

ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI CRNOGORSKOG PRAVOSUĐA



ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U PRAKSI CRNOGORSKOG PRAVOSUĐA

AUTORI:

Doc. dr Ilija Vukčević
mr Milorad Marković

Institut za pravne studije/Centar za demokratiju i ljudska prava
Podgorica, jul 2016. godine.

© Centar za demokratiju i ljudska prava (CEDEM)

Izdavač

Centar za demokratiju i ljudska prava – CEDEM
(www.cedem.me)

Za izdavača

mr Nenad Koprivica

Autori

Doc. dr Ilija Vukčević
mr Milorad Marković

CIP – Каталогизација у публикацији
Национална библиотека Црне Горе, Цетиње

ISBN 978-86-85803-23-9
COBISS.CG-ID 31574544

Ova publikacija je pripremljena u okviru projekta: „Unaprjeđenje prakse Ustavnog suda Crne Gore u pogledu zaštite od diskriminacije“ uz podršku Ambasade Savezne Republike Njemačke u Crnoj Gori. Stavovi iznijeti u ovoj publikaciji predstavljaju isključivu odgovornost autora i ne odražavaju nužno stavove Ambasade Savezne Republike Njemačke u Crnoj Gori.

SADRŽAJ

1. PRAVNI OKVIR ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE.....	5
1.1. MEĐUNARODNOPRAVNI OKVIR ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE	5
1.2. ZABRANA DISKRIMINACIJE U UNUTRAŠNJE PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE.....	6
1.2.1 Ustav	6
1.2.2 Zakonski okvir zaštite od diskriminacije	7
 2. SHVATANJE KONCEPTA DISKRIMINACIJE U PRAKSI CRNOGORSKOG PRAVOSUĐA (KOMPARATIVNA ANALIZA)	 11
2.1. TEST KOMPARACIJE I JEDNAKI TRETMAN (POSTUPANJE).....	12
2.1.1. Pojam identične situacije – „Test komparacije“	13
2.1.2. Pojam jednakog/različitog tretmana (postupanja).....	17
2.1.3. Studija slučaja 1: Da li je moguće primijeniti koncept posredne (indirektne) diskriminacije u praksi crnogorskog pravosuđa?	19
2.2. ZAŠTIĆENI OSNOVI (LIČNA SVOJSTVA)	23
2.3. OPRAVDANJA RAZLIČITOG TRETMANA	24
2.3.1. Ciljevi od opšteg interesa	25
2.3.2. Princip srazmjernosti	27
2.3.3. Studija slučaja 2: Opravdanja i princip srazmjernosti u praksi redovnog pravosuđa.....	31

3. NALAZI ISTRAŽIVANJA	35
3.1. STATISTIČKI PODACI	35
3.2. DOSTUPNOST I OBJAVLJIVANJE SUDSKIH ODLUKA	37
3.2.1. Posebna evidencija	37
3.2.2. Načelo anonimizacije	39
3.3. NEKA PITANJA IZ SUDSKE PRAKSE	40
3.3.1. Diskriminacija lica sa invaliditetom	40
3.3.1.1. Zabrana ponavljanja diskriminacije	40
3.3.1.2. Neujednačenost prakse u vezi sa naknadom štete	44
3.3.2. Zabrana zlostavljanja na radu (mobing)	47
3.3.2.1. Pojam zlostavljanja na radu – mobinga	48
3.3.2.2. Problemi u primjeni nekih koncepata u praksi	50
3.3.3. Zaštita socio-ekonomskih ljudskih prava	53
3.3.3.1. Državljanstvo kao lično svojstvo	53
3.3.3.2. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-I 10/15 od 18.03.2015. godine	56
3.3.3.3. Stambena prava iz radnog odnosa	58
3.3.3.4. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-II-37/16 od 05.06.2016. godine	58
3.3.4. Seksualna orijentacija kao zaštićeni osnov	61
3.3.4.1. Istopolne zajednice u praksi Ustavnog suda Crne Gore i Saveznog Ustavnog suda Njemačke	62
3.3.4.2. Kazneno-pravni aspekti diskriminacije	68
3.3.5. Kršenje sloboda kretanja prava EU	73
3.3.5.1. Primjena prava EU u državama kandidatima	74
3.3.5.2. Pojam osnovnih sloboda (sloboda kretanja)	76
3.3.5.3. Test diskriminacije	80
3.3.5.4. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-I 30/14 od 12.05.2014. godine	86
4. ZAKLJUČCI I PREPORUKE	91

1. PRAVNI OKVIR ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE

1.1. MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE

Crna Gora je ratifikovala sve važnije međunarodne ugovore o ljudskim pravima, uključujući Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i Protokol br.12 uz Konvenciju iz 2000. godine, kojim se proširuje djelovanje zabrane diskriminacije na bilo koje pravo određeno zakonom (ne samo Konvencijom); Pakt o građanskim i političkim pravima i Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, Konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i Konvenciju o pravima djeteta, Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol. Takođe, Crna Gora je potpisnica i Evropske konvencije o sprječavanju mučenja i nečovječnih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima i Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina. Stupanjem na snagu Ugovora iz Amsterdama 1999. godine, stvorila se osnova za buduću nadogradnju antidiskriminacionog okvira u zemljama EU. Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ, od kojih se prva odnosi na primjenu načela jednakog postupanja prema osobama, bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo, a druga na uspostavljanje opšteg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i izboru zanimanja, osigurale su proaktivniji pristup u pogledu usaglašavanja nacionalnog antidiskriminacionog zakonodavstva sa tekovinama EU. Naime, u cilju efikasnije borbe protiv diskriminacije u dijelu primjene spomenutih direktiva, Evropska komisija je oformila mrežu pravnih eksperata za praćenje pet oblasti diskriminacije: rasno i etničko porijeklo, vjeroispovijest, invaliditet, starost i seksualna orijentacija. Važno je spomenuti i Ugovor iz Lisabona koji je stupio na snagu 2009. godine, a koji promovise borbu protiv socijalne isključivosti i diskriminacije, socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost žena i muškaraca, kao i zaštitu prava djeteta.

Crna Gora je u decembru 2010. godine postala kandidat za članstvo u Evropskoj uniji. Kao takva, država se obavezala na postepeno usklađivanje nacionalnog zakonodavstva s pravnom tekovinom Evropske unije, u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju¹ i prioritetima iz Evropskog partnerstva. U procesu pregovora sa EU, Crna Gora je otvorila 24 od 35 poglavlja, od kojih će u dva ključna poglavlja, 23 – Reforma pravosuđa i temeljna prava i 24 – Pravda, sloboda i bezbjednost, pregovori trajati do kraja pregovaračkog procesa.

Nadnacionalni karakter potpisanih i ratifikovanih međunarodnih ugovora i međunarodne pravne tekovine određen je Ustavom Crne Gore, članom 9, koji propisuje da „potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava čine sastavni dio nacionalnog pravnog poretka, imaju primat nad nacionalnim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva“.

1.2. ZABRANA DISKRIMINACIJE U UNUTRAŠNJEM PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE

1.2.1 *Ustav*

Kada govorimo o zabrani diskriminacije u unutrašnjem pravnom sistemu Crne Gore, najprije treba pomenuti Ustav Crne Gore gdje se u članu 8. navodi da je zabranjena svaka, neposredna ili posredna diskriminacija, po bilo kom osnovu. Diskriminacijom se ne smatra uvođenje posebnih mjera, koje su usmjerene na stvaranje uslova za ostvarivanje nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju. Članom 25 Ustava Crne Gore dozvoljava se privremeno ograničenje prava i sloboda, ali se zabranjuje njihovo diskriminatorno ograničavanje na osnovu ličnih svojstava lica ili grupa. Ustavne zabrane izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti, kao i zabrana diskriminatornog postupanja, ne trpe tu vrstu ograničenja. Pojedine odredbe Ustava Crne Gore garantuju posebnu zaštitu pojedinih, osjetljivih kategorija lica. Ustav Crne Gore garantuje omladini, ženama i osobama sa invaliditetom uživanje posebne zaštite na radu (član 64). Članom 68. se jemči posebna zaštita prava osoba sa invaliditetom, porodica uživa posebnu zaštitu, a u pravima i slobodama izjednačena su djeca rođena u braku i van braka (član 72), dok se djetetu jemči posebna zaštita od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i drugog iskorišćavanja i zloupotrebe (član 74) i sl.

1 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) Crna Gora je potpisala 15. oktobra 2007. godine, koji je nakon ratifikacija od strane zemalja članica EU na snagu stupio 1. maja 2010. godine.

1.2.2 Zakonski okvir zaštite od diskriminacije

Dalja razgradnja materijalnopravnog okvira kojim se uređuju prava lica izloženih diskriminaciji, kao i sam postupak zaštite od diskriminacije je obezbijeđen nacionalnim zakonodavstvom. Posebnim zakonima se regulišu rodna ravnopravnost, zaštita osoba sa invaliditetom, zdravstvena i socijalna zaštita, oblast zapošljavanja i radnih odnosa, zaštita na radu, penzijsko i invalidsko osiguranje, obrazovanje, mediji, porodični odnosi kao i druge oblasti u kojima je diskriminacija moguća. U daljem tekstu ćemo napraviti osvrt na neke od njih, sa posebnim akcentom na Zakon o zabrani diskriminacije². Zakon o zabrani diskriminacije, kao ključni zakon kojim se uspostavlja sistem zaštite od diskriminacije, je stupio na snagu avgusta 2010. godine. Ovim Zakonom se definiše posredna i neposredna diskriminacija, a uvode se i posebni oblici diskriminacije koji nijesu tretirani setom drugih antidiskriminacionih zakona. Shodno članu 2, stav 2 ovog Zakona:

„Diskriminacija je svako neopravdano, pravno ili faktičko, neposredno ili posredno pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje postupanja prema jednom licu, odnosno grupi lica u odnosu na druga lica, kao i isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva nekom licu u odnosu na druga lica, koje se zasniva na rasi, boji kože, nacionalnoj pripadnosti, društvenom ili etničkom porijeklu, vezi sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jeziku, vjeri ili uvjerenju, političkom ili drugom mišljenju, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, zdravstvenom stanju, invaliditetu, starosnoj dobi, imovnom stanju, bračnom ili porodičnom stanju, pripadnosti grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugim ličnim svojstvima.“

Lista osnova diskriminacije po kojima je diskriminacija, shodno odredbama Zakona o zabrani diskriminacije zabranjena, nije konačna. Zakon zabranjuje diskriminaciju po osnovu invaliditeta, pola, nacionalnosti, starosti, rase, religije, jezika, nacionalnog ili socijalnog porijekla, političkih ili drugih uvjerenja, imovnog stanja, kao i bilo kojeg drugog ličnog svojstva. Osnovi diskriminacije nisu u potpunosti definisani u nacionalnom zakonodavstvu. Međutim, kada su u pitanju rasno ili etničko porijeklo, invaliditet, religijsko i drugo uvjerenje, seksualna orijentacija, Zakonom o zaštiti od diskriminacije, ali i drugim antidiskriminatornim zakonima se obezbjeđuju definicije spomenutih osnova diskriminacije. Oblasti u kojima se ista zabranjuje i u kojima se garantuje zaštita od diskriminacije su oblast zapošljavanja, profesionalne rehabilitacije, obrazovanja, socijalne zaštite, korišćenja javnih površina i objekata i pružanja zdravstvene zaštite. Višestruka diskriminacija je definisana Zakonom kao teži

2 „Službeni list Crne Gore“, br. 46/10, 18/14

oblik diskriminacije počinjene protiv iste osobe ili grupe osoba po više osnova diskriminacije. Ipak, Zakonom nisu propisane kaznene odredbe koje bi za cilj imale sankcionisanje diskriminatornog ponašanja prema osobi ili grupi po više osnova diskriminacije.

Zakonom se regulišu uloga i nadležnost Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore, sudova i organa za prekršaje, kao institucionalnih mehanizama zaštite od diskriminacije ali i inspekcijski nadzor nad sprovođenjem Zakona. Ipak, nakon što je Evropska komisija dala mišljenje da Zakon o zabrani diskriminacije nije u potpunosti usaglašen sa evropskim zakonodavstvom, 2014. godine se pristupilo donošenju izmjena i dopuna ovog Zakona. Ključne izmjene kojima se unaprijedio sistemski zakon za zaštitu od diskriminacije se odnose na: promociju jednakosti i primjenu načela ravnopravnosti lica bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo; definisanje zabrane rasne diskriminacije i uvođenje seksualnog uznemiravanja kao posebnog oblika diskriminacije; definisanje djela pomaganja kao diskriminatornog ponašanja, kao i uvođenje pojma „najava“ diskriminatornog djelovanja. Izmjene Zakona su donijele i novine u pogledu proširivanja ovlašćenja i nadležnosti Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore kao nacionalnog mehanizma zaštite od diskriminacije, a precizira se i mogućnost podnošenja tužbe od strane drugih lica, sa namjerom da neposredno provjere primjenu pravila o zabrani diskriminacije. Poseban značaj Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije se ogleda u propisivanju obaveze sudovima, državnim tužilaštvima, organu za prekršaje, organu nadležnom za policijske poslove i inspekcijskim organima, da vode evidenciju o slučajevima diskriminacije.

Zaštita od diskriminacije osoba sa invaliditetom je regulisana posebnim zakonima – Zakonom o zabrani diskriminacije lica sa invaliditetom³, kao i Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom⁴. Takođe, ovdje treba spomenuti i Zakon o kretanju lica s invaliditetom uz pomoć psa pomagača⁵, kojim se uređuje pravo lica sa invaliditetom da sa psom vodičem koristi sva prevozna sredstva, kao i mogućnost slobodnog pristupa i boravka ovih lica na javnom i radnom mjestu. Zakonom o povlastici na putovanje lica sa invaliditetom⁶ se reguliše pravo lica sa invaliditetom na povlasticu u drumskom i željezničkom saobraćaju, postupak za ostvarivanje prava na povlasticu na putovanje, kao i kaznena politika u slučaju ostvarivanja ovog prava suprotno odredbama Zakona. Zakon o zabrani diskriminacije lica sa invaliditetom je novi zakon koji je usvojen u julu 2015. godine sa ciljem usaglašavanja zakon-

3 „Službeni list Crne Gore“, br. 35/2015

4 „Službeni list Crne Gore“, br. 49/08, 73/10, 39/11

5 „Službeni list Crne Gore“, br. 76/09

6 „Službeni list Crne Gore“, br. 80/08, 10/15

skog okvira zaštite od diskriminacije lica sa invaliditetom sa međunarodnim dokumentima i standardima, primarno sa UN Konvencijom o pravima lica sa invaliditetom. Novim Zakonom su usaglašene definicije i terminologija kada je u pitanju zaštita od diskriminacije osoba s invaliditetom i uvedene odredbe koje osiguravaju veću odgovornost počinitelaca diskriminatornog ponašanja prema osobama sa invaliditetom pred pravosudnim organima. Ipak, najnovija Vladina Analiza o usklađenosti propisa sa Zakonom o zaštiti od diskriminacije lica sa invaliditetom (januar 2016.), koju je pripremila radna grupa sastavljena od predstavnika relevantnih državnih institucija i nevladinih organizacija, je pokazala da ovaj zakon nije usklađen sa oko 30 nacionalnih zakonskih propisa, te da je potrebno njegovo dalje usaglašavanje na nivou unutrašnjeg zakonodavnog okvira. Nevladine organizacije koje su učestvovalе u radu radne grupe iskazale su nezadovoljstvo u pogledu transparentnosti u procesu izrade i donošenja ove analize.

Zakonom o manjinskim pravima i slobodama garantuje se ravnopravnost pripadnika nacionalnih i etničkih grupa u Crnoj Gori i propisuje se njihova jednaka zakonska zaštita. Zakonom je propisana zabrana preduzimanja mjera i aktivnosti kojima bi se promijenila struktura stanovništva na područjima na kojima žive pripadnici manjina, a koje imaju za cilj ograničavanje zakonskih prava i sloboda. Zakonom se uređuje i rad, izbor i funkcionisanje Savjeta nacionalnih manjina, čija je primarna uloga implementacija aktivnosti sa ciljem unaprijeđenja položaja, prava i sloboda manjinskih zajednica u Crnoj Gori. Zaštitnik ljudskih prava i sloboda je u Izvještaju za 2013. godinu ukazao na problem politizacije Savjeta nacionalnih manjina, s obzirom na činjenicu da su ta tjela sastavljena od političkih predstavnika koji donose svoje konačne odluke i inicirao izmjene i dopune Zakona u ovom pogledu. Inicijativom, koja je upućena Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, je ukazano da je „neophodno preispitati odredbe o sastavu i broju članova savjeta nacionalnih zajednica po funkciji koji se biraju po automatizmu, jer ovakav način izbora nije slobodan i neposredan i daje primat predstavnicima javne vlasti iz sastava političkih partija, nasuprot primjeni opšteg principa transparentnosti na opštim, slobodnim i neposrednim izborima u okviru manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica“. Takođe, Zaštitnik je ukazao i na potrebu „preispitivanja odredbi koje se odnose na Fond za zaštitu i ostvarivanje manjinskih prava, odnosno preispitivanja statusa, nadležnosti, organizacije, načina rada i odlučivanja, finansiranja, kontrole rada i drugih pitanja od značaja za njegov rad.“ OSCE/ODIHR je takođe, u okviru BPRI projekta⁷, potvrdio neophodnost depolitizacije savjeta nacionalnih i ma-

7 BPRI (Best Practices for Roma Integration) je regionalni projekat koji je finansiran od strane Evropske unije, uz podršku država članica OSCE, a sprovedla ga je Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava (ODIHR). Projekat je završen u martu, 2014. godine. Analiza preporuka koja je pripremljena u okviru projekta

njinskih zajednica i podnio preporuke Vladi Crne Gore vezano za donošenje izmjena i dopuna Zakona o manjinskim pravima i slobodama, kako bi se na adekvatan način obezbijedila primjena načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovu političku pripadnost i rasno ili etničko porijeklo. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o manjinskim pravima i slobodama u toku 2015. godine bio je dva puta na dnevnom redu Skupštine Crne Gore, ali nije dobio potrebnu većinu, zbog čega je povučen iz skupštinske procedure.

predstavlja podršku Ministarstvu za ljudska i manjinska prava u pripremi zakonskih izmjena i dopuna koje se odnose na unaprijeđenje odredbi o izboru članova savjeta nacionalnih manjina, naroda ili drugih manjinskih zajednica.

2. SHVATANJE KONCEPTA DISKRIMINACIJE U PRAKSI CRNOGORSKOG PRAVOSUĐA (KOMPARATIVNA ANALIZA)

Kada je riječ o praksi crnogorskog pravosuđa u pogledu analize povrede načela nediskriminacije/jednakosti pred zakonom, ista se prije svega zasniva 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.“⁸

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

8 Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U – I br. 3/09.

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 postojanja diskriminacije nije neophodan:

„Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u odredbama člana 14, 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. Za razliku od člana 14. Konvencije⁹, koji zabranjuje diskriminaciju u uživanju prava i sloboda priznatih u samoj Konvenciji, član 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju¹⁰ je »samostalna« odredba (»free standing« provision), koja zabranjuje da javna vlast diskriminiše bilo koga »u uživanju svih prava određenih zakonom« na bilo kojoj diskriminatornoj osnovi.”¹¹

2.1. TEST KOMPARACIJE I JEDNAKI TRETMAN (POSTUPANJE)

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

-
- 9 „Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom obezbjeđuje se bez diskriminacije 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.“
- 10 1. „Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovijesti, političkom i drugom uvjerenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu, povezanosti s nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu.“
2. „Javne vlasti neće ni prema kome vršiti diskriminaciju po osnovima kao što su oni pomenuti u stavu 1.“
- 11 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 49/11 i 59/11, 8.2.

2.1.1. Pojam identične situacije – „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:

„Takode, treba istaci da tuzilje, ne samo da nijesu ucinile vjerovatnim akt diskriminacije, nego nijesu identifikovale osobu ili grupu osoba (tzv. uporedivace) u odnosu na koje bi se utvrdilo razlicito postupanje u slicnim ili istim situacijama, na koji nacin bi se mogla utvrdivati dostupnost određenim pravima tužilja u odnosu na „uporedivace“, jer diskriminacija postoji u slucajevima kada se razlicito tretiraju osobe u istim slucajevima, bez postojanja objektivnog i razumnog opravdanja, ili onda kada se bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju razlicito ljudi koji se nalaze u bitno razlicitim situacijama (slucaj ESLJP, Thlimmenos protiv Grčke)...“¹²

Slicno, Viši sud u Podgorici smatra da je komparacija prvi korak u postupku ocjene postojanja diskriminacije:

„Prvi uslov za odredivanje diskriminacije je dokaz o nepovoljnom postupanju koje se ne može uporediti sa postupanjem prema drugoj osobi u slicnoj situaciji. Stoga je pretpostavljena zrtva diskriminacije duzna da ucini vjerovatnim da postoje osobe sa kojima se povoljnije postupalo ili bi se povoljnije postupalo, a da je pri tome jedina razlika izmedu njih jedan od osnova iz čl. 5 Zakona o radu, odnosno čl. 2 Zakona o zabrani diskriminacije, tj. da je osnov vršenja diskriminacije neko licno svojstvo diskriminisanog subjekta.“¹³

„Test komparacije“ se u praksi Ustavnog suda formalno javlja u slicnom obliku, kako u praksi najvisih nacionalnih sudskih instanci, tako i nadnacionalnih sudova. Ustavni sud u svojoj praksi obicno definiše ovaj princip kao:

„Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju...“¹⁴

12 Osnovni sud u Podgorici (26.11.2012) P.br. 768/11.

13 Viši sud u Podgorici, Gž.br. 3412/15, 23.02.2016. godine.

14 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

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

„...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 takse¹⁵.“

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 osiguranju¹⁶. 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...“¹⁷

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. 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 zahtijeva i različit tretman,

15 Ustavni sud Srbije (27.11.2003) IU-275/2002.

16 Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, „Službeni list Republike Crne Gore“, br. 79/08.

