participation in the proceedings of the professional and scientific public** – According the article 30 of the Law on the Constitutional Court there is the possibility to hold a public hearing when the Constitutional Court assess that it is necessary, and especially when there is a complicated – constitutional question. Additionally, according the article 22 of the same law, on the demand of the Constitutional Court, for the reasons of clarification of certain important issues or for expert opinions, certain persons may also participate in the proceedings before the Constitutional Court. The current practice shows that the Constitutional Court is rarely using this possibility.

*Recommendations* – We consider obligatory that the Constitutional Court starts with the subject practice which would significantly improve the quality of its practice. The comparative constitutional practice shows, that especially in more complicated cases, these types of actions significantly contribute to the development of the court case practice. Besides Universities and similar scientific institutions, the Constitutional Court has to additionally develop the cooperation whit the institutions of the civic society.

**c) Ex officio proceedings** - when the Constitutional Court finds the reasons, by its own initiative, and especially when in the course of the proceeding on the constitutional appeal emerge the issue of the constitutionality and legality of a law or other regulation on which basis other individual act which is the subject of the constitutional complaint is delivered, as well as when in the course of the proceeding for review of the constitutionality and legality emerge the issue of the constitutionality, or legality of other provisions or other regulations related to the provisions which are the subject of the review.

*Recommendations* – We consider necessary the improvement of the activism of the Constitutional Court in this field, especially when there is a suspect violation of the nondiscrimination/equality principle, and the breach of the subject principles regarding the application of fundamental freedoms (economic freedoms of movement) which are incorporated in the SAAMN, because of the general lack of knowledge of EU law in the Montenegrin legal system.

**d) Obligatory instructions (guidelines)** – In the comparative constitutional case practice there is a significant activity regarding the providing instructions and guidelines related to issues of current and future legislative and general socio-economic policy. In many cases, on some very important issues, constitutional courts in their decisions give precise and detailed instructions to the executive and legislative authorities, by establishing the obligation that in specific time limits those institutions adopt or amend certain legislation, or to exercise certain activities. The subject activity is very rare in the practice of the Constitutional Court, (ex. decision U-I no. 2/11 delivered on 19. January 2012. contains the opinion that there is a necessity of the legislative activity in the field of same sex partnerships) and in cases where stances of this nature are not precise enough and without specific time limits.

*Recommendations* – We consider obligatory that the Constitutional Court takes more initiative in the legislative process, and also in the whole socio-economic life in Montenegro. In the role of the supreme protector of the constitutionality and legality issues, the clear and precise stances of the Constitutional Court would be of great importance regarding the further development of the Montenegrin legislative framework and practice related to the protection against discrimination. With that goal, the decisions of the Constitutional Court on certain important legal issues must contain precise instructions related to steps that the legislative and executive authorities must perform, and also time limits for those actions.

#### **6.2.2.2. Other state institutions:**

**a) The Parliament** – According the Rules on procedure of the Parliament defined the existence of 14 permanent committees, and four could have competence related to constitutional questions and the fight against discrimination: the Constitutional committee, the Legislative committee, the Human rights committee and the Committee on gender equality. The analysis shows that the Legislative committee has the biggest competences because according the article 39 it consider acts on initiating a procedure for assessment of the constitutionality of laws or constitutionality and legality of other regulations and general acts of the Parliament. Additionally, the Constitutional committee according the article 38a considers general issues of the application of the Constitution. On the other hand, according the article

26 paragraph 1 of the Law on the Constitutional Court this institution has the possibility to demand opinions on the constitutionality of a general legal act from the Parliament. The analysis of the case practice of the Constitutional Court shows that Parliament is totally absent from the proceedings related to constitutionality questions. Namely, notwithstanding that the Constitutional Court has asked in the period 2011-2012 eleven times the opinion of the Parliament, there was no answer on its demands.

Similarly, according the article 34 paragraph 7 of the Rules on procedure of the Government this institution has the same possibility to provide opinions to the Constitutional Court, regarding the issues of constitutionality of general legal acts. Additionally, the Government gives proposals related to the execution of decisions delivered by the Constitutional Court. Surprisingly, notwithstanding the Government has the competence only to propose legislative acts, this institution is the most present in the proceedings before the Constitutional Court. Namely, in the period of 2011-2012 the Government has responded 21 times on 31 demands of the Constitutional Court. It must be added that a number of subject opinions can be found on the official site of the Government. Without examining the content of that opinions, because this is not the subject of this study, it must be given general support to the supreme executive institution for the activism and the participation in the subject procedure.