17 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

odnosno povoljniji tretman manjinskih naroda. Obrnutom logikom dolazimo do zaključka i da dvije, u pravnom smislu različite situacije, mogu suštinski u praksi rezultirati identičnim faktičkim položajem – „faktička jednakost“, te zahtijevati i identičan tretman u cilju poštovanja načela jednakosti odnosno nediskriminacije.

Čak i sudska praksa Ustavnog suda Crne Gore, u kojoj se 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...“¹⁸

Dodatni problem ovakvog stanovišta Ustavnog suda je da ono načelno isključuje mogućnost postojanja indirektno diskriminacije. Kao što će to u trećem dijelu studije biti detaljno 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 prezentovanih od strane strana u postupku u cilju utvrđivanja razlike u tretmanu između grupa (muškaraca i žena) u sličnim situacijama...“¹⁹

Slično, i SPEU smatra da čak i neke odredbe koje su na prvi pogled nediskriminatorne, mogu biti primjenjivane na diskriminatoran način.²⁰ SPEU u slučaju *Riviera Auto Service*, pravi jasnu razliku između ove dvije situacije:

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

18 Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U – I br. 3/09.

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

20 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...*²¹

U zavisnosti od činjenica u predmetu, SPEU nekada stavlja akcenat na pravnu situaciju (npr. slučaj *Royal Bank of Scotland*²²), a nekada na faktičku situaciju slučaja (npr. slučaj *Schumacker*²³). 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 primjenjuju na nacionalna pravila...i utiču, na isti način, na osnovu zakona ili faktičke situacije, na prodaju domaćih proizvoda i proizvoda iz drugih država članica...”*²⁴

Dakle, SPEU prevazilazi poređenje čisto pravnih 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 kojima je riječ u objektivno uporedivoj situaciji...”*²⁵

Ovakve principe je moguće 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. argentinsko pravosuđe konzistentno tvrdi da princip jednakosti podrazumijeva jednakost između onih koji se nalaze u istom pravnom ili faktičkom (činjeničnom) položaju.²⁶

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

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

23 SPEU, 279/93 *Roland Schumacker v Finanzamt Köln-Altstadt*, pasus 36.

24 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.

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

26 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 kojima 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 osiguranju²⁷. U ovom predmetu Ustavni sud je zanemario činjenicu da su osiguranici stekli prava, u pravnom smislu, na 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 stižu 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.“²⁸

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.

2.1.2. Pojam jednakog/različitog tretmana (postupanja)

Slično, u slučaju analize pitanja komparacije dvije situacije, postavlja se pitanje šta Ustavni sud podrazumijeva pod jednakim tretmanom (postupanjem): da li je riječ o isključivo pravnom ili faktičkom tretmanu? Drugim riječima, da li 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 instanca prije svega ima u vidu identičnost pravnog tretmana (postupanja):

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

28 Ustavni sud Crne Gore (31. januar 2007) U. br. 18/06, 23/06, 26/06 i 31/06.

„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.“²⁹

Međutim, detaljnijom analizom se može doći do zaključka da, između redova, iako 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 Vojski Crne Gore³⁰. 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 proizilazi da vojni dodatak i poseban vojni dodatak, predstavljaju sastavni dio mjesečne zarade lica, koja svoj rad u službi Vojske Crne Gore, obavlja pod posebnim uslovima (...) ili obavlja 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 prekorao svoja ovlaštenja za uređivanje ovog pitanja, niti je povrijedio ustavne principe na koje se ukazuje podnijetom inicijativom.“³¹

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 aranžmana, 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

29 Ustavni sud Crne Gore (28. januar 2010) U.br.111/08.

30 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vojski Crne Gore „Službeni list Crne Gore“, br. 75/10.

31 Ustavni sud Crne Gore (18. oktobar 2012) U – I br. 4/11.

manje bitno hoće li biti podvrgnuti jednom ili drugom pravnom režimu, već je odlučujuće kakvi će biti efekti nakon njihove primjene.

Potvrdu ovih stavova nalazimo i u praksi 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*³², u kome je SPEU zauzeo stav da država članica ima slobodu da u identičnim situacijama koristi različite pravne režime, ukoliko oni proizvode identična dejstva.

2.1.3. Studija slučaja: Da li je moguće primijeniti koncept posredne (indirektne) diskriminacije u praksi crnogorskog pravosuđa?

Pravni osnov zabrane posredne diskriminacije se nalazi u članu 8. Ustava, dok Zakon o zabrani diskriminacije daje 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.³³

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, usvojenom 1989. godine-dok. UN HRI/GEN71REV8, str. 185-188.), termin „diskriminacija“ označava bilo kakvo razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti zasnovane na osnovama kao što su rasa, 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 po-

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

33 Član 2 stav 4 Zakona o zabrani diskriminacije „Službeni list Crne Gore, broj 46/2010“.

srednu 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.“³⁴

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

Indirektna (posredna) 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.³⁵ Slično, na osnovu EU direktiva, indirektna diskriminacija je u načelu definisana kao situacija u kojoj se određena neutralna (formulisana bez diskriminacije) odredba primjenjuje bez pravljenja razlike na lica u različitim situacijama.

Jedan od najboljih slučajeva za razumijevanje koncepta indirektna diskriminacije iz prakse ESLJP, po našem mišljenju, jeste *Thlimmenos v. Greece*³⁶, 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 trebalo 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 počinilaca krivičnih djela.

34 Ustavni sud Crne Gore (19. januar 2012) U-I br. 2/11.

35 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.

36 ESLJP, *Thlimmenos v. Greece* (6. april 2000) br. 34369/97.

ESLJP je prepoznao ovaj vid diskriminacije što je obrazložio na sljedeći 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.“³⁷

Dakle, zamjerka ESLJP je u tome što ovo lice nije tretirano upravo različito. Nakon što je utvrđen sporan tretman, ESLJP je pristupio analizi postojanja 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 počinitelaca 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, podrila sposobnost izvršioca krivičnog djela da se tom profesijom bavi... Sud, isto tako, primjećuje 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...“³⁸

Iz svega navedenog, ESLJP donosi zaključak da je sporno zakonodavstvo diskriminatorsko, 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, za pravo 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

37 Ibid, pasus 44.

38 Ibid, pasus 47.

*razloga, Sud zaključuje da je prekršen član 14 Konvencije u vezi sa članom 9 Konvencije.*³⁹

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 istima 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 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.“⁴⁰

Nakon analize shvatanja posredne diskriminacije od strane ESLJP, postavlja se pitanje da li je uopšte moguće ovakav koncept primijeniti u praksi crnogorskog pravosuđa. Drugim riječima, postoji dilema kako isti pomiriti sa pojmom „identične pravne situacije“ Ustavnog suda Crne Gore:

„...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

39 *Ibid*, pasus 48-49.

40 ESLJP, *Nachova and others v. Bulgaria* (06. jul 2005) br. 43577/98 i 43579/98, pasus 160.2.

*jednakost građana u apsolutnom smislu, već garantuje jednakost građana koji se nalaze u identičnim pravnim situacijama...*⁴¹

Posrednu diskriminaciju, u suštini, čini identičan pravni tretman lica koja se nalaze u identičnoj pravnoj situaciji. Međutim, iako podvrgnuti identičnom pravnom tretmanu, okolnosti slučaja mogu dovesti do toga da je identičan pravni tretman u stvari diskriminatoran. U tom kontekstu najbolje je pomenuti presudu ESLJP u predmetu *Thlimmenos v. Greece*, u kome su sva lica koja su krivično osuđivana, bila onemogućena da steknu status računovođe na osnovu grčkih propisa. Dakle, sva lica u identičnoj situaciji (krivično osuđivani) su bila tretirana na identičan način (nemogućnost sticanja zvanja računovođe). ESLJP je smatrao da u ovom slučaju postoji diskriminacija upravo zato što je grčki zakonodavac propustio da različito tretira sva lica koja su krivično osuđivana, dakle koja se nalaze u identičnoj pravnoj situaciji:

*„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.”*⁴²

Stoga, činjenica da ESLJP smatra da je u određenim situacijama opravdano i srazmjerno postojanje izuzetaka od jednakog tretmana u identičnim situacijama, jeste u suprotnosti sa krutim razumijevanjem koncepta diskriminacije iz prakse Ustavnog suda:

*„Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju...”*⁴³

2.2. ZAŠTIĆENI OSNOVI (LIČNA SVOJSTVA)

Bitno je naglasiti, a u vezi sa praksom Ustavnog suda kao i redovnog pravosuđa, da enumeracija zaštićenih osnova (ličnih svojstava) diskriminacije koja se sreće u međunarodnim dokumentima nije definitivna. Kada je riječ o crnogorskom pravnom sistemu najdetaljnija enumeracija zaštićenih osnova se srijeće u Zakonu o zabrani diskriminacije. Preciznije, pravosudni organi se najčešće drže ove enumeracije zaštićenih osnova sadržane u odredbama člana 2. stavovi 2 i 3 predmetnog zakona, a koje propisuju da je diskriminacija svako neopravdano, pravno ili faktičko, neposredno ili posredno pravljenje razlike ili nejednako

41 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

42 ESLJP, *Thlimmenos v. Greece* (6. april 2000) br. 34369/97, pasus 48-49.

43 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

postupanje, odnosno propuštanje postupanja prema jednom licu, odnosno grupi lica u odnosu na druga lica, kao i isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva nekom licu u odnosu na druga lica, koje se, pored ostalog, zasniva na:

„...rasi, boji kože, nacionalnoj pripadnosti, društvenom ili etničkom porijeklu, vezi sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jeziku, vjeri ili uvjerenju, političkom ili drugom mišljenju, polu rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, zdravstvenom stanju, invaliditetu, starosnoj dobi, imovnom stanju, bračnom ili porodičnom stanju, pripadnosti grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugim ličnim svojstvima.“⁴⁴

Sa druge strane, iz načela jednakosti, garantovanog odredbom člana 17. stav 2 Ustava, za donosioca propisa, takođe, proizlazi obaveza zabrane proizvoljnog postupanja, „bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo“. Takođe, svaka od enumeracija koju je moguće naći i u svim međunarodnim dokumentima se završava pojmom „drugi status“, što ostavlja nacionalnom pravosuđu da u svojoj praksi usvoji i izgradi i druge zaštićene osnove koji nisu eksplicitno pomenuti. Dakle, kako Ustavni sud, tako i redovno pravosuđe, značajno uvećavaju broj mogućih zaštićenih osnova te na taj način proširuju opseg zaštite za lica koja ukazuju na eventualno postojanje diskriminacije. Ova činjenica je potvrđena eksplicitno stavovima Ustavnog suda:

„Evropski sud za ljudska prava je u svojim presudama, u skladu sa formulacijom »drugi status«, ustanovio i druge diskriminatorne osnove, koji nijesu konačni. U kategoriju »drugi status«, u suštini, spada sve ono drugo što nije već navedeno u članu 14. Konvencije.“⁴⁵

2.3. 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

44 Viši sud u Podgorici, Gž. br. 1141/15, 03.11.2015. godine.

45 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 49/11 i 59/11, 25. decembar 2014. godine.

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 diskriminatorskim 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 Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (presuda Stec and Others v. the United Kingdom GC, od 12. aprila 2006. godine)...“⁴⁶

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?“⁴⁷

2.3.1. Ciljevi od opšteg interesa

Kada je riječ o praksi ESLJP, u većini predmeta se 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*.⁴⁸ U ovom predmetu ESLJP je odbacio opravdanje od opšteg interesa francuskih vlasti vezan za pravilo „kvalifikovanja pravnih lijekova“:

„U pogledu argumenta koji se tiče primjene pravila „kvalifikovanja pravnih lijekova“, Sud...ne vidi niti jedan razlog da usvoji suprotan pristup kada je u pitanju ‘opšti interes’“⁴⁹

46 Ustavni sud Crne Gore (1. mart 2012) UŽ-III br. 416/10.

47 Ustavni sud Hrvatske (24 Novembar 2009) U-IP/3820/2009.

48 Rusen Ergeç: Taxation and Property Rights under the European Convention on Human Rights, INTERTAX, Volume 39, Issue 1, 2011, Kluwer Law International, str. 5.

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

Sa druge strane, upravo suprotno, SPEU je uvijek ponavljao načelan stav da opravdanja dostupna na osnovu UFEU moraju biti 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...”⁵⁰

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 nastanjivanje 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.”⁵¹

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

„Zakon, po mišljenju 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.”⁵²

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...”⁵³

50 SPEU, 36/75 Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, summary 2-3.

51 Član 66 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Crne Gore.

52 Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012) U-I br. 15/12 i 17/12.

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

2.3.2. Princip srazmjernosti

Mišljenja smo da poseban akcenat u analizi treba staviti na princip srazmjernosti/proporcionalnosti, jer se isti 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 Zakon o opštem upravnom postupku u kome je prikriven 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 postiže cilj zakona.“⁵⁴

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

„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.“⁵⁵

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).“⁵⁶

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

54 Član 5 stav 3 Zakona o opštem upravnom postupku, „Sl. list RCG“, br. 60/03, „Sl. list Crne Gore“, br. 32/11.

55 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

56 Ustavni sud Crne Gore (9. oktobar 2012) U-I br. 15/12 i 17/12.

„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.“⁵⁷

Shodno navedenom, kada je riječ o primjeni principa proporcionalnosti u konkretnim predmetima, isti najčešće služi Ustavnom sudu kao kriterijum prilikom 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 ovlaštenja propisanih Ustavom i Evropskom konvencijom, jer je obim ograničenja u srazmjeri sa ciljem zbog kojeg je to ograničenje propisano.“⁵⁸

Generalno, princip proporcionalnosti je u savremenim pravnim sistemima inspirisan idejama koje čine temelj liberalne demokratije, a posebno, brige o zaštiti pojedinca *vis-à-vis* države i premise da zakonska intervencija mora biti prikladna postizanju njenih ciljeva.⁵⁹ 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:

„...Mješanje 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...“⁶⁰

Princip proporcionalnosti je široko prihvaćen kao postupak u upravljanju sporovima koji uključuju sukob između dva prava pojedinaca i državnog ili javnog

57 Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-I br. 13/14.

58 Ustavni sud Crne Gore (17. jul 2009) U.br.67/09.

59 Jurgén Swarze: European Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1992, str. 679.

60 Ustavni sud Crne Gore (20. decembar 2012) U-I br. 23/10.

interesa.⁶¹ 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...“⁶²

Dakle, za ono što se može postići blažim sredstvima ne može se za stranku u postupku upotrebljavati teže odnosno restriktivnije sredstvo.⁶³ 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).“⁶⁴

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 broj koji su u potpunosti priznati – čine dio koncepta 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 odstupa.“⁶⁵

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

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

62 Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-I br. 13/14.

63 Sreten Ivanović: Komentar zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom, Specijal Podgorica, 2005, str. 13.

64 Ustavni sud Crne Gore (30. maj 2014) U-I br. 13/14.

65 Mišljenje AG Mr Trabucchi u slučaju 4/73 Nold v Commision, str. 513.

*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...*⁶⁶

Kada je riječ o utemeljenju principa proporcionalnosti 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*⁶⁷, koji se ticao ustavne materije, prvi put u sudskoj praksi SPEU pominje princip proporcionalnosti.⁶⁸ 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...”*⁶⁹

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.⁷⁰

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

66 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.

67 SPEU, 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Frankfurt-amMain

68 Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins: *European Union Law: Text and Materials*, Cembidge University Press, 2008, str. 448.

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

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

ispunjavanja njihovih obaveza na osnovu Evropske konvencije.⁷¹ 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 zakonodavac ima široka ovlašćenja u sprovođenju socijalnih i ekonomskih politika.“⁷²

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 procjene činjenično stanje i prema njemu utvrde način na koji će primijeniti međunarodno pravo ljudskih prava.“⁷³

2.3.3. Studija slučaja: Opravdanja i princip srazmjernosti u praksi redovnog pravosuđa

Kada je riječ o praksi redovnog pravosuđa u pogledu primjene opravdanja od opšteg interesa, kao posebnog dijela analize postojanja diskriminacije, praktično da je nemoguće pronaći. Za to postoje dva razloga. Prvi je što je u praksi redovnog pravosuđa jako teško naići na predmet u kojem je utvrđeno postojanje lica koja se nalaze u identičnoj situaciji (komparacija) a koja su tretirana na različit način, što bi rezultiralo obavezom da sud preispita da li postoje valjana opravdanja koja bi omogućila da se predmetni različit tretman ne okarakteriše kao diskriminacija. Drugi je što i ako u nekoj presudi možemo naići na neke obrise analize postojanja opravdanja od opšteg interesa, sud to radi na indirektan i

71 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.

72 ESLjP, *Intersplav v. Ukraine*, (9. januar 2007), br. 803/02, pasus 38.

73 Ustavni sud Crne Gore (12. jul 2012) U-I br. 29/11 i 4/12.

često zavijen način, usljed nedovoljnog poznavanja koncepta diskriminacije, odnosno svih djelova analize u postupku utvrđivanja povrede ovog načela.

Kao primjer slučaja u kojem je moguće smatrati da se sud upustio u razmatranje postojanja opravdanja od opšteg interesa je onaj u kojem je preispitana opravdanost angažmana inostranog kadra za rad u jednoj domaćoj medicinskoj instituciji:

„Iz iskaza navedenog svjedoka proizilazi da su stručnost i kvalifikacije koje je imao dr. N. te nepostojanje stručnjaka iz oblasti kardiohirurgije u Kliničkom centru, kao i velika novčana sredstva koja su trošena za liječenje pacijenata u zdravstvenim ustanovama van Crne Gore, uslovile da se angažuje dr. N. i sa njim zaključi Ugovor br. 626, koji je potpisan uz saglasnost drugotuženog, a koji je i vršio isplate po navedenom ugovoru...”⁷⁴

Dakle, za razliku od prakse Ustavnog suda Crne Gore u praksi redovnog pravosuđa teško je naći predmet u kome nadležni sud jasno i precizno analizira mogućnost opravdanja postojanja različitog tretmana, kao i primjenu testa proporcionalnosti. Ovaj korak u postupku ocjene diskriminacije često se nalazi sakriven u okviru presuda, odnosno nedovoljno obrazložen. Primjer u kojem je moguće naići na obrise mogućnosti opravdanja različitog tretmana, zajedno sa testom proporcionalnosti, jeste predmet koji se ticao mogućnosti zasnivanja radnog odnosa putem javnog konkursa. Tužilac osnovanost zahtjeva temelji na tvrdnji da je bolji kandidat od izabranog, da se radi o samovolji članova Upravnog odbora prilikom izbora njegovog protivkandidata, te da je diskriminisan zbog svoje starosne dobi jer je u zapisniku sa sjednice Upravnog odbora tužene po ranijem konkursu konstatovano da se radi o starijoj osobi na zalasku karijere koja već duže vrijeme nije u radnom odnosu na traženim ili sličnim poslovima. Iako je jasno da tužitelj nije izabran na konkursu zbog starosne dobi, što predstavlja zaštićeni osnov u pogledu zabrane diskriminacije, Viši sud u Podgorici je smatrao da je poslodavac imao opravdanje u okviru svojih diskrecionih ovlaštenja da donese ovakvu odluku:

„...da je Upravni odbor jednoglasno donio odluku da se za tehničkog direktora izabere S. A., smatrajući da će njegovim izborom firma dobiti kvalitetnog i mladog stručnjaka na duži period što je veoma važno zbog planiranih aktivnosti i projekata ubuduće, da ima potrebno radno iskustvo te licencu za izradu projekata mašinskih instalacija, uređaja i postrojenja izdatu od strane Ministarstva uređenja prostora i zaštite životne sredine Upravnog odbora kao organa nadležnog za donošenje odluke po objavljenom konkursu da po sopstvenom nađodjenju izvrši izbor između prijavljenih kandidata koji ispunja-

74 Viši sud u Podgorici, Gž. br. 3412/15, 23.02.2016. godine.

vaju uslove tražene konkursom, br. 05-1266/1 od 13.04.2010. godine. Dakle, nedokazani su navodi tužioca da se radi o samovolji članova Upravnog odbora, jer diskreciono pravo nije bezuslovno već je ograničeno interesom tuženog i koji interes tuženog u izboru ovog kandidata Upravni odbor obrazlaže dovoljnim razlozima kako na sjednici upravnog odbora, tako i u pobijanim odlukama.”⁷⁵

Iako se kod redovnog pravosuđa ne može naići na precizno određenje opravdanja različitog tretmana kao koraka u postupku ocjene postojanja eventualne diskriminacije, što npr. Ustavni sud radi na veoma jasan način pozivajući se na praksu ESLJP, navedene stavove Višeg suda u Podgorici najvjerojatnije je moguće okarakterisati kao neku vrstu „testa proporcionalnosti“. Naime, u skladu sa praksom ESLJP prilikom ocjene o postojanju diskriminacije u dijelu koji se odnosi na *utvrđivanja postojanja legitimnog cilja i proporcionalnosti* postoji određeni nivo diskrecionih ovlaštenja, odnosno „slobodne procjene“ (*margin of appreciation*). U ovom kontekstu moguće je tumačiti pojmove „diskreciona prava“ i „dovoljnim razlozima“ koja nadležni Viši sud daje poslodavcu u postupku izbora između kandidata na konkursu.

Sljedeći slučaj koji može poslužiti u razumijevanju problematike nedovoljno adekvatnog formulisanja opravdanja različitog tretmana u praksi redovnog pravosuđa jeste onaj koji se ticao rješavanja stambenih pitanja na osnovu prava iz radnog odnosa. U ovom predmetu tužitelj je smatrao da je žrtva diskriminacije jer mu na adekvatan način nije riješeno stambeno pitanje. Naime, odredbama Pravilnika o rješavanju stambenih potreba zaposlenih kod tuženog je propisano da društvo može riješiti stambenu potrebu mimo postupka utvrđenog pravilnikom, između ostalih slučajeva, zaposlenom koji odlazi u penziju a nema adekvatno riješeno stambeno pitanje, pod uslovima da ima najmanje 25 godina radnog staža u društvu i da je podnio zahtjev za rješavanje stambenih pitanja prije odlaska u penziju. U ovom slučaju tužitelj je ispunjavao predmetne kriterijume ali poslodavac nije donio odluku da mu riješi stambeno pitanje. I pored tvrdnji tužitelja da je u pitanju diskriminacija Vrhovni sud je zauzeo stav da je odluka zakonita jer je riječ o mogućnosti a ne obavezi da nadležni organ poslodavca riješi stambeno pitanje podnosioca zahtjeva:

„Pravilno je drugostepeni sud zaključio da tužbeni zahtjev tužilaca nije osnovan, jer obaveza tuženog da mimo kriterijuma i postupka utvrđenih pravilnikom riješi stambeno pitanje zaposlenih nije propisana kao imperativna obaveza društva-tuženog, već kao mogućnost da se na takav način riješi stambeno pitanje zaposlenom koji ima najmanje 25 godina radnog staža u društvu, odlazi u penziju a stam-

75 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 2786/13-12, 11.03.2014. godine.

beno pitanje mu nije adekvatno riješeno. To omogućava komisiji ili organima društva da u svakom konkretnom slučaju ocjenjuju da li će u smislu navedene odredbe stambeno pitanje zaposlenog koji je otišao u penziju, a ispunio je uslove koji su predviđeni, riješiti primjenom ove odredbe.“⁷⁶

U navedenim stavovima Vrhovnog suda Crne Gore moguće je naći određene dimenzije postupka ocjene postojanja diskriminacije koje su vezane za mogućnost opravdanja različitog tretmana i preispitivanje proporcionalnosti mjere. U ovom pravcu upućuju činjenice da nadležna sudska instances smatra da postoji „mogućnost“ da poslodavac donese različite odluke, kao i formulacija da, u tom kontekstu, ima pravo da „ocjenjuje“ svaki konkretni slučaj.

Međutim, analizom stanovišta Vrhovnog suda dolazi se do zaključka, da je pored neophodnosti bolje formulacije mogućnosti opravdanja različitog tretmana, kao i primjene principa srazmjernosti, bilo neophodno da ova sudska instances u predmetnoj presudi da i valjano obrazloženje zašto poslodavac nije riješio stambeno pitanje podnosiocu zahtjeva. Npr. ukoliko bi na osnovu spornih odredaba pravilnika tri lica aplicirala za rješenje stambenog pitanja, uz pretpostavku da ispunjavaju kriterijume i imaju iste preduslove (iste godine radnog staža, itd) a nadležni organ poslodavca usvoji dva zahtjeva dok treći odbaci, postavlja se pitanje na osnovu kojih pretpostavki je donio takvu odluku. Naime, samo postojanje isključivo mogućnosti da se riješi stambeno pitanje nije dovoljno da opravda razliku u tretmanu jer ona može biti arbitrarna ili subjektivna. Dakle, da u pomenutom hipotetičkom slučaju ne bi bio narušen princip zabrane diskriminacije, odluka bi morala da sadrži precizne i jasne razloge, odnosno obrazloženje zašto je napravljena razlika između podnosilaca zahtjeva te na čemu se ista temelji.

76 Vrhovni sud Crne Gore, Rev. Br. 1125/14, 16.12.2014. godine.

3. NALAZI ISTRAŽIVANJA

3.1. STATISTIČKI PODACI

Valjani statistički podaci u pogledu odluka o diskriminaciji jedino postoje kada je riječ o ustavnim žalbama pred Ustavnim sudom. Naime, Izvještaj Ustavnog suda iz 2014. godine, sadrži precizne podatke o ustavnim osnovima u vezi kojih je odlučivano u ustavnim žalbama. Kada je riječ o 2015. godini nije moguće saopštiti preciznije podatke jer Izvještaj o radu za ovu godinu još uvijek nije dostupan javnosti. Jedino što je moguće saopštiti su podaci dobijeni od Ustavnog suda „da je u toku 2015. godine u postupku po ustavnoj žalbi u kojima su se osporavale povrede prava na zabranu diskriminacije odlučivao u 67 predmeta, što iznosi 14,4% u odnosu na druge ustavne žalbe u kojima su se osporavala druga konvencijska i ustavna prava“.

Dakle, najreprezentativnije podatke sadrži pomenuti Izvještaj o radu Ustavnog suda za 2014. godinu. U predmetnoj godini meritorno je odlučeno o ukupno 177 ustavnih žalbi u kojima se podnosilac, između ostalih osnova za žalbu, pozvao na neki od pravnih osnova zasnovanih na Ustavu ili Evropskoj konvenciji, koji se odnose na određeni vid diskriminacije, odnosno povrede načela jednakosti. Preciznije:

- 34 predmeta se poziva na zabranu diskriminacije iz člana 8. Ustava;
- 54 predmeta u odnosu na osnov jednakosti iz člana 17. Ustava;
- 68 predmeta sa pozivom na jednaku zaštitu prava i sloboda iz člana 19.
- 21 predmet u vezi sa zabranom diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije;

I pored ovolikog broja odluka u kojima se odlučivalo, između ostalog, o nekom od osnova u vezi sa diskriminacijom, u toku 2014. godine među 25 odluka (3,36% od ukupnog broja), kojima je usvojena ustavna žalba nema niti jedne odluke u kojoj je utvrđeno postojanje diskriminacije.

Kada je riječ o Izvještaju o radu Ustavnog suda za 2013. godinu nema podataka o broju ustavnih žalbi o kojima je Ustavni sud odlučio u vezi sa nekim osnovom u kontekstu diskriminacije. Takođe, kao i u 2014. godini, u toku 2013. godine među 16 odluka (4,42% od ukupnog broja), u kojima je usvojena ustavna žalba nema niti jedne odluke u kojoj je utvrđeno postojanje diskriminacije.

Sa druge strane, u pogledu inicijativa za preispitivanje ustavnosti opštih akata Ustavni sud je, za razliku od odluka u oblasti ustavnih žalbi, u periodu 2014-2015. godine donio 6 odluka kojima se utvrđuje da odredbe određenih opštih akata nijesu u skladu sa Ustavom jer krše načelo zabrane diskriminacije. U 2014. godini riječ je o dvije odluke, od kojih se jedna ticala neustavnosti odredaba zakona, dok se druga ticala neustavnosti odredaba opšteg akta (odluke) lokalnog parlamenta. Isto čini 16,7% od ukupnog broja odluka kojima je utvrđena neustavnost nekog opšteg akta. Sa druge strane, u 2015. godini utvrđena je neustavnost četiri opšta akta (pravilnika) određenih udruženja, odnosno privrednih društava.

Sa druge strane, kada je riječ o redovnom pravosuđu, zbog nepostojanja valjane posebne evidencije o predmetima koji se odnose na diskriminaciju, dostupnost informacija se ograničava na objavljivanje sudskih odluka na sajtu www.sudovi.me. Pretraživanjem ovog internet sajta došlo se do ukupno 60 presuda, i to 27 presuda Vrhovnog suda Crne Gore u periodu 2012-2016. godine, kao i 33 presude Višeg suda u Podgorici. Takođe, u okviru projekta analizirano je i 14 presuda osnovnog pravosuđa.

Treba istaći da je analiza ovih presuda pokazala da od svih ličnih svojstava na koja su se podnosioci zahtjeva pozivali pred redovnim pravosuđem, a po zahtjevima na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije, su jedino lica sa invaliditetom uspjela da ostvare zaštitu. Drugim riječima, jedini predmeti u kojima je utvrđena diskriminacija a koji su stekli pravosnažnost nakon odluka Vrhovnog suda su oni koji se tiču zaštite lica sa invaliditetom. Riječ je o predmetima Rev. Br. 822/14 od 09.04.2015, i Rev. br. 1379/15, od 17.03.2016. godine. Posebno je interesantno da i pored postojanja posebnog Zakona o zabrani zlostavljanja na radu nije zabilježen niti jedan predmet u kojem je utvrđeno postojanje mobinga.

Sa druge strane, svi ostali tužitelji na osnovu Zakona o zaštiti diskriminacije, koji su se u svojim zahtjevima pozivali na povredu nekih drugih zaštićenih osnova (ličnih svojstava) nijesu uspjeli da ostvare zaštitu. Preciznije, nije bilo moguće pronaći niti jedan predmet koji je pravosnažno okončan a da je re-

dovno pravosuđe utvrdilo postojanje diskriminacije u kontekstu nekog drugog ličnog svojstva.

Istraživanje je pokazalo na postojanje samo tri predmeta pred višim pravosuđem u kojim su razmatrani predmeti prvostepenih sudova u kojim je utvrđeno postojanje diskriminacije po nekom osnovu različitom od invaliditeta, u kontekstu Zakona o zabrani diskriminacije. Od navedenih predmeta samo u jednom je Viši sud u Bijelom Polju potvrdio presudu prvostepenog suda u Kolašinu o postojanju diskriminacije. Sa druge strane, u dva slučaja su prvostepeni sudovi utvrdili postojanje diskriminacije, međutim, u oba slučaja drugostepeni sud je ukinuo predmetne odluke i vratio ih na ponovno suđenje. U jednom slučaju osnov je bio pripadnost sindikatu⁷⁷, dok je u drugom kao osnov diskriminacije bio politička pripadnost⁷⁸.

Kada je riječ o krivičnim predmetima, a zbog nedostupnosti presuda i valjane evidencije, fokus istraživanja je bio na slučajevima diskriminacije po osnovu seksualnog opredjeljenja. U tom kontekstu analizom dostupnih podataka utvrđeno je postojanje tri presude viših sudova kojim se lice oglašava krivim za krivično djelo u vezi sa diskriminacijom po osnovu seksualne orijentacije.

3.2. DOSTUPNOST I OBJAVLJIVANJE SUDSKIH ODLUKA

Dostupnost i objavljivanje presuda višeg pravosuđa, u kontekstu načela javnosti i transparentnosti rada pravosudnih organa, je od krucijalnog značaja za valjano razumijevanje koncepta diskriminacije, kao i za njegovo dalje unaprijeđenje. Međutim, praksa ukazuje da na ovom polju postoje dvojaki problemi. Sa jedne strane, u cilju što boljeg upoznavanja opšte i stručne javnosti sa praksom višeg pravosuđa u ovoj oblasti neophodno je vođenje zakonom propisane posebne evidencije predmeta koji se odnose na diskriminaciju. Sa druge strane, i kada se dođe do objavljivanja presuda višeg pravosuđa, iste nerijetko sadrže propuste u pogledu načela anonimizacije presuda.

3.2.1. Posebna evidencija iz člana 33. *Zakona o zabrani diskriminacije*

Javnost rada pravosudnih organa u pogledu predmeta koji se odnose na zabranu diskriminacije se najbolje reflektuje kroz dostupnost i objavljivanje presuda koja bi trebala biti zagarantovana odredbama Zakona o zabrani diskriminacije.

77 Osnovni sud u Herceg Novom, P. br. 558/11, 16.11.2012. godine.

78 Osnovni sud u Podgorici, P. br. 4407/13 od 28.10.2014. godine.

U tom kontekstu crnogorski pravosudni organi imaju obavezu vođenja tzv. posebne evidencije u vezi sa slučajevima diskriminacije na osnovu člana 33. Zakona o zabrani diskriminacije. Naime, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije predviđa da su sudovi, državna tužilaštva, organi za prekršaje, organi uprave nadležni za policijske poslove i inspekcijski organi dužni da vode posebnu evidenciju o podnijetim prijavama, pokrenutim postupcima i donijetim odlukama iz svoje nadležnosti u vezi sa diskriminacijom. Dodatno, obavezni su da podatke iz ove evidencije dostavljaju Zaštitniku ljudskih prava najkasnije do 31. januara tekuće godine za prethodnu godinu. Dodatno, predmetni zakon predviđa i prekršajnu odgovornost sa novčanim kaznama od 100 eura do 2000 eura za odgovorno lice u državnom organu, organu državne uprave i organu lokalne samouprave ukoliko ne ispunjava navedenu obavezu o vođenju evidencije, kao i ako u predviđenim rokovima ne dostavlja podatke iz iste Zaštitniku ljudskih prava.⁷⁹

Da sistem zaštite od diskriminacije, kada je riječ o vođenju zakonom predviđene posebne evidencije, ne funkcioniše ni izbliza kako bi to bilo poželjno govori i odnos Višeg suda u Bijelom Polju prema ovoj važnoj problematici. Naime, u okviru projekta, kao jedna od aktivnosti, u pokušaju da se dođe do što većeg broja presuda u predmetnoj oblasti korišćeni su zahtjevi za slobodan pristup informacijama. Jedan od zahtjeva ove vrste poslat je Višem sudu u Bijelom Polju kojim su tražene fotokopije presuda donijetih od strane ovog suda u slučajevima diskriminacije u periodu 01.01.2013. godine do 31.12.2015. godine. Rezultat istog je bilo obavještenje u pisanom obliku koje se sastojalo iz jedne rečenice sa informacijom „da u traženom periodu kod ovog suda u radu nije bilo procesuiranih slučajeva diskriminacije“.⁸⁰

Kasnijom pretragom internet baze podataka dostupne na sajtu www.sudovi.me ustanovljeno je da su ove tvrdnje menadžmenta Višeg suda u Bijelom Polju netačne. Naime, samo analizom presuda Vrhovnog suda Crne Gore koje su dostupne na pomenutom internet sajtu ustanovljeno je da je Viši sud u Bijelom Polju u periodu 2013-2015. godine donio 9 presuda na koje je izjavljena revizija i o kojoj je odlučio Vrhovni sud Crne Gore. Riječ je o presudama:

- Gž. br. 1755/12 od 07.02.2013. godine;
- Gž. br. 1070/14 od 19.05.2014. godine;
- Gž. br. 1103/14 od 19.05.2014. godine;
- Gž. br. 1108/14 od 19.05.2014. godine;

⁷⁹ Član 25 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije.

⁸⁰ Viši sud u Bijelom Polju, Su. V br. 604/16, 12.02.2016. godine.

- Gž. br. 1918/14 od 16.09.2014. godine;
- Gž. br. 2012/14 od 17.09.2014. godine;
- Gž. br. 2063/14 od 07.10.2014. godine;
- Gž. br. 2407/14 od 10.12.2014. godine;
- Gž. br. 540/15, od 09.04.2015. godine.

Primjer Višeg suda u Bijelom Polju ukazuje da sistem posebne evidencije koji propisuje Zakon o zabrani diskriminacije, kao preduslov za valjanu dostupnost i objavljivanje presuda ne funkcioniše na način predviđen ovim sistemskim propisom. Sa druge strane, kao pozitivan primjer vođenja precizne evidencije o broju predmeta u vezi sa diskriminacijom treba ukazati na praksu Ustavnog suda. Naime, od 2014. godine, izvještaji Ustavnog suda sadrže precizan broj predmeta u kojima su se podnosioci ustavnih žalbi pozivali na povrede ustavnog prava u pogledu diskriminacije/jednakosti (zabrana diskriminacije iz člana 8, jednakost iz člana 17, jednaka zaštita prava i sloboda iz člana 19, kao i zabrana diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije).⁸¹

3.2.2. Načelo anonimizacija

Kada je riječ o javnosti i dostupnosti presuda u oblasti diskriminacije, postoje velike poteškoće da se dođe do valjanih podataka. Međutim, analizom onih presuda do kojih se moglo doći izvodi se zaključak da se načelo javnosti krši nerijetko samom dostupnošću presuda. Naime, objavljivanje presuda opštoj javnosti je regulisano Pravilnikom o anonimizaciji sudskih odluka koji, između ostalog, predviđa princip anonimizacije presuda. Međutim, detaljnom analizom presuda Vrhovnog suda Crne Gore, dolazi se do zaključka da princip anonimizacije nije sproveden do kraja. Preciznije, riječ je o aljkavosti nadležnih u Vrhovnom sudu da na način predviđen zakonom, u potpunosti uklone one podatke koji ne smiju biti dostupni javnosti. Kao primjere navodimo:

- Rev. br. 638/14 od 17.12.14. godine – puno ime i prezime podnosioca zahtjeva, odnosno tužilje;
- Rev. br. 919/14 od 03.04.2015. godine i Rev. Br. 722/13 od 15.10.2013. godine – nije dosljedno sprovedena anonimizacija naziva privrednog društva koje je tuženo;
- Rev. br. 11/15. od 28.01.2015. godine – sadrži ime i prezime lica u vezi sa čijim pravima se vodi postupak;

81 Npr. Izvještaj o radu Ustavnog suda u 2014. godini.

Ovakva praksa u objavljivanju presuda ima negativne konsekvence po podnosiocima zahtjeva na način što će njih ili lica koja smatraju da se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji odvratiti od podnošenja tužbi za utvrđivanje postojanja diskriminacije. Takođe, objavljivanjem naziva privrednih društava koja su u ulozi tuženih nanosi se šteta njihovoj poslovnoj reputaciji, pogotovo što se u jako malom broju slučajeva utvrdi postojanje diskriminacije. Slično, propust da se anonimizira ime i prezime lica koja učestvuju u postupku kao npr. svjedoka može, sa jedne strane da stvori neprijatnosti za ta lica, ali i utiče da druga lica izbjegnju učešće u nekom narednom postupku.

3.3. NEKA PITANJA IZ SUDSKE PRAKSE

Ovaj dio studije posvećen je nekim od najvažnijih spornih pitanja sistema zaštite od diskriminacije u praksi crnogorskog pravosuđa. Fokus istraživanja je stavljen na sljedeće oblasti: 1) diskriminacija lica sa invaliditetom; 2) zlostavljanje na radu (mobing); 3) zaštita socioekonomskih prava; 4) seksualna orijentacija kao osnov zaštite; i 5) kršenje sloboda kretanja EU.

3.3.1. *Diskriminacija lica sa invaliditetom*

Kao što je već rečeno, cjelokupan zakonodavni okvir u vezi sa zaštitom od diskriminacije u praksi redovnog pravosuđa praktično jedino daje rezultate u pogledu zaštite lica sa invaliditetom. Preciznije, svi predmeti do kojih se u okviru projekta uspjelo doći a u kojima je pravosnažno utvrđeno postojanje diskriminacije pred Vrhovnim sudom Crne Gore su iz oblasti zabrane diskriminacije lica sa invaliditetom. Međutim, i kada je riječ o invaliditetu kao ličnom svojstvu u praksi redovnog pravosuđa nailazimo na probleme u definisanju određenih pravnih pitanja. Dva glavna se odnose na zabranu ponavljanja diskriminacije, kao i na praksu u pogledu utvrđivanja visine i mogućnosti za ostvarivanje naknade štete.

3.3.1.1. *Zabrana ponavljanja diskriminacije*

Dobar primjer neadekvatnog razumijevanja pojma zaštite od diskriminacije lica sa invaliditetom u crnogorskom pravnom sistemu predstavlja primjena u praksi člana 26. stav 1 Zakona o zabrani diskriminacije. Naime, ove odredbe predviđaju mogućnost da oštećeni traži „zabranu vršenja radnje od koje prijeti diskriminacija, odnosno zabranu ponavljanja radnje diskriminacije“. Preciznije, u slučaju da nadležni sud utvrdi postojanje diskriminacije, oštećeni pored na-

knade štete ima pravo da zahtjeva da se subjektu koji je izvršio diskriminaciju naloži zabrana ponavljanja vršenja ovih radnji u budućnosti.

Ovu problematiku najbolje ilustruje slučaj koji se ticao nemogućnosti lica sa invaliditetom da ispred „Udruženja 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 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.“⁸²

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

„Neprilagođavanjem 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...“⁸³

Međutim, problematičnim u ovom predmetu se može smatrati odluka da se odbije tužbeni zahtjev u dijelu koji se tiče zabrane ponavljanja diskriminatorne radnje:

82 Osnovni sud u Podgorici (08.04.2014) P.br. 4981/13.

83 *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.“⁸⁴

Da situacija bude još kompleksnija, ove stavove prvostepenog suda potvrdila je i drugostepena sudska instanca – 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.“⁸⁵

Obzirom da Zakon o zabrani diskriminacije u članu 26. stav 1 tačka 2 predviđa mogućnost da „oštećeni traži zabranu vršenja radnje od koje prijeti diskriminacija, odnosno zabranu ponavljanja radnje diskriminacije“, ovakve odluke pomenutih sudskih instanci o odbijanju ovog zahtjeva tužene, bez ikakvog preciznijeg obrazloženja, treba smatrati u najmanju ruku čudnim. 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 postuku 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 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, izrečena je i zabrana ponavljanja diskriminatorne radnje:

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Viši sud u Podgorici (05.06.2014) GŽ. Br. 2407/14.