***Recommendations** – We consider that the practice of the Parliament not to respond to the demands of the Constitutional Court is unacceptable. The legislator must take far more active role in the general context regarding the application of the Constitution, and especially related to nondiscrimination questions. Therefore, it seems necessary to introduce the obligation (not only a possibility) that the Parliament gives it opinion on the demand of the Constitutional Court on constitutionality issues regarding acts that were delivered by this institution.*

**b) The Ombudsman** – The complaint to the Ombudsman represents the basic mechanism in the Montenegrin legal system for the protection against discrimination. Regarding the constitutional issues the Ombudsman according the article 19 of the Law on Ombudsman can initiate the procedure of the assessment of the constitutionality of a general legal act. Additionally,

according to the article 49 paragraph 3 of the Law on the Constitutional Court can lodge a constitutional appeal if there is an approval of the person that filed the complaint against discrimination. The case practice of the Constitutional Court shows that the Ombudsman is insufficiently involved in the proceedings related to the assessment of constitutionality issues, and especially regarding the protection against discrimination. Precisely, the analysis of the Annual Ombudsman reports 2011/2013 shows that the Ombudsman initiated only 3 proceedings on the assessment of the constitutionality of general legal acts, and only two were related to the violation of the nondiscrimination/equality guarantee. On the other side, the analysis of all 125 constitutional appeals in which the Constitutional Court decided by rejecting or adopting the claim of the applicant during 2011/2012 shows that there is no one case that was processed based upon the request of the Ombudsman, in line with the competences from the article 49 of the Law on the Constitutional Court.

***Recommendation** – We consider that the Ombudsman must be more active in the framework of the protection of the constitutional rights and especially regarding the nondiscrimination/equality guarantee, through more frequent lodging of the constitutional appeals and proposals for the constitutionality assessment of general legal acts.*

c) **The President** – Notwithstanding that there is no explicit specification, according to the article 150 paragraph 2 of the Constitution of Montenegro, the President has the possibility to start the proceeding of the constitutionality assessment of a general legal act, and in this way to be an active participant in the whole system of the fight against discrimination. The comparative analysis shows that there are a number of cases, regarding the most significant constitutional issues, which were initiated by the President. On the other hand, the analysis of the Constitutional Court case practice during 2011-2012 shows that there was not a single case initiated by the President.

***Recommendations** – We consider unacceptable the complete absence of the President in the regarding of the assessment of some crucial constitutional and social question in Montenegro. Therefore, the President must be much more involved related to the protection of human rights in general, and especially in antidiscrimination issues.*



d) **Lower court instances** – According the article 44 of the Law on the Constitutional Court if in the proceeding before any lower court instance arise a question of constitutionality related to a general legal act, that court must stop the proceeding and start the preliminary ruling procedure before the Constitutional Court. This obligation is very similar to the obligation which Montenegrin courts will have in relation to CJEU, once when Montenegro becomes a member of the EU related to the assessment of the compatibility of a national provision with EU law. The analysis of the case practice of the Constitutional Court showed that there was not a single proceeding of this kind.

*Recommendation* – *The wording of the Article 44 of the subject Law sets the imperative obligation of a lower court instance to start the preliminary ruling procedure before the Constitutional Court. Therefore, we consider that such behavior of lower court instances must be changed and they must start taking into account the obligation that is prescribed by the article 44 of the Law on Constitutional Court.*

### 6.3.3. THE IMPROVEMENT OF THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

The last part of this chapter is dedicated to proposals for the amendment of the existing legal framework. Hence, what follows are the suggestions for the improvement of the actual legislation related, on one hand to most important general constitutional issues, and on the other hand, to the Montenegrin antidiscrimination system in general.

**6.3.3.1. Just compensation for the violation of human rights** – According the Constitution and the Law on the Constitutional Court this court instance does not have an authorization to decide on the issue of compensation of damages in case that establish the violation of human rights. The only thing that the applicant can do, following the decision challenged by the Constitutional Court, is to start the compensation of damages proceeding in the civil law provisions. The subject legislation solution poses the question if this lack of possibility of the Constitutional Court to adjudicate compensation of damages in line with the demand of effectiveness of the legal remedy. This situation is contrary to

the ECHR case practice and to the practice of several national constitutional courts (ex. Constitutional Court of Serbia)

***Recommendations** – We consider that the Law on Constitutional Court must urgently be changed and with the goal to give to the Constitutional Court the authorization to adjudicate justified compensation to the applicant.*

**6.3.3.2. Time limits for delivering the decision** – The analysis of the Law on the Constitutional Court shows that there are no time limits regarding very important legal actions. The basic time limit set by the article 29 of the subject law is that the Constitutional Court must deliver the decision in 18 months, if there are no other specific time limits.