„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 i na 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...”⁸⁶

U cijeloj problematici čini se jako diskutabilnim, a što je možda navelo crnogorske sudske instance da zauzmu sporni stav, je 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. 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 neizvršavanja sudske odluke protiv službenog ili odgovornog lica⁸⁷? 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 naknadu štete, samo eventualno u nekom većem iznosu.

Međutim, spornu dilemu u crnogorskom pravnom sistemu otklanja Vrhovni sud Crne Gore koji zauzima potpuno suprotan stav od nižestepenih sudova, i ustanovljava praksu da je ovu vrstu zahtjeva (zabrana ponavljanja diskriminacije) moguće isticati saglasno članu 26. stav 1 Zakona o zabrani diskriminacije:

86 Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije (02.92.2012) Rev 66/12.

87 Člana 395 Krivičnog zakonika, „Sl. list RCG“, br. 70/03.

„Osnovano se revizijom ukazuje da nižestepeni sudovi restriktivno tumače odredbu čl. 26. st.1 tač.2 Zakona o zabrani diskriminacije, kada odbijaju tužbeni zahtjev u dijelu kojim je tražena zaštita, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije. Tužena je svojom pasivnošću počinila diskriminaciju, a zabrana ponavljanja predmetnog oblika diskriminacije je nalaganje suprotnog ophodjenja prema žrtvi, a to bi bilo, prema čl.18. st. 3 Zakona o zabrani diskriminacije, preduzimanje posebnih mjera za otklanjanje ograničenja, odnosno nejednakog položaja u kome se žrtve diskriminacije nalaze – što se s pravom, u reviziji navodi.“⁸⁸

Ove stavove Vrhovni sud Crne Gore potvrđuje i u svojoj kasnijoj praksi:

„...Jer, u suprotnom tužilac, kao i ostale žrtve diskriminacije, u ovakvim i sličnim slučajevima ne bi mogle da se zaštite od eventualnih i budućih radnji diskriminacije ove vrste i morale bi za svaki slučaj ovakve diskriminacije da podnose nove tužbe. Stoga, izricanjem zabrane ponavljanja diskriminacije ostvarila bi se jasna zaštita od nove diskriminacije.“⁸⁹

3.3.1.2. Neujednačenost prakse u vezi sa naknadom štete

Drugu dilemu koju će kroz svoju praksu morati da nivelira Vrhovni sud jeste pitanje naknade štete u slučajevima kada se utvrdi postojanje diskriminacije. U ovom pogledu treba praviti razliku između dva sporna pitanja. Sa jedne strane je pitanje visine naknade štete za povredu prava ličnosti, časti i ugleda tužioca I reda (fizičkog lica) koje pretrpi diskriminaciju, a sa druge strane, pitanje mogućnosti ostvarivanja prava na naknadu štete od strane pravnog lica kao tužioca II reda.

Kada je riječ o visini naknade štete koja se dodjeljuje tužilji/ocu I reda za povredu prava ličnosti, časti i ugleda praksa prvostepenih sudova je izuzetno neujednačena. Preciznije, raspon između minimuma i maksimuma dosuđenog u slučajevima utvrđene diskriminacije kreće se čak do 500%:

P. Br. 157/13 od 15.10.2013. godine – dosuđena naknada u iznosu od 600,00 eura, a tužilac je zahtijevao iznos od 3.000,00 eura;

P. Br. 3634/14 od 24.04.2014. godine – dosuđena naknada u iznosu od 1.500,00 eura, a tražen je iznos od 3.000,00 eura;

88 Vrhovni sud Crne Gore, Rev. br. 822/14, 09.04.2015. godine.

89 Vrhovni sud Crne Gore, Rev. br. 1320/15, 15.12.2015. godine.

P. Br. 4981/13 od 08.04.2014. godine – dosuđena naknada u iznosu od 3.000,00 eura, a zahtijevan je iznos od 10.000,00 eura;

P. Br. 1132/2014 od 22.01.2015. godine – dosuđena naknada u iznosu od 1.000,00 eura, a tužilac je tražio iznos od 3.000,00 eura;

P. Br. 1843/14 od 20.02.2015. godine – dosuđena naknada u iznosu od 1.500,00 eura, a tužilac je zahtijevao iznos od 5.000,00 eura;

P. Br. 3647/15 od 02.03.2016. godine – dosuđena naknada u iznosu od 3.000,00 eura, tužilja je zahtijevala iznos od 5.000,00 eura;

Nažalost, ni praksa Vrhovnog suda ne pruža za sada pravnu sigurnost kada je riječ o ovom pitanju. Naime, u pomenutom predmetu P. Br. 4981/13 od 08.04.2014. godine, Viši sud u Podgorici je preinačio prvostepenu presudu u pogledu visine naknade koja je bila dosuđena na iznos od 3.000,00 eura na iznos od 1.500,00 eura:

„Međutim, nasuprot stanovištu prvostepenog suda, a imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, koje je cijenio i prvostepeni sud, te cilju kojem služi naknada, ovaj sud nalazi da realna satisfakcija za narušenu psihičku ravnotežu tužilji, kao posljedici predmetne diskriminacije predstavlja novčana naknada u iznosu od 1.500 eura...”⁹⁰

Ipak, nasuprot stavovima drugostepenog suda, po reviziji Vrhovni sud potvrđuje prvostepenu presudu u dijelu visine naknade smatrajući da je iznos od 3.000,00 eura:

„Polazeći od utvrđenih činjenica, ovaj sud nalazi da drugostepeni sud nije potpuno, u skladu sa odredbom čl.207 ZOO, pravilno odmjerio visinu naknade predmetne štete, pa je preinačio pobijanu presudu, tako što je odbio žalbu tužene, a potvrdio prvostepenu presudu, u dijelu kojim je dosuđena naknada nematerijalne štete – sa razloga navedenih u prvostepenoj presudi – smatrajući da taj iznos predstavlja naknadu predmetne štete koja je u skladu sa njenom pravnom prirodom kao i svrhom kojom treba da posluži, a da je preostali dio tužbenog zahtjeva pravilno odbijen kao neosnovan.”⁹¹

Drugu dilemu predstavlja mogućnost ostvarivanja prava na naknadu štete od strane pravnog lica kao tužioca II reda. Nažalost, po ovom pravnom pitanju ne postoji još uvijek praksa Vrhovnog suda tako da je za sada moguće analizirati jedino stavove redovnog pravosuđa koji nisu prihvatili ovu vrstu zahtjeva. Kao

90 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 2407/14, 05.06.2014. godine.

91 Vrhovni sud Cre Gore, Rev. Br. 822/14, 09.04.2015. godine.

dobar primjer može poslužiti slučaj u kojem je lice sa invaliditetom (tužilac I reda) kao zaposleno u pravnom licu pretrpilo neposrednu diskriminaciju zbog nemogućnosti da prisustvuje određenoj sjednici u svojstvu predstavnika pravnog lica u kojem je zaposlena kao tužilac II reda. Osnovni sud u Podgorici je u ovom predmetu dosudio naknadu štete tužiocu I reda, međutim odbio je zahtjev tužioca II reda jer je smatrao da druga lica ne mogu crpiti pravo na naknadu štete na osnovu utvrđene neposredne diskriminacije tužioca I reda:

„...Po ocjeni ovog suda, iako pravno lice svakako može biti žrtva diskriminacije, u konkretnom slučaju se ne može govoriti o neposrednoj diskriminaciji izvršenoj od strane tuženog prema tužiocu II reda, kako se to tužbom traži. Ovo kod činjenice da je tužilja I reda lice sa invaliditetom, i to lično svojstvo je upravo osnov diskriminacije u ovoj pravnoj stvari, pa se usvajanjem njenog tužbenog zahtjeva stavom I izreke suda, nadoknađuje posljedica ovog štetnog događaja... Dakle, žrtva diskriminacije u ovoj pravnoj stvari je tužilja I reda i to po osnovu invaliditeta, kao ličnog svojstva, što znači da iz istog štetnog događaja i po istom osnovu, ne mogu crpiti pravo druga lica, odnosno tužilac II reda kao nevladina organizacija u kojoj je tužilja I reda u radnom odnosu i ispred koje organizacije je ista učestvovala na predmetnoj sjednici...”⁹²

Ipak, ovakvo rezonovanje prvostepenog suda je moguće dovesti u pitanje. Naime, iako sama presuda potvrđuje da i pravno lice može biti žrtva diskriminacije, za prvostepeni sud je sporno po kom je osnovu pravno lice kao tužilac II reda dovedeno u neravnopravan položaj:

„...nije jasno na čemu tužilac II reda zasniva svoj tužbeni zahtjev, odnosno na koji način i po kom osnovu je doveden u neravnopravan položaj u odnosu na drugo lice, odnosno grupu lica, jer ne ukazuje ni na jedno svojstvo koje se tiče statusa samog pravnog lica, eventualno ličnih svojstava osnivača, ciljeva koje pravno nastoji da ostvari, što su samo neki od osnova po kojima pravno može biti diskriminisano...”

Smatramo da je osnov diskriminacije, dakle svojstvo zbog kojeg je tužilac II reda diskriminisano, odnosno, doveden u neravnopravan položaj, upravo činjenica da ovo pravno lice zapošljava lica sa invaliditetom. Dakle, prvostepeni sud preusko tumači koncept ličnih svojstava (zaštićenih osnova). Naime, broj zaštićenih osnova nije predmet egzaktno enumeracije već se svaki međunarodni dokument, kao i Zakon o zabrani diskriminacije u pogledu nabiranja istih završava sa pojmom „i druga svojstva“. Nadležni sud je trebao da izvrši

92 Osnovni sud u Podgorici, P. Br. 3647/15, 02.03.2016. godine.

poređenje pravnog lica koje je bilo pozvano na predmetnu sjednicu a koje ne zapošljava lica sa invaliditetom, sa tužiocem II reda koji predstavlja pravno lice koje zapošljava lice sa invaliditetom. Preciznije, činjenica da zapošljava lice sa invaliditetom, te zato što je ovo lice određeno da predstavlja svog poslodavca na predmetnom skupu, dovela ga je u neravnopravan položaj sa onim pravnim licima koji su kao svog predstavnika delegirali lice koje nije imalo potrebu za posebnim pristupom objektu u kojem se održavala sjednica. Mogućnost ovakvog tumačenja dodatno je pojačana činjenicom da tužilac I reda nije bio lično pozvan na predmetnu sjednicu, već je njoj prisustvovao kao predstavnik tužioca II reda kao pravnog lica kod koga je zaposlen. Drugim riječima, tužilac I reda je predmetnoj sjednici prisustvovao u ime tužioca II reda, u cilju zastupanja interesa tužioca II reda kao poslodavca, a ne svojih ličnih interesa.

Uostalom, ovakav način rezonovanja potvrđen je i u praksi Osnovnog suda u Podgorici, kada je u praktično identičnoj pravnoj situaciji, ovaj prvostepeni sud utvrdio postojanje diskriminacije i odredio naknadu štete iste visine kako tužiocu I reda (fizičko lice) tako i tužiocu II reda (pravno lice takođe NVO) u situaciji kada je tužilac I reda kao predstavnik tužioca II reda bio onemogućen da prisustvuje određenom skupu.⁹³ Međutim, ova odluka prvostepenog suda je ukinuta odlukom Višeg suda u Podgorici po više osnova⁹⁴ pa će na razjašnjenje ove pravne situacije morati da se sačeka.

3.3.2. *Zabrana zlostavljanja na radu (mobing)*

daljim razvojem koncepta diskriminacije dolazi se do formulisanja novih različitih, specifičnih vidova koji u nekim segmentima često i prevazilaze ustaljenu definiciju ovog pojma. Kada je riječ o antidiskriminacionim direktivama EU, kao dva najvažnija oblika javljaju se uznemiravanje i podsticanje na diskriminaciju.⁹⁵ Sa druge strane, u crnogorskom pravnom sistemu Zakon o zabrani diskriminacije⁹⁶ sadrži enumeraciju „posebnih vidova“ 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 novim vidovima mimo direktne i indirektne diskriminacije.

Kada je riječ o crnogorskom pravnom sistemu posebni vid diskriminacije koji je normiran zasebnim zakonskim tekstom jeste mobing – zlostavljanje na radu.

93 Osnovni sud u Podgorici, P.br. 4407/13 od 28.10.2014. godine.

94 Viši sud u Podgorici, Gž. br. 5314/14-13, 16.06.2015. godine.

95 Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Europske unije za osnovna prava, 2011, str. 31.

96 Članovi 7-19 Zakona o zabrani diskriminacije „Službeni list Crne Gore, broj 46/2010“.

Zakon o zabrani zlostavljanja na radu donesen je 2012. godine i sistemski zaokružuje sva pitanja u vezi sa ovom vrstom diskriminacije. Međutim, i pored postojanja ovog zakonskog teksta u praksi redovnog crnogorskog pravosuđa ne postoji još uvijek niti jedan predmet u kojem je sud ustanovio postojanje zlostavljanja na radu, odnosno mobinga. Drugim riječima, predmetni zakon predstavlja za sada samo mrtvo slovo na papiru pošto i pored velikog broja sudskih postupaka u kojima su podnosioci tužbi tražili da sud utvrdi postojanje zlostavljanja na radu još ni jedan nije uspio isto da dokaže. Ova činjenica govori o nesavršenosti, kako pomenutog zakonskog teksta, tako i razumijevanja pojma mobinga od strane redovnog pravosuđa. U narednim redovima će biti ukazano na pojedine sporne situacije kao i dileme koje bi trebale biti prevaziđene u cilju efikasnije zaštite žrtava zlostavljanja na radu, u cilju pospješivanja izgleda da dokažu postojanje mobinga pred crnogorskim sudovima.

3.3.2.1. Pojam zlostavljanja na radu – mobinga

Za razumijevanje pojma mobinga u crnogorskom pravnom sistemu od velike koristi može biti presuda Osnovnog suda u Podgorici 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. Treba naglasiti 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/šikane – 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 neobehodnim anlazirati 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 institut 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 gubi na značaju), su dva različita instituta...“⁹⁷

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 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 instituta 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...“⁹⁸

Dakle, mobing kao diskriminatorno ponašanje na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije podrazumijeva – „mobing u užem smislu“, jer 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 porije-

97 Osnovni suda u Podgriči (10.05.2013) P.br. 2226/11.

98 Ibid.

klo, 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)... ⁹⁹

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 zaposlenima jednako.

3.3.2.2. Problemi u primjeni nekih koncepata u praksi

Analizom sudske prakse u oblasti mobinga dolazi se do zaključka o postojanju brojnih spornih pitanja. Kao što je već navedeno, u dosadašnjoj praksi redovnog pravosuđa, ne postoji niti jedan predmet u kojem je odlučeno u korist podnosioca zahtjeva, tj. da je utvrđeno postojanje mobinga. Jedan od glavnih problema sa kojim se susreću sudije i podnosioci zahtjeva u primjeni Zakona o zabrani zlostavljanja na radu predstavlja član 2. stav 1 koji sadrži definiciju mobinga: „Mobing, u smislu ovog zakona, je svako aktivno ili pasivno ponašanje na radu ili u vezi sa radom prema zaposlenom ili grupi zaposlenih, koje se ponavlja, a koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor.“

Iz ove definicije proizilazi zaključak da je za postojanje mobinga neophodno ustanoviti uzročno posljedičnu vezu između radnje koju vrši tuženi i posljedica

koje trpi podnosilac zahtjeva, kao i da se pomenuta radnja mora ponavljati, tj. da traju u određenom vremenskom periodu. Međutim, formulacije koje zakonodavac koristi u definisanju pojma mobinga su sve samo ne precizne i jasne, što stvara velike probleme u određenju situacija koje je moguće podvesti pod zakonski opis činjeničnog stanja mobinga.

U sudskoj praksi redovnog pravosuđa jako je teško ustanoviti šta je zakonodavac podrazumijevao pod radnjom mobinga, kao i koje su to posljedice neophodne za njegovo postojanje. Analizirajući presude viših sudova, kao i presude Vrhovnog suda koje se odnose na problematiku mobinga ili diskriminacije u vezi sa zaposlenjem, niti u jednom predmetu nije ustanovljeno da se određenja radnja na koju su se podnosioci zahtjeva žalili treba smatrati radnjom mobinga, odnosno da se ista „može podvesti pod psihičko zlostavljanje i ponižavanje druge osobe, u namjeri da se ugrozi tužiočev ugled, čast, ljudsko dostojanstvo i integritet ličnosti“¹⁰⁰.

Slično, kada je riječ o posljedicama koje treba da trpi oštećeni, situacija nije ništa jasnija. Preciznije, da bi bila dosuđena nematerijalna šteta kao posljedica diskriminacije, neophodno je da vještak utvrdi „duševne bolove zbog povrede prava ličnosti, časti, ugleda i dostojanstva“¹⁰¹. Npr. „blaži duševni poremećaj“¹⁰² se ne smatra dovoljnim za dosuđenje naknade. Očigledno je da praksa ukazuje da ni sami vještaci medicinske struke imaju problem u definisanju posljedica mobinga:

„U prilog navedenom zaključku stoji i izjašnjenje vještaka medicinske struke koji su naveli da se „mobing“ ne pojavljuje u međunarodnoj klasifikaciji duševnih bolesti i da se u izvještajima ljekara konstatuje kao podatak koji daje pacijent...“¹⁰³

Sljedeće važno pitanje predstavlja određenje jednog od osnovnih elemenata za postojanje mobinga – učestalost/kontinuiranost radnje mobinga. Zakonopisac u tekstu Zakona o zlostavljanju na radu ne daje jasne kriterijume u određenju pojma „ponavljanja“ radnji mobinga. Stoga, suočeno sa ovim izazovom, redovno pravosuđe je primorano da koristi spektar veoma širokih diskrecionih ovlašćenja u tumačenju spornog pojma. Naime, ponavljanje radnje koje je podnosilac zahtjeva smatrao mobingom „tri puta u roku od 6 mjeseci“¹⁰⁴ nije smatralo postupanjem koje traje duži vremenski period. U ovom pogledu,

100 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 2074/15, 01.12.2015. godine.

101 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 4859/15-12, 06.11.2015. godine.

102 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 175/15, 18.09.2015. godine.

103 Viši sud u Podgorici, Gž. Br. 1698/15, 13.11.2015. godine.

104 *Ibid.*

osnovno pravosuđe, na šta nisu imale primjedbi ni više sudske instance¹⁰⁵, pozivajući se na uporednu pravnu teoriju, ustanovljava princip da je za postojanje mobinga neophodno da se štetne radnje vrše u kontinuitetu najmanje šest mjeseci, makar jednom sedmično:

„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...”¹⁰⁶

Pored načelne primjedbe da je zbog nepreciznosti spornih zakonskih odredbi sud u njihovom tumačenju koristio široka diskreciona ovlašćenja, princip „šest mjeseci – najmanje jednom sedmično“ postavlja isuviše visoko postavljenu ljestvicu koju žrtva mobinga treba da preskoči u dokazivanju postojanja istog. Naime, šta ako su radnje mobinga trajale četiri mjeseca, ali su bile izuzetnog intenziteta i češće od jednom sedmično? Šta ako je zlostavljanje trajalo šest mjeseci međutim sa prekidom od npr. tri nedjelje zbog činjenice da je mober bio na godišnjem odmoru? Dakle, pravilo „šest mjeseci – najmanje jednom sedmično“ je previše zahtjevno i promašuje suštinu pojma mobinga. Preciznije, postojanje mobinga treba, prije svega, da zavisi od posljedica spornih radnji (zlostavljanja), kao i intenziteta zlostavljanja, a ne od ispunjenja uslova u pogledu nekog egzaktnog vremenskog intervala u kojem isto postoji.

Takođe, pitanje načina tumačenja definicije pasivne legitimacije se može smatrati krajnje spornim. Na osnovu člana 2. stav 3 Zakona o zabrani zlostavljanja na radu, „izvršiocem mobinga smatra se poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca ili treće lica sa kojim zaposleni ili poslodavac dolazi u kontakt prilikom obavljanja poslova na radnom mjestu“. Ovako neprecizno definisanje pojma mobera (izvršioca mobinga) se treba smatrati neprihvatljivim jer pravno-ekonomski život u 21. vijeku daleko prevazilazi predmetnu definiciju. U ovom kontekstu pogotovo treba staviti akcenat na privredna društva koja se određuju kao društva kapitala kod kojih je vlasništvo odvojeno od upravljanja. Npr. sporne zakonske odredbe, pogrešnim tumačenjem od strane sudova, ne pokrivaju situacije kada zlostavljanje vrši neko lice koje ne čini formalno-pravno dio privrednog društva u kojem je zaposlena žrtva mo-

105 Viši sud u Bijelom Polju (19.05.2014.) Gž. br. 1070/14.

106 Osnovni suda u Podgriči (10.05.2013.) P.br. 2226/11.

binga. Preciznije, ukoliko vlasnik kompanije koji nije član organa upravljanja vrši radnju zlostavljanja zaposlenog, ili član menadžmenta kompanije koja je npr. većinski vlasnik kompanije te u potpunosti kontroliše aktivnosti privrednog društva u kojem radi žrtva mobinga, na osnovu člana 2. stav 3 ova lica nemaju pasivnu legitimaciju:

*„Uz to, kako je D.K. predsjednik odbora direktora A. Grupe, a A. Grupa nije stranka u postupku, to A. televizija ne može odgovarati za njegove postupke. Jer tužena bi jedino mogla biti pasivno legitimisana samo u slučaju da je D.K. zaposlen u A. televiziji i ukoliko bi kao zaposleni pričinio štetu tužiljama“.*¹⁰⁷

3.3.3. Zaštita socioekonomskih ljudskih prava

U okviru zaštite socioekonomskih prava u pogledu zabrane diskriminacije važno je istaći veliki porast predmeta sa ovom problematikom u sudskoj praksi Ustavnog suda Crne Gore. U toku 2014. godine jedan od najvažnijih predmeta u kojem je Ustavni sud utvrdio postojanje diskriminacije ticao se ostvarivanja određenih prava iz domena socijalne zaštite stranih državljana. U tom predmetu Ustavni sud proširuje spisak zaštićenih osnova na kojima temelji zaštitu od diskriminacije činjenicom državljanstva. Pored toga, u toku 2015. godine Ustavni sud bilježi značajan porast broja predmeta koji su se ticali zaštite socioekonomskih prava u vezi sa rješavanjem stambene problematike.

3.3.3.1. Državljanstvo kao lično svojstvo

Analiza sudskih odluka, koje su obuhvaćene u okviru projekta, ukazuje na ekspanziju zaštićenih osnova na koje se podnosioci zahtjeva u svojim podnescima pozivaju. Treba primijetiti da glavni pravac u kojem ide praksa Ustavnog suda u pogledu zaštite socioekonomskih prava u kontekstu diskriminacije, jeste povećanje broja zaštićenih osnova, sa akcentom na one koji po nekim autorima smatraju čak i „nepersonalne prirode“¹⁰⁸, od kojih državljanstvo predstavlja jedan od najvažnijih. Inspiraciju za isto Ustavni sud nalazi u praksi ESLJP koji pravni osnov za ustanovljavanje državljanstva kao kriterijuma diskriminacije nalazi u članu 14. Evropske konvencije u okviru formulacije „svaki osnov kao što su...ili drugi status“. Eksplicitnu potvrdu državljanstva kao osnova diskriminacije u praksi ESLJP možemo naći u predmetu *Carson and Others v The United Kingdom*:

107 Vrhovni sud Crne Gore, Rev. br. 638/14, 17.12.2014. godine.

108 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.

„Vijeće je smatralo da, u okolnostima slučaja, uobičajeno rezidentstvo, kao što je domicil ili državljanstvo, treba biti smatrano kao aspekt ličnog statusa i da mjesto rezidentstva, primjenjivano kao kriterijum različitog tretmana građana po osnovu sticanja državne penzije, smatrano je osnovom koji dolazi u okvir člana 14...Veliko vijeće se slaže sa zaključkom Vijeća u vezi sa ovim pitanjem...Sud smatra da mjesto rezidentstva predstavlja aspekt ličnog statusa u smislu člana 14.“¹⁰⁹

Analizom prakse ESLJP, evidentno je da je ova nadnacionalna sudska instanca prihvatala različite situacije u kojima državljanstvo predstavlja zaštićeni osnov:

„...Međutim, Sudu bi morali biti predloženi vrlo ozbiljni razlozi za opravdavanje različitog postupanja zasnovanog isključivo na državljanstvu ako bi se htjelo dokazati da je ta razlika saglasna s Konvencijom.“¹¹⁰

Najbolji primjer razmatranja državljanstva kao zaštićenog osnova u praksi Ustavnog suda Crne Gore jeste predmet preispitivanja ustavnosti Odluke o oblicima socijalne i dječije zaštite¹¹¹ Glavnog grada – Podgorice. U ovom slučaju podnosilac inicijative za preispitivanje ustavnosti je smatrao kršenjem načela zabrane diskriminacije odredbe pomenutog opšteg akta koji je kao uslov za ostvarivanje prava socijalne i dječije zaštite, propisao da ista mogu ostvariti državljani Crne Gore sa prebivalištem na teritoriji Glavnog grada. Sa druge strane, Zakon o socijalnoj i dječijoj zaštiti¹¹² predviđa da prava iz socijalne i dječije zaštite utvrđena tim zakonom i međunarodnim ugovorom može ostvariti lice koje ima status stranca sa odobrenim privremenim boravkom ili stalnim nastanjenjem u državi, u skladu sa posebnim zakonom.

U ovom predmetu Ustavni sud je utvrdio da osporena odredba člana 2. stav 1 Odluke, kojom je pravo na socijalnu i dječiju zaštitu licima sa prebivalištem na teritoriji Glavnog grada uslovljeno posjedovanjem crnogorskog državljanstva, ima diskriminatorni karakter:

„Naime, osporenom odredbom člana 2. stav 1. Odluke isključena je mogućnost korišćenja prava na socijalnu i dječiju zaštitu svim licima koja nemaju crnogorsko državljanstvo ili su lica bez državljanstva,

109 ESLJP, Carson and Others v The United Kingdom, (16. mart 2010), br. 42184/05, pasusi 66, 70. i 71.

110 *Andrejeva protiv Litvanije*, 18. februara 2009.. godine, predstavka br. 55707/00

111 Odluke o oblicima socijalne i dječije zaštite „Službeni list Crne Gore – opštinski propisi“, br. 33/08.).

112 Član 5. stav 2 Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti „Službeni list Crne Gore“, br. 27/13.

iako imaju prebivalište na teritoriji Glavnog grada i ispunjavaju ostale propisane pretpostavke za ostvarenje tog prava. Ustanovljavanjem različitog, povoljnijeg režima za lica koja imaju crnogorsko državljanstvo donosilac akta je diskriminisao lica koja nemaju crnogorsko državljanstvo i lica bez državljanstva, odnosno lica koja imaju status stranca s odobrenim privremenim boravkom ili stalnim nastanjenjem, a nalaze se u istoj pravnoj situaciji, stanju socijalne potrebe i imaju prebivalište na teritoriji Glavnog grada.”¹¹³

Međutim, iako načelno treba podržati praksu Ustavnog suda koja kao zaštićeni osnov ustanovljava činjenicu državljanstva, smatramo neophodnim detaljnije preispitati samu logiku ove odluke. Preciznije, iako je krajnji rezultat u ovom slučaju ispravan, tj. sporne odredbe podzakonskog akta je trebalo ukinuti, postavlja se pitanje da li je osnov za to trebala biti zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva ili činjenica da sporne odredbe nijesu u skladu sa Zakonom o socijalnoj i dječijoj zaštiti? Drugim riječima, osnov preispitivanja spornih odredbi treba biti ustavno načelo koje predviđa da svi podzakonski akti moraju biti u skladu sa zakonima.

Preciznije, tačno je da sporni pravilnik predviđa da je uslov ostvarivanja prava crnogorsko državljanstvo, ali sama činjenica da neko lice nije državljanin Crne Gore ne bi bila dovoljna da Ustavni sud pruži zaštitu na osnovu činjenice državljanstva. Preduslov zaštite je taj što Zakon o socijalnoj i dječijoj zaštiti eksplicitno propisuje mogućnost da predmetno pravo može ostvariti lice koje ima status stranca sa odobrenim privremenim boravkom ili stalnim nastanjenjem u državi. Da ovog propisivanja nema Ustavni sud ne bi mogao oglasiti odredbe diskriminatornim, jer je u nacionalnom pravu moguće lošije tretirati strance od domaćih državljana. Logika Ustavnog suda, da zaštita od diskriminacije izvire isključivo iz činjenice državljanstva značila bi da svaki stranac, pa i onaj koji nema privremeni boravak ili stalno nastanjenje u Crnoj Gori, ima prava iz sporne Odluke Glavnog grada – Podgorice. Jedina situacija u kojoj bi sama činjenica državljanstva bila dovoljna da Ustavni sud proglasi sporne odredbe neustavnim je da neki međunarodni dokument ratifikovan od strane Crne Gore predviđa da lice koje ima status stranca sa odobrenim privremenim boravkom ili stalnim nastanjenjem u državi, ima sva prava kao i državljani te države. U tom slučaju nije potrebno da neki zakonski tekst u crnogorskom pravnom sistemu sadrži predmetno propisivanje.

113 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 49/11 i 59/11, 25. decembar 2014. godine.

3.3.3.2. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-I 10/15 od 18.03.2015. godine

Na osnovu odredbi Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica svi poreski obveznici, rezidenti i nerezidenti, su podvrgnuti plaćanju poreza na dohodak fizičkih lica u odnosu na pet vrsta prihoda: 1) ličnih primanja; 2) samostalne djelatnosti; 3) imovine i imovinskih prava; 4) kapitala; 5) kapitalnih dobitaka. Dakle, lična primanja su podvrgnuta oporezivanju na osnovu predmetnog poreskog oblika. Međutim, na osnovu formulacije iz člana 17. Zakona o autoputu Bar-Boljare, oslobađaju se lica *„koja nijesu državljani Crne Gore, ili nemaju prebivalište u Crnoj Gori, a koja dohodak ostvaruju radom na izgradnji autoputa.“* Ove odredbe su suprotne ustavnom načelu jednakosti građana pred zakonom jer je do kršenja istog došlo na osnovu pravljenja nedozvoljene razlike u odnosu na lična svojstva građana, preciznije u odnosu na činjenicu državljanstva, odnosno prebivališta.

Naglašavamo da treba napraviti jasnu razliku između osporavanja postojanja spornog oslobođenja od plaćanja poreza na dohodak uopšte (u odnosu na privredno društvo izvođača radova) i oslobođenja plaćanja poreza isključivo stranih državljana i lica koja nemaju prebivalište (domicil) u Crnoj Gori. Dakle, postojanje oslobađanja od plaćanja poreza privrednog društva koje će izvoditi radove na autoputu sa stanovišta Ustava nije sporno. Skupština Crne Gore ima pravo da u slučaju postojanja opravdanih razloga uvede neko oslobađanje. Konkretno, u ovom slučaju opravdanje predstavlja javni interes iskazan u članu 2. Zakona: *„Autoput je javno dobro od interesa za Crnu Goru“*. Stoga, iako sporno oslobađanje pravi razliku između zaposlenih u privrednom društvu koje izvodi radove na autoputu i zaposlenih u drugim privrednim društvima koji su obveznici poreza na dohodak i moraju plaćati porez na lična primanja, ova razlika se ne može smatrati diskriminatornom zbog postojanja opravdanja u vidu javnog interesa, a može se smatrati i srazmjernom sa ciljem koji se želi postići. Dakle, oslobađanje od plaćanja poreza na dohodak u članu 17. Zakona o Autoputu Bar-Boljare, samo po sebi, ne predstavlja diskriminatornu mjeru. Ovaj zaključak se temelji i na praksi Ustavnog suda Crne Gore:

„Komitet za ljudska prava je tumačeći odredbe Pakta, zabranu diskriminacije vezivao za neko od prava garantovanih ovim aktom i zauzeo stav da svako različito postupanje nije diskriminatorno u smislu člana 26. Pakta, dokle god je zasnovano na objektivnom i razumnom opravdanju (odluka Komiteta za ljudska prava Young protiv Austrije, broj 941/2000).“¹¹⁴

114 Ustavni sud Crne Gore U-I br. 2/111.

Međutim, činjenica da se ovo oslobađanje ne primjenjuje na sva lica koja su zaposlena kod privrednog društva koje izvodi radove na autoputu, već se razlika pravi u odnosu na njihova lična svojstva – državljanstvo i prebivalište (domicil), predstavlja diskriminaciju, kako u skladu sa sudskom praksom Ustavnog suda Crne Gore, tako i u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava! Razlikovanje na osnovu ličnih svojstava lica prepoznaje eksplicitno i Ustavni sud Crne Gore kao jedan od ključnih elemenata postojanja povrede načela jednakosti:

„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... Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca...”¹¹⁵

Kao potvrdu stavova da državljanstvo i prebivalište predstavljaju lična svojstva koja uživaju zaštitu od diskriminacije, ukazujemo na praksu Evropskog suda za ljudska prava:

„Vijeće je smatralo da, u okolnostima slučaja, uobičajeno rezidentstvo, kao što je domicil (prebivalište) ili državljanstvo, treba biti smatrano kao aspekt ličnog statusa...”¹¹⁶

Takođe, smatramo očiglednim da pravljenje razlike u poreskom tretmanu lica u okviru istog privrednog društva na osnovu državljanstva i prebivališta predstavlja nejednak tretman u identičnoj pravnoj situaciji koji je prepoznat i zabranjen od strane Ustavnog suda Crne Gore:

„Datim zakonskim rješenjem, po ocjeni Ustavnog suda, narušava se Ustavom zajemčena jednakost unutar istog kruga građana – samostalnih umjetnika, odnosno stručnjaka u kulturi. Naime, uređivanje prava na penzijsko i invalidsko osiguranje, kao i način plaćanja doprinosa za zdravstveno i penzijsko-invalidsko osiguranje samostalnih umjetnika, odnosno samostalnih stručnjaka u kulturi na različit način među njima, po ocjeni Suda, nema utemeljenje u Ustavu...”¹¹⁷

Dakle, lica koja su zaposlena kod istog poslodavca se nalaze u identičnoj pravnoj situaciji, a žrtve su različitog – diskriminatornog poreskog tretmana. Iako na nivou privrednog društva postoji opravdanje – javni interes za postojanjem oslobađanja, nije moguće na osnovu ovog principa opravdati različit tretman

115 Ustavni sud Crne Gore U – I br. 3/09.

116 Evropski sud za ljudska prava, *Carson and Others v The United Kingdom*, (26. mart 2010), br. 42184/05, pasusi 66.

117 Ustavni sud Crne Gore U-I br. 25/10.

lica zaposlenih unutar tog privrednog društva! Stoga, lošiji tretman državljanina Crne Gore, u odnosu na sve inostrane državljane zaposlene u jednom te istom privrednom društvu predstavlja diskriminaciju! Ovakav poreski režim stimuliše privredno društvo koje će izvoditi radove da ne zapošljava niti jednog državljanina Crne Gore nego da svi zaposleni budu inostrani državljani (Kina, Srbija, Makedonija i sl), za šta ne može postojati opravdanje.

3.3.3.3. Stambena prava iz radnog odnosa

U 2015. godini Ustavni sud Crne Gore je u četiri slučaja oglosio neustavnim odredbe opštih akata (pravilnika) tri različita pravna lica na osnovu kojih je vršena diskriminacija zaposlenih u pogledu pomenutih prava iz radnog odnosa. Preciznije, oglašene su suprotnim načelu zabrane diskriminacije pravilnici o rješavanju stambenih potreba zaposlenih sljedećih pravnih lica: Glavnog grada – Podgorice (U-II br. 10/14, 28. decembar 2015), „Telekoma Crne Gore“ a.d. Podgorica (U-II br. 58/13, 29. maj 2015), Udruženja penzionera Nikšić (U-II br. 22/13, 24. jul 2015, U-II br. 43/12, 24. jul 2015).

Principe koje je u ovoj oblasti izgradio Ustavni sud najbolje je razumjeti primijenivši ih na Pravilnik o rješavanju stambenih potreba kadrova na Univerzitetu Crne Gore.¹¹⁸ Analizom predmetnog opšteg akta nesumnjivo se dolazi do zaključka da isti sadrži čitav niz odredbi koje se u praksi Ustavnog suda, kao i ESLJP, smatraju suprotnim načelu zabrane diskriminacije.

3.3.3.4. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-II-37/16 od 05.06.2016. godine

Na osnovu člana 10. stav 3 Pravilnika pod članom porodičnog domaćinstva se smatra „bračni drug, maloljetna djeca, kao i punoljetna djeca ako su bračni drugovi, po zakonu, obavezni da ih izdržavaju“. Navedene odredbe su suprotne praksi Ustavnog suda u vezi sa zaštitom od diskriminacije vanbračne zajednice u odnosu na bračnu zajednicu. Preciznije, suprotno je ustavnom načelu zabrane diskriminacije praviti razliku između bračne i vanbračne zajednice u postupku rješavanja stambenih pitanja:

„Uspostavljena razlika između lica koja su u braku i lica koja žive u vanbračnoj zajednici, u postupku rješavanja stambenih potreba zaposlenih, po ocjeni Ustavnog suda, nema objektivno i razumno opravdanje. Ustavni sud je, takođe, ocijenio da ne postoji ni jedan

118 Pravilnik o rješavanju stambenih potreba kadrova na Univerzitetu Crne Gore, septembar 2009. godine.

dopušteni ustavnopravni ili zakonski – legitimni cilj, koji bi opravdao osporenu diskriminaciju po osnovu bračnog statusa, odnosno nejednakost u ostvarivanju prava na rješavanje stambenog pitanja, po osnovu ličnih svojstava građana.“¹¹⁹

Sličan diskriminatorni karakter po osnovu bračnog statusa imaju i odredbe koje se tiču favorizovanja onih slučajeva kada oba supružnika rade na Univerzitetu. Naime, u slučaju da oba supružnika rade na Univerzitetu, broj bodova supružnika koji konkuriše za stan povećava se za: supružnika u zvanju redovnog profesora ili naučnog savjetnika za 5 bodova; supružnika u zvanju vanrednog profesora ili višeg naučnog saradnika 4 boda; za supružnika u zvanju docenta ili naučnog saradnika ili profesora visoke – stručne škole sa doktoratom 3 boda; za supružnika u zvanju predavača visoke stručne škole sa doktoratom 2 boda; za supružnika bez akademskog zvanja 1 bod. Ovakav nejednak tretman supružnika predstavlja diskriminaciju zabranjenu na osnovu prakse Ustavnog suda:

„Nasuprot tome, Ustavni sud je utvrdio da su osporenim odredbom člana 26. Odluke, zaposleni koji učestvuju u postupku rješavanja stambenih potreba, a nijesu u braku sa lokalnim službenikom odnosno namještenikom, dovedeni u međusobno neravnopravan – nepovoljniji položaj po osnovu ličnog svojstva (bračnog statusa), u odnosu na zaposlene koji su u braku sa lokalnim službenikom odnosno namještenikom. Uspostavljena razlika između službenika i namještenika, zavisno od toga da li su u braku s lokalnim službenikom, odnosno namještenikom (ukoliko njegov supružnik ima 10 ili više godina radnog staža u organima uprave, posebnim i stručnim službama Glavnog grada – Podgorice) kojima se radni staž dodatno vrednuje sa 5 bodova u postupku rješavanja stambenih potreba, po ocjeni Ustavnog suda, nema objektivno i razumno opravdanje i predstavlja neposredni oblik diskriminacije, po osnovu ličnog svojstva (bračnog statusa).“¹²⁰

Nadalje, sporni Pravilnik na diskriminativan način definiše krug lica koja imaju pravo na rješavanje stambenih potreba. Naime, član 6. definiše da zaposleni (kadar) sa punim radnim vremenom na Univerzitetu ima pravo na rješavanje stambene potrebe ukoliko on i/ili njegov član porodičnog domaćinstva: nema stan, odnosno stambenu zgradu u svojini, susvojini ili zajedničkoj svojini, u mjestu prebivališta ili na udaljenosti manjoj od 40 km od sjedišta jedinice Univerziteta u kojoj je zaposlen; nema stan, stambenu zgradu ili drugi dio u stambenoj zgradi u svojini, susvojini ili zajedničkoj svojini, ili stanarsko pravo na njemu, odgovarajuće stambene površine u mjestu prebivališta ili na udaljenosti

119 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 58/13, 29. maj 2015. godine, p. 8.1.

120 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 10/14, 28. decembar 2015, p. 7.2.2.

manjoj od 40 km od sjedišta jedinice Univerziteta u kojoj je zaposlen. Ovakvo određenje lica koja nemaju riješeno stambeno pitanje je od strane Ustavnog suda u sličnoj pravnoj situaciji ocijenjeno kao suprotno članu 8. stav 1 Ustava i članu 17. stav 2 Zakona o zabrani diskriminacije:

„...Nasuprot tome, učesnik oglasa-penzioner, koji u svojini ima porodičnu stambenu zgradu (...), ako mu je bračni drug dobio u zakup kuću ili stan (...) i ako je on ili njegov bračni drug imao u svojini stambenu kuću ili stan koji su na bilo koji način otuđili, isključuje se iz postupka raspodjele i lišava mogućnosti, da pod ravnopravnim uslovima, učestvuje u postupku rješavanja stambenih potreba, nezavisno od toga da li ima riješeno stambeno pitanje. Činjenica da učesnik oglasa ili njegov bračni drug ima u svojini porodičnu stambenu zgradu ili stan (...), po ocjeni Ustavnog suda, mogla bi biti jedino od značaja za njegovo rangiranje na rang listi za raspodjelu stanova, ali ne i razlog za njegovo isključenje. Isključivanje pojedinih lica (penzionera), mogućih korisnika prava na rješavanje stambenog pitanja, zbog posjedovanja imovine ili imovinskih prava, nezavisno od toga da li imaju riješeno stambeno pitanje, po ocjeni Ustavnog suda, nema objektivno i razumno opravdanje.“¹²¹

Sličan diskriminatorni karakter ima i kriterijum da je za mogućnost rješenja stambenog pitanja neophodno da zaposleni nema u posjedu imovinu u mjestu njegovog prebivališta, odnosno na udaljenosti manjoj od 40 km od sjedišta jedinice Univerziteta u kojoj je zaposlen. Na ovaj način osnov diskriminacije predstavlja činjenica prebivališta, odnosno mjesta nastanjenja zaposlenog. Ovo rješenje može da dovede do paradoksalnih situacija. Npr. zaposleni na Univerzitetu koji posjeduje kuću i zemljište u Bijelom Polju, kao i stan u Herceg Novom a nastanjen je i radi u Podgorici (npr. Arhitektonski fakultet) smatraće se u smislu Pravilnika da nema riješeno stambeno pitanje. Međutim, zaposleni koji je nastanjen i radi na istoj jedinici Univerziteta ali koji od imovine ima stan u Podgorici smatraće se da ima riješeno stambeno pitanje. Diferencijacija između lica po osnovu kriterijuma prebivališta, odnosno mjesta gdje su nastanjena, je u praksi ESLJP okarakterisana kao zaštićeni osnov:

„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 prebivališta. Prema tome, došlo je do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 1. Protokola broj 1.“¹²²

121 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 22/13, 24. jul 2015, p. 7.3.