**a) Decision on the initiative for the constitutionality assessment of a general legal act** – The subject law does not set any time limit in which the Constitutional Court has to deliver the decision about the initiative. This is contrary to the requirement of the effective protection of the applicant rights.

***Recommendations** – The time limit in which the Constitutional Court must decide regarding the initiative must be introduced (ex. 6-12 months). The alternative solution could be that if the applicant collects a certain number of signatures of Montenegrin citizens this must be regarded as if the proposal for the constitutionality review was submitted. Additionally, if the Constitutional Court decides that the initiative is found in the aforementioned time limit of 18 months it must be substituted by a maximum 12 month time limit.*

**b) Delivering the decision of a competent lower court after the decision that the constitutional appeal is funded** – On the basis of the article 57 of the Law on the Constitutional Court, after the Constitutional Court has delivered the decision that the constitutional appeal is found, the competent public body must repeat the procedure at least 30 days from the reception of the subject decision and to decide in a reasonable time limit. We consider that the notion of the reasonable time limit is very broad and that damages the efficient exercise of rights for applicants.

*Recommendations – We consider that this proceeding must be of an urgent nature and that there must be a time limit for a competent public body to deliver the decision not longer than 6 months.*

c) **The possibility for the authority that enacted the disputed regulation to correct the unconstitutionality** - At the request of the authority which enacted the disputed regulation, the Constitutional Court may, before issuing a decision on the constitutionality or legality, stay the proceedings and allow the authority which enacted the general act to correct the unconstitutionality and illegalities found within a specified time-limit. If the unconstitutionality or illegality is not rectified within a specified time-limit, the Constitutional Court shall resume the proceedings. We consider that the possibility that the Constitutional Court sets the time limit for the subject actions is not the best solution. Additionally, in our opinion the mere possibility of the subject authority to correct the suspected unconstitutionality is contrary to the nature of the initiative for the constitutionality review. Additional negative effects of this legislative solution are that the disputed general legal act will be applied until the subject public authority corrects its substance and make it compatible with the Constitution, and that nobody can guarantee that subject legislative changes (new provisions) will be in line with the Constitution.

*Recommendations – We consider that the primary solution has to be the cancelation of the subject possibility for the public authority to correct the unconstitutionality. Alternatively, with the goal to increase the efficiency of the current legislative solution, the proposal is to adopt a system according to which the Constitutional Court must provide detailed guidelines related to the constitutionality issue and point out in which direction the changes must be made. Additionally, the time limit in which this action must be performed can't be longer than 3-6 months.*

**6.3.3.3. The enforcement of the Constitutional Court decisions** – The delivery of the decision by the Constitutional Court doesn't represent the final exercise of the rights for the applicant, because the subject decision must be enforced. According to the article 151 of the Constitution the decision of the Constitutional Court shall be generally binding and enforceable, and when is necessary, the Government shall ensure the enforcement of the decision. This broad definition

of one of the most important issues related the exercise of a subject right – the enforcement procedure, is inadequate solution.

***Recommendation** – It is necessary to amend the Law on the Constitutional Court and to introduce a detailed procedure for the enforcement of decisions. In the comparative constitutional practice an efficient solution of this problem could be found, by giving to the Constitutional Court the possibility to, if need be, adopt a separate legal act in which the precise execution procedure will be determined.*

**6.3.3.4. Agency for the protection against discrimination** – In the Montenegrin legal framework there are two public bodies that has the competences the fight against discrimination. Beside the already mentioned Ombudsman, according the article 27 of the Rules on procedure of the Government, this supreme executive body has established the Council for the protection from discrimination, which has competence in monitoring and developing antidiscrimination policies. After several years of functioning of the mentioned system for the protection against discrimination, because the limited results that they produced, in which those two institutions had the leading role, we consider that there is a need for the improvement of the institutional framework in the subject area.

***Recommendations** – With the goal for the improvement of the whole antidiscrimination system of Montenegro, there is a need for the establishment of a new public body – Agency for the protection against discrimination, which will absorb competences of Ombudsman and the Council for the protection against discrimination.*

ISBN 978-9940-9605-0-6



9 789940 960506 >