122 ESLJP, Vučković and Others v. Serbia (28. avgust 2012), br. 17153/11, pasus. 87.

Na kraju, neustavnim se treba smatrati i diskreciono pravo Rektora da rješava stambena pitanja iz tzv. rektorske kvote. Naime, član 17. Pravilnika predviđa da nezavisno od uobičajene procedure Rektor ima diskreciono ovlaštenje da nekom od zaposlenih riješi stambeno pitanje na način što će izvršiti vrednovanje po kriterijumima utvrđenim sljedećim redoslijedom: 1. značaj posla (član 12. Pravilnika); 2. deficitarnost kadra; 3. naučno-nastavna perspektiva lica sa akademskim ili naučnim zvanjem; 4. članstvo u nacionalnoj akademiji nauka i umjetnosti; 5. poslovi koje zaposleni obavlja ili koje je obavljao na Univerzitetu (rektor, prorektori, predsjednik Upravnog odbora Univerziteta, dekani, direktori instituta, šefovi odsjeka, šefovi poslijediplomskih studija); 6. bibliografski opus kandidata (objavljeni radovi – udžbenici, monografije, članci u referentnim časopisima, druga autorska djela); 7. referentne nagrade.

Većina navedenih kriterijuma ne ispunjava osnovne preduslove principa pravne sigurnosti koji predviđa da odredbe propisa moraju da budu jasne i precizne, te da njihov adresat može sa razumnim stepenom vjerovatnoće da predvidi njihove posljedice. Npr. na osnovu kojih kriterijuma se utvrđuje da li je neki kadar deficitaran? Šta se podrazumijeva pod naučno-nastavnom perspektivom? Dakle, ovako neprecizno formulisane odredbe Pravilnika daju preširoka diskreciona ovlaštenja Rektor u pogledu ocjene predviđenih kriterijuma. Isto se treba smatrati suprotnim zahtjevu pravne sigurnosti kao posebne dimenzije načela vladavine prava:

„Zahtjevi pravne sigurnosti i vladavine prava, iz člana 1. stav 2. Ustava, traže da pravna norma bude dostupna adresatima i za njih predvidljiva, tj. takva da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi se prema njima mogli ponašati. Adresati pravne norme ne mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i dužnosti, te predvidjeti posljedice svog ponašanja ako pravna norma nije dovoljno određena i precizna.“¹²³

3.3.4. Seksualna orijentacija kao zaštićeni osnov

Predmete u kojima su pravosudni organi raspravljali problematiku zaštite od diskriminacije zasnovane na seksualnoj orijentaciji nalazimo, kako u praksi Ustavnog suda, tako i u praksi redovnog pravosuđa. Kada je riječ o Ustavnom sudu predmet U-I br. 2/11 od 19. januar 2012. godine, sadrži najvažnije stavove u vezi sa pravnim tretmanom istopolnih zajednica u crnogorskom pravnom sistemu. Sa druge strane, redovno pravosuđe je nažalost bili suočeno sa slučajevima homofobije u kojima su lica zbog drugačije seksualne orijentacije bila

123 Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 10/14, 28. decembar 2015, p. 7.2.2.

izložena zlostavljanju. U tri presude višeg pravosuđa koje su analizirane u okviru ovog projekta, kao najvažniji problem identifikovan je nedovoljno precizna linija razgraničenja između prekršajne i krivičnopravne zaštite od diskriminacije koja u praksi stvara značajne probleme. Riječ je o dva predmeta pred Višim sudom u Podgorici u kojima su potvrđene prvostepene odluke kojima oglašavaju krivim lica za krivično djelo ugrožavanje sigurnosti iz člana 168. stav 2 KZ, kao i jednom predmetu u kojem je isti sud potvrdio prvostepenu odluku Osnovnog suda u Kotoru, kojom je lice oglašeno krivim za krivično djelo rasne i druge diskriminacije iz člana 443. stav 1 KZ.

3.3.4.1. Istopolne zajednice u praksi Ustavnog suda Crne Gore i Saveznog Ustavnog suda Njemačke

Razlike u razumijevanju pojma zajednice istopolnih partnera u crnogorskom pravnom sistemu i pravnom sistemu Njemačke na najbolji način ilustruju stavovi iz predmeta BvR 611/07 i BvR 2464/07 Saveznog Ustavnog suda Njemačke i predmeta U-I br. 2/11 Ustavnog suda. Iako ova dva pravna sistema posjeduju za sada različit zakonodavni okvir vezan za predmetnu problematiku, preciznije, za razliku od crnogorskog pravnog sistema njemački pravni sistem sadrži poseban propis kojim se normiraju istopolne zajednice, komparacija prakse najviših nacionalnih sudskih instanci ukazuje u kom pravcu crnogorski zakonodavac, a kasnije i pravosuđe, moraju da idu.

Kada je riječ o tretmanu zajednice života istopolnih partnera u praksi Ustavnog suda ova problematika je preispitivana 2012. godine, kada su osporene 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 je isti opravdan:

„Po ocjeni Ustavnog suda, osporena odredba člana 12. stav 1. Porodičnog zakona ima za posljedicu 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...”¹²⁴

124 Ustavni sud Crne Gore (19. januar 2012) U-I br. 2/11.

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. 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 različitih polova u istoj situaciji.“¹²⁵

Međutim, iako je u posljednje 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 pojedinačno:

„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.“¹²⁶

125 ESLJP, Schalk and Kopf v. Austria (24 June 2010), br. 30141/04, pasusi 93-94.

126 Ibid, pasusi, 105-106.

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

„Sfera porodičnih i bračnih društvenih odnosa, po ocjeni Ustavnog suda, spada u domen prava u kojima je državama ostavljeno šire polje procjene 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 podnosioc inicijative traži, zavisi od zakonodavca.“¹²⁷

Sa druge strane, 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 nasljeđe (*Erbschaftsteuer – und Schenkungsteuergesetz – ErbStG*). U svojoj odluci Ustavni sud Njemačke je neke njegove odredbe oglasio suprotnim načelu jednakosti iz člana 3.1. Ustava Njemačke (Osnovnog zakona):

„...Lošiji tretman registrovane zajednice istopolnih partnera na osnovu poreskih propisa o nasljeđivanju u poređenju sa bračnim drugovima u pogledu ličnih oslobođanja (§ 16 ErbStG stari), poreskih stopa (§§ 15, 19 ErbStG stari), kao i isključivanja u pogledu posebnog oslobođanja za koristi od odlaska u penziju (§ 17 ErbStG stari) nije u skladu sa opštim principom jednakosti (član 3.1 Osnovnog zakona) (I)...“¹²⁸

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. Interesantno je analizirati stavove Ustavnog suda Njemačke u kontekstu 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:

127 Ustavni sud Crne Gore (19. januar 2012) U-I br. 2/11.

128 Ustavni sud Njemačke (21 July 2010) BvR 611/07 i BvR 2464/07.

„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 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)).“¹²⁹

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)).“¹³⁰

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 odredbi 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 registrovana zajednica istopolnih partnera) potpada pod pravo na slobodu seksualne orijentacije te da često one nemaju istovjetan tretman:

129 Ibid, pasus 66.

130 Ibid, pasus 67.

„Konačno, Federalni ustavni sud zahtijeva striktno preispitivanje jednakosti u slučajevima u kojima 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 života istopolnih partnera je praktično neodvojiva od njegove ili njene seksualne orijentacije (vidi BVerfGE 124, 199 (221)).“¹³¹

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 okolnosti 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)).“¹³²

Poređenjem stavova sadržanih u gore navedenim sudskim odlukama moguće je identifikovati dva bitna pitanja kada je riječ o praksi Ustavnog suda Crne Gore. Prvo je vezano za širinu koncepta komparacije identičnih situacija kao prvog koraka u utvrđivanju postojanja diskriminacije. Naime, ustaljena praksa Ustavnog suda Crne Gore je da kada je riječ o poređenju postojanja dvije identične situacije najviša crnogorska sudska instanca koristi pojam „istovjetnog pravnog položaja“. Preciznije, predmet poređenja jeste da li je riječ o dva identična pravna režima, te ukoliko je to slučaj onda mora postojati i identična pravna situacija, tj. identičan pravni režim koji se na njih primjenjuje:

„Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju... 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...“¹³³

Na osnovu ovakvog razumijevanja principa istovjetnog položaja u praksi Ustavnog suda Crne Gore, u nekom budućem zakonodavnom okviru koji će sadržati

131 Ibid, pasus 73.

132 Ibid, pasus 78.

133 Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

poseban propis kojim će se urediti odnosi između partnera istog pola, dolazi se do zaključka da poređenje između bračne zajednice i zajednice istopolnih partnera nije moguće. Naime, pošto će ove dvije zajednice života biti regulisane zasebnim propisima te imati neke razlike i specifičnosti, onda bi se moglo smatrati da je riječ o „različitom pravnom položaju“ koji bi rezultirao mogućnošću različitog tretmana, što ne bi predstavljalo diskriminaciju.

Sa druge strane, očigledno je da Ustavni sud Njemačke u okviru testa komparacije koristi značajno šire principe od formule „istovjetnog pravnog položaja“ Ustavnog suda Crne Gore. 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 oslobađanjem. Drugim riječima, Ustavni sud Njemačke stavlja znak jednakosti između bračne zajednice i registrovane zajednice života istopolnih partnera u kontekstu pravnog pitanja dostupnosti poreske olakšice.

Drugo važno pitanje proizilazi iz stavova Ustavnog suda Crne Gore koji smatra da činjenica *„da li će i kada zakonom biti garantovana i druga prava osobama istog pola koje žive u de facto partnerstvu, a čije priznanje podnosioc inicijative traži, zavisi od zakonodavca.“* Načelno, ovakvo stanovište nije sporno, preciznije, nije moguće da Ustavni sud Crne Gore svojim djelovanjem proizvede pravni režim koji bi omogućio ostvarivanje prava partnera u istopolnim zajednicama. Preciznije, svaranje pravnih normi koje bi regulisale odnose partnera u istopolnim zajednicama je u isključivoj nadležnosti nacionalnih zakonodavaca. Ove stavove potvrđuje i gore navedena praksa ESLJP. Međutim, iako je predmetno stanovište tačno, postavlja se pitanje da li je najviša crnogorska sudska instanca trebala da zauzme aktivniji pristup, odnosno, da li je mogla da uradi više u cilju što skorijeg rješenja predmetnog problema u crnogorskom pravnom sistemu.

U tom kontekstu, kao dobar primjer direktnog uticaja ustavnog pravosuđa na zakonodavca u cilju sprovođenja određenih politika, odnosno, donošenja neophodnih izmjena propisa, može poslužiti praksa Saveznog Ustavnog suda Njemačke:

„Zakon o transeksualcima ostaje na snazi do novog zakonskog regulisanja...zakonodavcu se određuje da do 30. juna 2007. donese novi propis koji je u skladu sa Ustavom.“¹³⁴

Slično, aktivan stav pokazuje Ustavni sud Hrvatske:

134 Savezni ustavni sud Njemačke, BVerfGE 116, 243, 18. jul 2006. godine.

„...Ustavni sud, u granicama svoje nadležnosti, na temelju člana 31. stava 4. i 5. Ustavnog zakona:

– obvezuje Vladu Republike Hrvatske da u roku od jedne godine od dana objave ove odluke u „Narodnim novinama“ uputi u parlamentarnu proceduru izmjene i dopune Zakona o službenoj uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u kojima će urediti prikladan pravni mehanizam za slučajeve kad predstavnička tijela jedinica lokalne samouprave ne provode obveze iz Zakona o službenoj uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina odnosno opstruiraju njegovu provedbu...”¹³⁵

Navedeni primjer iz prakse Ustavnog suda Hrvatske pokazuje aktivan pristup u pogledu rješenja određenih važnih društvenih pitanja, a zasnovanih na ovlašćenjima koja propisuje zakon. Predmetni stavovi se temelje na odredbama Zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske koji predviđa da Ustavni sud može sam odrediti tijelo kojem povjerava izvršenje svoje odluke, kao i način izvršenja.¹³⁶ Slično normiranje ovlašćenja nalazimo i u Zakonu o ustavnom sudu Crne Gore koji predviđa da „Ustavni sud može u odluci odrediti rok i način izvršenja odluke, kao i organ koji je dužan da je izvrši“.¹³⁷ Stoga, Ustavni sud Crne Gore u skladu sa dobrom praksom drugih nacionalnih ustavnih sudova treba preuzimati daleko veću inicijativu kada je riječ o rješavanju najvažnijih društvenih pitanja u crnogorskom pravnom sistemu, među kojima svakako jesu i pitanja vezana za zaštitu od diskriminacije, pa tako i u pogledu pitanja normiranja odnosa lica koja žive u istopolnim zajednicama.

3.3.4.2. Kaznenopravni aspekti diskriminacije

Na samom početku ovog dijela studije mora se ponovo istaći problem transparentnosti i dostupnosti podataka kada govorimo o zaštiti od diskriminacije kroz kaznenopravnu zaštitu. Taj problem onemogućava stvarni uvid u zastupljenost diskriminatornih kaznenih djela u prekršajnom i krivičnom pravosuđu Crne Gore (ovo se naročito odnosi na sudove za prekršaje), a što bi nam omogućilo da izvršimo kvalitativnu analizu zaštite od diskriminacije kroz kaznenopravni mehanizam. Iz ovog razloga analiza koja slijedi bazirana je na pretpostavci mogućih problema adekvatne primjene kaznenopravnog mehanizma, a imajući u vidu iskustva država u okruženju.

¹³⁵ Ustavni sud Hrvatske, U-VIIR-4640/2014, 12. kolovoza 2014.

¹³⁶ Član 31. stavovi 4 i 5 Ustavnog Zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodnim novinama“ broj 49 od 3. svibnja 2002.

¹³⁷ Član 52. stav 2 Zakona o ustavnom sudu Crne Gore, „Službenom listu CG“, br. 11/2015 od 12.3.2015.

Obimom najznačajniji pravni okvir zaštite od diskriminacije nalazi se u sferi prekršajnog zakonodavstva, međutim onaj kojim se pojedinac i društvo štiti od najopasnijih oblika diskriminatornog ponašanja svoj ultima ratio je pronašao u krivičnom zakonodavstvu. Mogućnost preklapanja i nedovoljno jasna granica između različitih nivoa zaštite od diskriminacije može rezultirati u suprotnosti sa svrhom krivičnog pravnog i prekršajnog mehanizma zaštite od diskriminacije. Analizom odnosa ova dva mehanizma zaštite od diskriminacije želi se ukazati na moguće prepreke koje proističu iz neadekvatnog zakonodavnog okvira ali u značajnijoj mjeri u neizgrađenoj praksi zaštite od diskriminacije u postupanju državnih organa.

Kao što je to prethodno ukazano u dijelu normativno-pravnog okvira, zaštita od diskriminacije je diversifikovana kroz veliki broj zakona koji nijesu usklađeni sa bazičnim zakonom, Zakonom o zaštiti od diskriminacije. Sa druge strane, problemi u primjeni različitih nivoa i mehanizama zaštite od diskriminacije mogu da proisteknu kroz preklapanje zaštitnih objekata pojedinih zakona. Ovakva situacija će najčešće biti prouzrokovana nejasnom granicom u zaštitnim objektima konkretnih zakona ali i kao direktna posljedica nedovoljnog poznavanja pojma diskriminacije. U konačnom, takva pravna situacija će se manifestovati kroz primjenu neadekvatnog mehanizma zaštite ili paralelne primjene dva nivoa zaštite, što sve može da prouzrokuje povredu procesnih prava lica koje se tereti za diskriminaciju ali po pravilu i prije svega, neadekvatnu zaštitu ugroženih ili povrijeđenih prava lica koja su diskriminisana konkretnim životnim događajem.

Opšti problem kazneno-pravne zaštite u crnogorskom pravnom sistemu jeste prenormiranost, koja se u konkretnom slučaju odražava kroz stalno povećanje broja inkriminacija društveno opasnog ponašanja, kako kroz krivično tako i kroz prekršajno zakonodavstvo. Često se vrši paralelna inkriminacija društveno opasnih ponašanja kroz navedena dva nivoa kaznenopravne zaštite. Upravo nepostojanje jasnog razgraničenja između krivičnog djela i prekršaja uz neprepoznavanje diskriminatornog ponašanja (često i procjena uspješnosti u postupku, odnosno izglednost dokazivanja diskriminatornih pobuda) mogu prouzrokovati pogrešnu kvalifikaciju protivpravnog ponašanja kao prekršaja ili paralelno odnosno sukcesivno vođenje prekršajnog i krivičnog postupka (ovakva pravna situacije nije izuzetak samo kod diskriminatornog protivpravnog postupanja, a što je fokus ove studije). Kod ovakve pravne situacije, može doći do povrede načela *ne bis in idem* odnosno primjena istog može predstavljati ograničenje u zaštiti od diskriminacije.

Primjer nedovoljno jasnog razgraničenja između prekršaja i krivičnog djela učinjenog iz mržnje može se vidjeti kod protivpravnog ponašanja „ugrožavanja sigurnosti“. Naime, Zakonom o javnom redu i miru propisuje se kao prekršaj

kažnjiv novčanom kaznom do 1500 eura ili kaznom zatvora do 60 dana (što je najviša moguća zatvorska kazna za prekršaj) protivpravno ponašanje kojim učinilac na javnom mjestu izazove osjećanje ugroženosti kod drugog prijetnjom da će napasti na život ili tijelo tog ili njemu bliskog lica (član 8). Krivičnim zakonom se u članu 168. stav 1 propisuje krivično djelo ugrožavanja bezbjednosti u slučaju kada učinilac *ugrozi sigurnost nekog lica prijetnjom da će napasti na život ili tijelo tog lica ili njemu bliskog lica*. Za ovo djelo je moguće izreći novčanu kaznu ili zatvor do jedne godine. Stavom 2. istog člana propisano je kao teži oblik ukoliko je *izvršeno iz mržnje* u kom slučaju se može izreći isključivo zatvorska kazna i to od tri mjeseca do tri godine. Dakle, kod ova dva kaznena djela radnja izvršenja je istovjetna „*prijetnja da će se napasti na život ili tijelo tog lica ili njemu bliskog lica*“, kao i posljedica kada je kod drugog lica konkretnom radnjom prouzrokovan „*osjećaj nesigurnosti*“. Pobuda razlikuje krivično djelo iz člana 168. KZ-a u težem obliku od prekršaja iz člana 8. Zakona o javnom redu i miru, odnosno izvršenje ovog protivpravnog ponašanja *iz mržnje*.

Kao što smo i ranije naveli, često nedovoljno poznavanje pojma diskriminacije i manifestacije mržnje kao pobude za izvršenje krivičnog djela, kao i poteškoće u dokazivanju ove kvalifikatorne okolnosti utiču da se organi otkrivanja i gonjenja odlučuju na podnošenje prekršajnog naloga i pokretanje prekršajnog postupka umjesto krivičnog postupka što za posljedicu ima neadekvatnu zaštitu najznačajnijih društvenih vrijednosti. Da ne govorimo o mogućim zloupotrebama ove pravne situacije.

Ne postoje nedoumice u pogledu vođenja prekršajnog postupka kada je za isto kazneno djelo već započeo ili je okončan krivični postupak. U tom slučaju se primjenjuje odredba člana 100. stav 3 i 4 Zakona o prekršajima kojom se propisuje zabrana ponovnog suđenja. Naime, lice koje je u krivičnom postupku pravosnažno oglašeno krivim za djelo koje ima obilježje prekršaja neće se kazniti za prekršaj (stav 3). Ukoliko je protiv učinioca prekršaja započeo krivični postupak za krivično djelo koje ima obilježje prekršaja, za taj prekršaj ne može se pokrenuti prekršajni postupak, a ako je prekršajni postupak pokrenut obustaviće se (stav 4).

Sa druge strane, postavlja se pitanje u kojim slučajevima će se primijeniti načelo *ne bis in idem* kada je sproveden prekršajni postupak i učinilac oglašen krivim, a kada je naknadno utvrđeno da u radnji za koje je sproveden prekršajni postupak ima obilježja krivičnog djela. U skladu sa odredbama člana 51. stav 3 KZ-a moglo bi se pretpostaviti nepostojanje smetnji i neprimjenjivost načela *ne bis in idem* kao mogućnost započinjanja i sprovođenja krivičnog postupka. Prema ovoj odredbi ne postoji dvostruka kažnjivost ukoliko se zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za prekršaj *uračuna u kaznu izrečenu za krivično djelo* čija obilježja obuhvataju i obilježja prekršaja.

Međutim, postavlja se pitanje da li se u tom slučaju krši načelo *ne bis in idem*? Ustav Crne Gore propisuje da se *nikome ne može ponovo suditi niti može biti ponovo osuđen za isto kažnjivo djelo*. Zakonik o krivičnom postupku razrađuje ovo načelo na način što propisuje da „nikome ne može biti ponovo suđeno za krivično djelo za koje je *pravosnažnom odlukom osuđen ili oslobođen optužbe*“. Da bi se utvrdilo da li postoji povreda ovog načela neophodno je kao prvi opredjeljujući kriterijum utvrditi da li je djelo za koje je prethodno vođen prekršajni postupak kažnjivo djelo. Kao drugo, nužno je utvrditi da li se radi o istovjetim kažnjivim djelima.

Za utvrđivanje prvog opredjeljujućeg kriterijuma primjenjuje se praksa Evropskog suda za ljudska prava, prije svega tkz. „mjerila Engel“. Dakle, da bi se utvrdilo da li se radi o optužbi za krivično (kažnjivo) djelo u smislu člana 6. EKLJP potrebno je utvrditi tri mjerila: 1) pravna kvalifikacija djela prema domaćem zakonodavstvu, 2) priroda djela koja podrazumijeva dva kumulativna podkriterijuma, i to obim prekršene norme i svrhu kazne i 3) priroda i stepen težine kazne. U datom primjeru, „ugrožavanja sigurnosti“ isti se prema kvalifikaciji ne bi mogao smatrati i krivičnim djelom jer je Zakonom o prekršajima određen kao prekršaj. Međutim, primjenom druga dva kriterijuma nesumnjivo se može utvrditi da se radi o kažnjivom djelu, odnosno o djelu za koje važe sve garancije koje važe za krivična djela propisana Krivičnim zakonom. Ovo je moguće utvrditi imajući u vidu prirodu ovog djela kojim se štiti ne samo interes konkretne žrtve već i šireg kruga građana neodređenog broja. U konačnom, priroda i stepen težine kazne, novčana kazna i kazna zatvora od 60 dana, što je maksimalna zatvorska za prekršaj, ukazuju da je svrha kazne kažnjavanje i odvratanje od ponavljanja istovjetnog ponašanja, što ovaj prekršaj čini kažnjivim djelom u smislu ESLJP. Kada bi u pretpostavljenom slučaju bila izrečena i blaža kazna po vrsti ne bi imalo uticaja na prirodu ovog prekršaja kao kažnjivog djela u kom slučaju se moraju primjenjivati sve procesne garancije a i načelo *ne bis in idem*, ukoliko je ispunjen drugi kriterijum istovjetnosti kažnjivih djela.

Istovjetnost kažnjivih djela utvrđuje se kroz subjektivni i objektivni identitet prekršajnog i krivičnog djela. Subjektivni identitet u praksi stvara najmanje problema dok se za utvrđivanje objektivnog identiteta kaznenih djela koriste opredjeljujući kriterijumi proizišli i kroz praksu ESLJP. Bazični kriterijum za utvrđivanje objektivnog identiteta jeste činjenično stanje koji kao osnovni pretpostavlja utvrđivanje identičnosti na osnovu dopunskih kriterijuma kao što su identitet zaštićenog dobra, težina posljedice i predviđena sankcija (kao što je to slučaj kod utvrđivanja da li se kod prekršaja radi o kaznenom djelu).

Praksa ESLJP je ustanovila standard da je zabranjeno procesuiranje za kazneno djelo u onoj mjeri u kojem ono proizilazi iz istog činjeničnog supstrata, od-

nosno identičnih ili bitnih sličnih činjenica¹³⁸. Ranije smo naveli da problem razgraničenja prekršaja i krivičnog djela po pravilu proizilaze iz nedovoljnog razgraničenja elemenata bića krivičnog djela i prekršaja. To za posljedicu može imati da se u prekršajnom postupku činjenični opis proširi u mjeri kojim se obuhvata i činjenični opis krivičnog djela. U osnovnom primjeru „ugrožavanja sigurnosti“ zakonski opisi prekršaja iz člana 8. Zakona o javnom redu i miru i člana 169. KZ se u potpunosti preklapaju, što upravo može prouzrokovati praksu dvostrukog postupka za isto krivično djelo, što čini povredu načela *ne bis in idem*. Što se može i očekivati i u slučaju težeg oblika krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti iz člana 168. stav 2 KZ kada je isto izvršeno iz mržnje, u kom slučaju bi se prekršajnom kalifikacijom obuhvatio i ovaj teži oblik krivičnog djela.

Očigledan primjer jednog ovakvog postupanja državnih organa se može prikazati kroz slučaj pred ESLJP, *Maresti* protiv Republike Hrvatske¹³⁹, a koji je imao značajne reprekusije na praksu postupanja državnih organa u Hrvatskoj ali i ukazao na problem preklapanja zakonskog opisa krivičnih djela i prekršaja¹⁴⁰. Podnosilac zahtjeva je u prvobitnom, prekršajnom postupku oglašen krivim na osnovu Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, nakon čega je osuđen i u krivičnom postupku zbog nanošenja teških tjelesnih povreda zato što je u alkoholisanom stanju vrijeđao i fizički napao oštećenog, čime je prouzrokovao teške tjelesne povrede. Iako zakonski opis prekršaja iz Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira ne sadrži posljedicu nanošenja teških tjelesnih povreda, Sud za prekršaje je utvrdio da je izvršilac ovog prekršaja kriv i za nanošenje teških tjelesnih povreda, pa mu je sljedstveno tome izrekao i kaznu zatvora od četrdeset dana. Kako je u oba postupka podnosilac predstavke osuđen za nanošenje tjelesnih povreda, ESLJP je našao da su se obje odluke odnosile na isto djelo i utvrdio povredu člana 4. Protokola 7.

Dakle, u slučaju „materijalnog identiteta djela“, odnosno obuhvatom istog činjeničnog opisa u oba postupka povrijeđeno je načelo *ne bis in idem*. Ukoliko se radi samo o preklapanju zakonskog opisa krivičnog djela i prekršaja, tim prije će doći i do preklapanja činjeničnog opisa tj. identičnih ili bitno sličnih činjenica,

138 *Zolotukhin* protiv Rusije – predstavka 14939/03, presuda od 10. februara 2009

139 *Maresti protiv Hrvatske*, predstavka 55759/07, presuda od 25. juna, 2009.

140 Donošenje ove presude je rezultiralo i donošenjem Privremenih uputa za postupanje državnih odvjetnika i policijskih službenika u kaznenim i prekršajnim predmetima u kojima je izgledna povreda načela *ne bis in idem*. O tome više: E. Ivičević Karas, D. Kos: „Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom kaznenom pravu“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 19, broj 2/2012, str. 555-584.

file:///C:/Users/User/Downloads/7_Ivicevic.pdf

paralelnim ili sukcesivnim vođenjem prekršajnog i krivičnog postupka, što će voditi načelu *ne bis in idem*.

Ključna prepreka koja može proizvesti prethodno opisane pravne situacije je preklapanje zakonskih opisa prekršaja i krivičnih djela, no u slučaju protivpravnog diskriminatornog postupanja to je dodatno uslovljeno i nepoznavanjem pojma diskriminacije i nepostojanja prakse u prepoznavanju ovakvog ponašanja. U tom kontekstu, dodatne zabune će proizvesti i dopuna KZ-a (uveden novi član 42a – Izmjene i dopune Sl. list 40/2013-59) kojom se sada izričito propisuje posebna okolnost za odmjeravanje kazne za krivično djelo učinjeno iz mržnje¹⁴¹, odnosno za bilo koje krivično djelo propisano KZ-om sada je posebno propisana mogućnost i definisana mogućnost kvalifikovanja kao krivičnog djela učinjenog iz mržnje¹⁴². Naime, ovako definisana kvalifikatorna okolnost će zahtijevati aktivnu tužilačku i sudsku praksu kako bi se uspostavili određeni standardi za primjenu iste. Do tada, ni tužioci ni sudije neće pribjegavati primjeni ove odredbe, što će kvalifikovanje kaznenog ponašanja usmjeravati u procesuiranju klasičnih krivičnih djela ili pak prekršaja.

Na ovo ukazuje i slučaj iz prakse Osnovnog suda u Nikšiću gdje je ODT podnio optužni prijedlog za osnovni oblik krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti iz člana 168. stav1 KZ-a, pri tome ga ne kvalifikujući kao protivpravno ponašanje za teži oblik ugrožavanja sigurnosti iz stava 2. nasuprot okolnostima slučaja koji nesumnjivo ukazuju da je krivično djelo motivisano pobudama mržnje prema pripadnicima LGBT populacije.

3.3.5. Kršenje sloboda kretanja prava EU

Jedno od najvažnijih pravnih pitanja u svakoj državi koja se nalazi u postupku pristupanja EU jeste kakav je status prava EU u nacionalnom pravnom sistemu do trenutka ulaska u EU? Pravni osnov eventualne primjene prava EU u crnogorskom pravnom sistemu je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju¹⁴³ (u daljem tekstu: SSPCG) koji je stupio na snagu 1. maja 2010. godine. Nakon

141 „Ako je krivično djelo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi, vjeroispovjesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu okolnost sud će cijeniti kao otežavajuću, osim ako to nije propisano kao obilježje osnovnog ili težeg oblika krivičnog djela“

142 Mada je ova mogućnost postojala i ranije kao dio opštih pravila za odmjeravanje kazne zakonodavac je eksplicitno uveo ovu otežavajuću okolnost kako bi zaštitu od diskriminacije izdigao na veći nivo. U kojoj mjeri će ova izmjena doprinijeti i većem stepenu zaštite pokazaće vrijeme koje dolazi.

143 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država i Republike Crne Gore.

stupanja na snagu odredbe SSPCG omogućavaju zaštitu fizičkim i pravnim licima koja neposredno stiču prava na osnovu njega i mogu se na njih pozivati pred sudovima strana ugovornica.¹⁴⁴ U krajnjoj liniji, tumačenje odredbi Sporazuma o pristupanju u unutrašnjem pravnom poretku pridružene države daje najviša instanca u toj državi kojoj se stranke mogu obratiti (npr. Vrhovni sud ili eventualno Ustavni sud).¹⁴⁵

3.3.5.1. Primjena prava EU u državama kandidatima

Kada je riječ o Crnoj Gori, ustavna konfiguracija pravosuđa neminovno ovu funkciju daje Ustavnom sudu. Upravo ova obaveza najviših nacionalnih sudskih instanci postavila je pitanje: da li harmonizacija zakonodavstva treba biti praćena i „sudskom harmonizacijom“, drugim riječima, postavilo se pitanje da li nacionalni sudovi treba da primjenjuju tumačenja data od strane SPEU, kao i da li treba da uzmu u obzir EU legislativu kada primjenjuju odredbe nacionalnog prava i odredbe Sporazuma o pristupanju.¹⁴⁶

U traženju odgovora na ovu dilemu kao polazna tačka može poslužiti opšte pravilo o tumačenju međunarodnih ugovora *favor conventionis*. Ovaj princip zahtijeva da se svi zakoni od strane sudova tumače u kontekstu i duhu međunarodnih ugovora koji su sastavni dio unutrašnjeg sistema države, o čemu svjedoči i praksa Ustavnog suda Njemačke:

„...U vezivanje za zakon i pravo spada, takođe, uzimanje u obzir jemstava Evropske konvencije o ljudskim pravima i odluka Suda za ljudska prava u okviru tumačenja zakona...“

Iz navedenog slijedi da prilikom tumačenja nekog spornog pravnog pojma vezanog za primjenu *acquis*-a, kao prvi indikator u cilju njegovog definisanja svakako treba biti korišćeno nacionalno pravo, međutim, ukoliko bi postojao nedostatak valjanih indikatora u okviru nacionalnog pravnog sistema, logično je da se smjernice potraže u pravu EU, što potvrđuje i svrha nekih od najvažnijih odredbi SSPCG, a prije svega „opšta harmonizaciona klauzula.“¹⁴⁷ Sa predmet-

144 M. Stanivuković, Sanja Đajić: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i prelazni trgovinski sporazum Srbije i Evropskih zajednica – pravno dejstvo i značaj, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/2008. 398

145 M. Stanivuković: Pojedinač pred Sudom evropskih zajednica, Službeni glasnik, Beograd, 2007, 161.

146 A. Albi, EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe, Cambridge University Press, 2005, 52.

147 Član 72. stav 1 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država i Republike Crne Gore.

nom dilemom se susreo Ustavni sud Hrvatske npr. u slučaju *Hyuindai auto Zagreb* u kojem je podnosilac ustavne tužbe smatrao da je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja poništila pojedine odredbe tipskih ugovora pozivajući se na interpretativne instrumente za primjenu hrvatskih propisa, iako Republika Hrvatska u to vrijeme nije bila članica EU. Ustavni sud Hrvatske je ponovio pravno stanovište zauzeto još 2007. godine u predmetu *Volkswagen* da pravo EU:

„Slijedom navedenoga, u slučajevima u kojima se ispituje je li tržišno natjecanje narušeno, hrvatska tijela koja se bave zaštitom tržišnog natjecanja, ovlaštena su i obvezatna primjenjivati kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju Europskih zajednica i iz instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije Europskih zajednica. Na taj način SSP i Privremeni sporazum obvezuju hrvatska tijela za zaštitu tržišnog natjecanja da rješavajući određene slučajeve, primjenjuju ne samo hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, nego i da vode računa o odgovarajućem pravu Europskih zajednica...kriteriji, standardi i instrumenti tumačenja Europskih zajednica ne primjenjuju se kao primarni izvor prava, nego samo kao pomoćno sredstvo za tumačenje ...“¹⁴⁸

Dakle, u predmetu *Hyuindai auto Zagreb* potvrđen je stav da pravo EU predstavlja pomoćno sredstvo pri popunjavanju pravnih praznina hrvatskih propisa:

„Navedena stajališta primjenjiva su i na konkretan slučaj. Naime, Agencija i Upravni sud su pri procjenjivanju je li ograničenje tržišnog natjecanja zaključivanjem spornih ugovora pošli od mjerodavnih odredbi ZZTN-a, a pri tome su samo kao pomoćno sredstvo primijenili kriterije, standarde i instrumente za tumačenje Europske zajednice. Radilo se o popunjavanju pravnih praznina na način koji odgovara duhu nacionalnoga prava i koji nije suprotan izričitim rješenjima ZZTN-a, primjenom kojega je odlučeno u ovom slučaju.“¹⁴⁹

Slične stavove je iskazao i Ustavni sud kada se suočio sa zahtjevom da preispita usklađenost odredbi Zakona o energetici sa SSPCG i Direktivom 2009/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 13. jula 2009. Međutim, Ustavni sud Crne Gore je otišao korak dalje od principa koje slijedi Ustavni sud Hrvatske i eksplicitno zauzeo stav da je moguće ocjenjivati usklađenost crnogorskih propisa sa direktivama EU iako iste nisu implementirane u domaći pravni sistem. Naime, Ustavni sud Crne Gore smatra da iako ne postoji obaveza poštovanja interpretativnog dejstva prava EU, crnogorski državni organi ipak treba da slijede ovaj princip:

148 Ustavni sud Hrvatske, U-III-1410/2007, 13. veljače 2007. godine.

149 Ustavni sud Hrvatske, U-III-2934/2011, 23. svibanj 2014. godine.

*„Sudovi država koje nijesu članice Evropske Unije nijesu obavezni da usklađuju svoj pravni sistem niti neposrednim niti interpretativnim dejstvom prava Evropske Unije, kao što su to sudovi država članica. Ustav Crne Gore ne sadrži odredbe o načinu interpretacije evropskog prava, kojih bi se morao pridržavati Ustavni sud, ali nema ni zabrane (pravne), da Ustavni sud interpretira one pravne norme koje su donesene u procesu usklađivanja crnogorskog prava s evropskim. To prvenstveno proizilazi iz činjenice da je usklađivanje s cjelokupnim *acquis-em* nužno kao uslov za članstvo u Evropsku Uniju. Uvažavanje interpretativnog dejstva evropskog prava od strane državnih organa u Crnoj Gori, pa i od strane Ustavnog suda, predstavljaju instrument za harmonizaciju prava, s obzirom da je Crna Gora prihvatila i pravnu obavezu usklađivanja unutrašnjeg prava, u pojedinim dijelovima prava s jasno određenim rokovima.“¹⁵⁰*

Na osnovu ovih stavova Ustavni sud u ovom predmetu ulazi u konkretnu ocjenu usklađenosti nacionalnih odredbi sa predmetnom direktivom EU:

„U tom smislu, uvažavajući mogućnost interpretativnog dejstva evropskog prava, Ustavni sud je ocijenio da osporena odredba člana 34. stav 3 Zakona nije u suprotnosti s odredbama člana 35. stav 5 Direktive 2009/72 EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 13. jula 2009. godine, kojima su, radi obezbjeđivanja nezavisnosti regulatornog tijela, propisane obaveze za države članice“.

3.3.5.2. Pojam osnovnih sloboda (sloboda kretanja)

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 osnovnih 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*).¹⁵¹ Ova dva principa predstavljaju dvije strane istog novčića.¹⁵²

150 Odluka Ustavnog suda Crne Gore, U-I br. 35/10, 28. februar 2014. godine.

151 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.

152 Axel Cordewener: The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market, u EU Freedoms and Taxation, ed.

Građani EU su zaštićeni od diskriminacije i restrikcija sloboda kretanja zato što potpadaju pod personalno i sadržinsko područje (polje) zaštite Ugovora. Autori UFEU su predvidjeli da osnovne slobode, kao i klauzule o zabrani diskriminacije, budu sveobuhvatan instrument za realizaciju svrhe prava EU. Ustvari, nijesu zaštićeni građani EU, već radnici, privredna društva i pružaoci usluga koji ostvaruju prihode na osnovu svojih prekograničnih aktivnosti.

Osnovno pitanje u ostvarivanju prava zagaranovanih 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 zagaranovanih Ugovorom, posebno onih koje se tiču sloboda kretanja i rezidentstva u okviru teritorije države članice....“*¹⁵³

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).

Član 21. UFEU utvrđuje da svaki građanin EU ima pravo na slobodno kretanje i slobodno nastanjivanje u okviru teritorije država članica. Praksa SPEU je eksplicitna da se ono primjenjuje isključivo u prekograničnim situacijama:

*„...građanstvo Unije, koje se zasniva na članu 8. Ugovora EZ, ne predviđa proširivanje područja primjene ratione materiae Ugovora na interne situacije koje nemaju vezu sa komunitarnim pravom.“*¹⁵⁴

Ovo opšte pravilo treba biti primjenjivano u vezi sa članom 18. UFEU o zabrani diskriminacije na osnovu državljanstva, ali samo u slučaju kada se nije moguće osloniti na neku drugu određeniju odredbu (slobodu kretanja).¹⁵⁵ Najčešće preklapanje slobode nastanjivanja postoji sa slobodom kretanja radnika:

Vanistendael Frans, International Bureau of Fiscal Documentation, 2006, str. 34.

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

154 Spojeni slučajevi 64/96 i 65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker and Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen, pasus 23.

155 Vanessa E. Metzler: The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation, (u: *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, eds. Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer), Spiramus Press, 2010, str. 30.

*„...lica koja su cijelu svoju radnu aktivnost sproveda u državi članici čiji su državljani, a koja koriste pravo nastanjanja u drugoj državi članici isključivo poslije odlaska u penziju, bez namjere da rade u toj državi, ne mogu da se pozivaju na slobodu zagarantovanu članom 39. EZ“.*¹⁵⁶

Članovi 28-29. UFEU garantuju slobodu kretanja dobara. Ista čini osnovu carinske unije kao jednog od esencijalnih elemenata unutrašnjeg tržišta EU i ostvaruje se: ukidanjem carina na robu u uvozu i izvozu između država članica, ukidanjem carinskih dažbina koje imaju prirodu poreza, ukidanjem i zabranom dažbina na promet roba koje imaju isti učinak kao količinska ograničenja, ukidanjem količinskih ograničenja uvoza i izvoza i ukidanjem državnih monopola na uvoz i izvoz određenih proizvoda. Koliko široko se u pravu EU tumači pojam robe najbolje svjedoči predmet u kojem je SPEU odlučio da utvrđivanje dažbina na izvoz istorijskog, arheološkog i umjetničkog blaga Italije, što je ona opravdavala zaštitom svojih kulturnih dobara, ima ograničavajuća dejstva na slobodan promet dobara. Nije uvažen ni argument Italije da kulturna dobra nijesu „roba“.¹⁵⁷

UFEU članom 45. garantuje slobodu kretanja radnika, koja podrazumijeva ukidanje svih vrsta diskriminacije zasnovane na državljanstvu radnika država članica u pogledu zaposlenja, nadoknade kao i drugih uslova rada. Jednostavnije rečeno, zaštitu na osnovu člana 45. UFEU uživaju tzv. „prekogranični radnici“, koji su, iako žive u jednoj državi članici, zaposleni na teritoriji druge države članice. U skladu sa ovakvim stanovištem, Uredba o slobodi kretanja radnika u okviru EU predviđa da radnici koji su državljani jedne države članice, a koji rade na teritoriji druge države članice, imaju pravo na iste poreske pogodnosti kao i radnici koji su domaći državljani.¹⁵⁸ Pojam radnika podrazumijeva lice zaposleno uz nadoknadu pod nadzorom poslodavca:

*„...esencijalna osobina radnog odnosa je da određeni vremenski period lice pruža usluge za i pod nadzorom drugog lica, a zauzvrat dobija nadoknadu“.*¹⁵⁹

Član 56. UFEU predviđa zabranu diskriminacije državljana jedne države članice da pružaju usluge u drugoj državi članici. Pod uslugama posebno podrazu-

156 Slučaj 520/04 Pirkko Marjatta Turpeinen, pasus 16.

157 Slučaj 7/68 Commission v Italy.

158 Council Regulation (EEC) No. 1612/68 of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ English Special Edition 1968 (II), p.475.

159 Slučaj 66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden – Württemberg, pasus 17.

mijeva: 1) industrijske usluge; 2) komercijalne usluge; 3) zanatske usluge; 4) profesionalno pružanje usluga. Pravo pružanja usluga imaju samo državljani sa nastanjenjem u EU ili privredna društva osnovana na osnovu nacionalnih propisa država članica pod uslovom da je njihovo sjedište ili mjesto uprave na teritoriji EU. Privredno društvo (društvo kćerka, stalna poslovna jedinica, zastupništvo) koje je osnovalo na teritoriji neke od država članica privredno društvo iz trećih država, takođe može pod određenim uslovima uživati slobodu pružanja usluga. Naime, poslovanje takvih privrednih društava, čije se sjedište ili uprava nalazi izvan EU, moraju imati stvarnu i kontinuiranu vezu sa ekonomijom države članice. Međutim, ta veza ne može biti bazirana na osnovu državljanstva (državljanstvo osnivača, članova upravnog ili nadzornog odbora i sl.).¹⁶⁰

Sloboda osnivanja (poslovnog nastanjivanja) regulisana članovima 49-55. UFEU, predviđa mogućnost da državljani jedne države članice bez ograničenja osnivaju zastupništva, stalne poslovne jedinice ili kompanije, kao i da obavljaju preduzetničke aktivnosti (samozaposlena lica) na teritoriji druge države članice. Dakle, generalno riječ je o mogućnosti preduzimanja svih oblika ekonomske aktivnosti na teritoriji druge države članice. U praksi SPEU na zvaničnom engleskom jeziku ne postoji jedinstveni termin prava EU koji bi označavao sve oblike ekonomskih aktivnosti, već se javlja u vidu tri sinonima: 1) *Undertaking* – koji je generalno najčešći i ukazuje na sprovođenje ekonomske aktivnosti i držanje sredstava poslovanja vezanim za istu; 2) *Enterprise* – koristi se obično kada postoji neka specifična potreba, kao npr. u slučaju kad je neophodna usklađenost sa međunarodno prihvaćenom terminologijom; 3) *Business* – u okviru poreskog prava EU ovaj termin se nalazi u okviru šire dimenzije koncepta *undertaking*.¹⁶¹

Na osnovu člana 63. UFEU zabranjene su sve restrikcije kretanja kapitala i plaćanja između država članica, kao i između država članica i trećih država. Dakle, ovo je jedina sloboda koja se primjenjuje i u slučaju restrikcija *vis-à-vis* trećih država (države koje nijesu članice EU). Isto znači da se kako rezidenti država članica, tako i rezidenti trećih država mogu pozivati na ovu slobodu u slučaju kretanja kapitala između država članica i trećih država. Po pitanju razgraničenja slobode osnivanja od slobode kretanja kapitala, SPEU ustanovljava kriterijum „definitivnog uticaja“ nad odlučivanjem kompanije:

160 General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services, 1546 OJ 1962, 32.

161 Paquale Pistone: „Enterprise“, „Business“ and Business Profits“ in EU Tax Law, (u: *The Meaning of „Enterprise“, „Business“ and Business Profits“ Under Tax Treaties and EU Tax Law*, ed. Guglielmo Maisto), International Bureau of Fiscal Documentation, 2011, str. 20

„...državljanin države članice koji ima učešće u kapitalu kompanije osnovane u drugoj državi članici koje mu daje definitivni uticaj nad donošenjem odluka kompanije i omogućava da određuje njene aktivnosti koristi slobodu osnivanja“.¹⁶²

3.3.5.3. Test diskriminacije

Prvu fazu postupka u ocjeni usklađenosti nacionalne mjere sa pravom EU čini ispitivanje postojanja neophodnih pretpostavki za primjenu neke od sloboda kretanja:

„...nema komunitarnog prava van njegovog područja primjene: za njegovu primjenu je bitna uniformnost u pogledu lica i predmeta na koji se odnosi...“¹⁶³

Dakle, da bi slobode kretanja zagwarantovane UFEU bile primjenjive u nekom slučaju, neophodno je postojanje dva preduslova: 1) *ratione personae* – pravo na zaštitu imaju samo građani EU; 2) *ratione materiae* – pravo na zaštitu uživa isključivo prekogranična ekonomska aktivnost.

Kada je riječ o *ratione personae*, UFEU predviđa da isključivo građani EU imaju pravo na zaštitu prava zagwarantovanih osnovnim slobodama, i to kako fizička lica tako i kompanije. Član 20. UFEU predviđa da pravo zaštite sloboda kretanja i slobode rezidentstva uživaju građani EU, što potvrđuje i SPEU:

„Kao njemački državljanin, gospodin Rüffler uživa status građanina EU, ustanovljen članom 17(1) EZ i može, dakle, ukoliko je neophodno, da se osloni na prava povjerena onima sa tim statusom, kao što su prava na slobodu kretanja i slobodu rezidentstva u članu 18(1) EZ...“¹⁶⁴

Iz ove formulacije SPEU, kako to uređuje i UFEU, vidi se da je državljanstvo neke od država članica činjenica na osnovu koje se stiče status građanina EU. Faktički, lica koja imaju zaštitu od diskriminatornih i restriktivnih mjera na tržištu EU su državljani država članica:

„...članovi 39. EZ i 43. EZ se bore protiv svake nacionalne norme koja je, iako primjenjiva na nediskriminativan način u pogledu državljan-“

162 Slučaj 251/98 C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, pasus 22.

163 Mišljenje AG u Slučaju 231/89 Gmurzynska-Bscher v Oberfinanzdirektion Köln, pasus 8.

164 Slučaj 544/07 Uwe Rüffler v Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Wałbrzychu, pasus 55.

stva, u stanju da državljanima Zajednice onemogućiti ili učini manje privlačnim upotrebu osnovnih sloboda zagwarantovanih Ugovorom...”

SPEU u svojoj praksi potvrđuje zahtjev iz člana 54. UFEU da kompanije moraju imati identičan tretman u pravu EU kao i državljani EU:

*„...na osnovu člana 58. Ugovora, kompanije koje su osnovane u skladu sa zakonom države članice, a koje imaju svoje registrovano sjedište, centralu upravljanja ili glavno mjesto odvijanja poslovnih aktivnosti u okviru Zajednice, treba tretirati na isti način kao fizička lica koja su državljani država članica“.*¹⁶⁵

Dakle, SPEU u svojoj praksi pod pojmom „sjedište“ (*seat*) kompanije, na osnovu koga se određuje njeno državljanstvo, podrazumijeva tri kriterijuma: 1) registrovano sjedište (*registered office*); 2) centralu upravljanja (*central administration*); ili 3) glavno mjesto odvijanja poslovnih aktivnosti (*principal place of business*). Svaka poreska mjera država članica koja pravi razliku po osnovu mjesta gdje se nalazi sjedište uprave je zabranjena:

*„...U pogledu kompanija treba napomenuti u ovom kontekstu da njihovo sjedište...služi kao vezujući faktor za pravni sistem određene države članice, poput državljanstva u slučaju fizičkih lica...prihvatanje tvrdnje da država članica u kojoj kompanija ima namjeru da koristi slobodu osnivanja može slobodno na nju primijeniti različiti tretman samo zbog činjenice da je njeno sjedište u nekoj drugoj državi članici lišilo bi odredbu svakog smisla.“*¹⁶⁶

Kada je riječ o *ratione materiae*, tj. o prirodi slučajeva u kojima SPEU ima nadležnost, tj. situacijama u kojima građani EU imaju pravo na zaštitu od strane SPEU prava zagwarantovanih slobodama kretanja, one treba da kumulativno ispunjavaju dva kriterijuma: 1) aktivnost mora imati ekonomsku sadržinu; 2) aktivnost mora imati prekogranični element.

Slobode kretanja zagarrantovane UFEU se primjenjuju isključivo u slučaju aktivnosti građana EU koje imaju ekonomsku sadržinu. U svojoj ranijoj praksi SPEU je uspostavio određena ograničenja u primjeni osnovnih sloboda vezanih za neophodnost postojanja ekonomske svrhe prekogranične aktivnosti. Dakle, nije riječ o zahtjevu da državljanin države članice sprovodi ekonomsku aktivnost na teritoriji druge države članice, već da je državljanin države članice prešao granicu u svrhu obavljanja ekonomske aktivnosti. Tačnije, slobode kretanja

165 Slučaj 212/97 Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, pasus 19.

166 Slučaj 330/91 The Queen v Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG., pasus 13.

nijesu primjenjive u svim slučajevima prekograničnih aktivnosti, već isključivo ako je cilj ekonomske prirode:

„...kada oni žele da sprovedu ekonomsku aktivnost na teritoriji druge države članice...”¹⁶⁷

Dakle, pojam prekogranične ekonomske aktivnosti se ne tumači u uskom smislu. Cilj SPEU je pokrivanje i onih prepreka koje se ne odnose na samu prekograničnu situaciju kao takvu (faktički ili u pravnom smislu), ali koje takođe spriječavaju ekonomskog aktera u aktivnosti izvan granica države rezidentstva. Pored ovoga, po shvatanju SPEU, u cilju stvaranja mogućnosti da određena lica ponude svoje aktivnosti primaocima istih (poslodavcu, klijentu, potrošaču, itd.) u nekoj drugoj državi članici, njima ne samo što mora biti omogućeno da uđu na njenu teritoriju, već i da se tamo zadrže ili čak borave u cilju pokušaja nalaženja zaposlenja kao radnici ili samozaposlena lica:

„...iz navedenog slijedi da je pravo državljanina države članice da uđe na teritoriju druge države članice i tamo boravi radi ostvarivanja ciljeva namjeravanih Ugovorom – posebno da traži ili vrši zaposlenje ili aktivnosti zaposlenog ili samozaposlenog lica, ili da se pridruži svom bračnom drugu ili porodici – pravo povjereno direktno na osnovu Ugovora, ili, ukoliko je to slučaj, normi usvojenih u cilju njegove implementacije.”¹⁶⁸

Kada je formirana EU, nastala je potreba razgraničenja primjene i svrhe prava EU i nacionalnih prava država članica. SPEU je definisao liniju razgraničenja stvaranjem onoga što je nazvao „čisto unutrašnja situacija“, te da se u principu, pravo EU primjenjuje isključivo u situacijama prekograničnih aktivnosti:

„Odredbe ugovora o slobodi kretanja radnika zato ne mogu biti primijenjene na situacije koje su u potpunosti unutrašnje za državu članicu; drugim riječima, kada ne postoji faktor koji ih veže ni za jednu situaciju predviđenu komunitarnim pravom.”¹⁶⁹

Dakle, interne (domaće) situacije, iako mogu imati ekonomsku sadržinu, regulisane su nacionalnim pravnim normama i poreski obveznik može dobiti zaštitu isključivo pred nacionalnim nadležnim organima:

167 Slučaj 212/06 Government of the French Community, and Walloon Government v Flemish Government, pasus 44.

168 Slučaj 48/75 Jean Noël Royer, pasus 31.

169 Slučaj 175/78 Regina v Vera Ann Saunders, pasusi 11-12.

„...Svaka diskriminacija koju državljani države članice mogu da trpe na osnovu prava te države potpada pod okvir tog prava i mora se rješavati na polju unutrašnjeg pravnog sistema te države.“¹⁷⁰

Drugu fazu u ispitivanju postojanja diskriminacije ili restrikcije sloboda kretanja predstavlja preispitivanje da li postoji različit tretman dva lica u identičnoj situaciji, odnosno identičan tretman lica u različitim situacijama:

„Ustaljena sudska praksa je da diskriminacija može nastati samo primjenom različitih normi na uporedive situacije kao i primjenom istih normi na različite situacije.“¹⁷¹

Iz navedene definicije slijedi zaključak da je suštinski element zabrane diskriminacije zaštita tzv. prava na jednakost (*equality right*). Ovaj koncept se zasniva na *tertium comparationis*. Pošto se pravna zaštita prekogranične situacije u smislu zabrane diskriminacije zasniva na njenom poređenju sa čisto domaćom situacijom, predmetni *tertium comparationis* je hipotetička domaća situacija koja je identična sa prekograničnom situacijom samo što joj nedostaje inostrani element. Dakle, osnov postojanja diskriminacije je pitanje postojanja uporedivih situacija.

Kada je riječ o prekograničnoj ekonomskoj situaciji prilikom postupka komparacije, SPEU vrši poređenje ekonomskih aktera koji vrše istu vrstu ekonomske aktivnosti:

„...nerezidentni poreski obveznik, bilo zaposlen ili samozaposlen, koji ostvaruje cijeli ili skoro cijeli dohodak u državi zaposlenja, je u objektivno identičnoj situaciji po pitanju poreza na dohodak kao i rezident koji obavlja istu vrstu posla.“¹⁷²

SPEU je jasan da kod diskriminacije ne postoji *de minimis* pravilo, već da su i manji oblici diskriminacije zabranjeni:

„...Takođe nije neophodno, u ovom kontekstu procijeniti stepen nepovoljnijeg položaja...pošto član 52. zabranjuje svaku diskriminaciju, čak iako je ograničene prirode.“¹⁷³

170 Spojeni Slučajevi 64/96 i 65/96, Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker and Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen, pasus 23.

171 Slučaj 107/94 P. H. Asscher v Staatssecretaries van Financiën, pasus 40.

172 Slučaj 80/94 G. H. E. J. Wielockh v Inspecteur der Directe Balastingen, pasus 20.

173 Slučaj 270/83 Commission of The European Communities v French Republic, pasus 21.

Takođe, dovoljno je da je riječ o nacionalnoj mjeri koja može predstavljati i potencijalno ograničenje:

„Međutim, da bi zakonodavstvo bilo smatrano ograničenjem slobode osnivanja, dovoljno je postojanje mogućnosti ograničenja korišćenja te slobode u državi članici od strane kompanija osnovanih u drugoj državi članici, bez potrebe da se ustanovi da je predmetno zakonodavstvo stvarno dovelo u situaciju neku od kompanija da se uzdrži od kupovine, osnivanja ili držanja filijale u prvoj državi članici.“¹⁷⁴

Takođe, pitanje pojma, odnosno šta se sve podrazumijeva pod diskriminacijom, je veoma široko. Čak i neke odredbe koje su na prvi pogled nediskriminatorne mogu biti primjenjivane na diskriminativan način:

„U ovakvim situacijama, predmetni ugovor će kršiti zabranu iz člana 85(1) samo ako njegov predmet ili dejstvo osjetno ograničavaju 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 ... na rezultat nepravilne primjene...“¹⁷⁵

Treću fazu u postupku ocjene da li postoji diskriminacija sloboda kretanja čini preispitivanje postojanja opravdanja različitog tretmana zajedno sa testom proporcionalnosti. Dakle, pored toga što privatnom sektoru omogućava direktnu primjenu prava na slobodu kretanja i nediskriminaciju, pravo EU takođe predviđa mogućnost za države članice da u izuzetnim situacijama zadrže (diskriminatorna) ulazna ili izlazna ograničenja ukoliko su ona opravdana legitimnim razlozima opšteg interesa i ako su u skladu sa principom proporcionalnosti. Preciznije, kada se ustanovi da je u konkretnom slučaju UFEU primjenjiv, kao i postojanje ograničenja neke od sloboda, postavlja se odlučujuće pitanje da li predmetna primjena restriktivne mjere može, bez obzira na to, biti opravdana od strane države članice.¹⁷⁶ Postoje dvije grupe opravdanja na koje se svaka država članica može osloniti u pokušaju opravdanja nacionalnih restriktivnih mjera koje su u suprotnosti sa pravom EU.

174 Slučaj 231/05 Oy AA, pasus 42.

175 Spojeni Slučajevi T-185/96, T-189/96 i T-190/96, Riviera Auto Service Établissements Dalmasso SA, pasusi 31 i 37.

176 Axel Cordewener, Georg Kofler, Servaas van Thiel: The Clash Between European Freedoms and National Tax Law – Public Interest Defenses Kofler Available to the Member States, Common Market Law Review 46, Kluwer Law International, str. 1951.

Prva grupa opravdanja čine ona eksplicitno navedena u UFEU. Riječ je o opravdanjima od opšteg interesa, koja se tiču javne politike, javne bezbjednosti, opšteg javnog zdravlja i pristupa djelatnostima javnog sektora. SPEU je uvijek ponavljao stav da opravdanja dostupna na osnovu UFEU moraju biti 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 radnika, mora biti usko tumačen...Restrikcije ne mogu biti uspostavljene na pravo radnika bilo koje države članice da uđe na teritoriju druge države članice, na njoj boravi ili se kreće u okviru nje, osim ukoliko njegovo prisustvo ili ponašanje predstavlja istinsku i ozbiljnu prijetnju po javnu politiku.“¹⁷⁷

Drugu grupu opravdanja stvorio je SPEU u svojoj praksi. „Test razloga“ (*rule of reason*) se može definisati kao princip koji omogućava državama članicama da pod striktnim uslovima odstupe od obaveza koje proističu iz sloboda zagaran-
tovanih UFEU na osnovu imperativnih razloga opšteg interesa.¹⁷⁸ Konačni oblik doktrina *rule of reason* je dobila u presudi *Gebhard*, u kojoj je SPEU ustanovio četiri uslova koja moraju biti ispunjena da bi određena restriktivna mjera bila opravdana i smatrana u skladu sa pravom EU:

*„Slijedi, međutim, iz sudske prakse SPEU da nacionalne mjere koje su u stanju da spriječe ili učine manje privlačnim korišćenje osnovnih sloboda zagaran-
tovanih Ugovorom moraju ispuniti četiri uslova: moraju se primjenjivati na nediskriminativan način; moraju biti opravdane imperativnim zahtjevima od opšteg interesa...; moraju biti odgovarajuće za osiguranje postizanja cilja kojem teže; i ne smiju ići dalje od onog što je neophodno da bi on bio postignut...“¹⁷⁹*

U kontekstu prava EU ovaj princip čini najvažniji dio primjene *rule of reason* testa, a njegov cilj se ogleda u balansiranju između interesa javnog i privatnog sektora u okviru primjene prava EU. Zato je, ili u najmanju ruku ima potencijal da bude, odlučujuća činjenica/koliziona norma (*conflict rule*) koja određuje

177 Slučaj 36/75 Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, sažetak presude 2-3.

178 Luc Hinnekens: *Basis and the Scope of Public Interest Justification of National Tax Measures Infringing Fundamental Treaty Freedoms*, (u: *EU Freedoms and Taxation*, ed. Frans Vanistendael), International Bureau of Fiscal Documentation, 2006, str. 80.

179 Slučaj 55/94 Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, pasus 37.

ishod pomenutog sukoba.¹⁸⁰ Dakle, princip proporcionalnosti zahtijeva da mjera mora da bude prikladna (*appropriate, suitable*) i neophodna (*necessary*) za postizanje cilja:

*„...kao prvo, da li sredstva koje se koriste u postizanju cilja odgovaraju njegovoj važnosti; kao drugo, da li su neophodna za njegovo postizanje...“*¹⁸¹

Iz ovoga slijedi da se predmetni princip zasniva na dvije primjese: testa prikladnosti i testa neophodnosti. Prvi se tiče odnosa sredstava i cilja. Sredstva koja mjera koristi moraju biti prikladna, odnosno imati razumnu vjerovatnoću za postizanje njenih ciljeva. Drugi se sastoji u mjerenju suprotstavljenih interesa. SPEU ocjenjuje suprotne posljedice koje neka mjera ima na određeni interes vrijedan pravne zaštite i određuje da li su te posljedice opravdane u pogledu važnosti ciljeva kojima teže.¹⁸²

3.3.5.4. Inicijativa za preispitivanje ustavnosti U-I 30/14 od 12.05.2014. godine

Predmetna inicijativa se temelji na dilemi: da li odredbe člana 63. stav 4 SSP-CG, koje između ostalog predviđaju slobodu portfolio (portfeljskih) investicija, sprječavaju primjenu odredbi člana 34b Zakona o porezu na dobit pravnih lica koje uslovljavaju pravo na korišćenje poreske olakšice za dividende primljene iz inostranstva od strane matične crnogorske kompanije činjenicom da mora da posjeduje minimalni kapital, učešće od 10% u inostranoj kompaniji, kao i da ovo učešće mora da bude držano minimalno godinu dana. Drugim riječima, da li su odredbe člana 34b Zakona o porezu na dobit pravnih lica u suprotnosti sa odredbom člana 63. SSPCG, jer predviđaju diskriminatorni režim za crnogorska rezidentna privredna društva koji dividendu primaju iz filijala koje su rezidenti neke države EU.

Naime, Crna Gora je na osnovu SSPCG u poglavlju o tekućim plaćanjima i kretanju kapitala članom 63. stav 4 preuzela obavezu da će stupanjem na snagu istog osigurati slobodno kretanje kapitala koje se odnosi na portfeljske investicije i finansijske zajmove i kredite s rokom dospelja kraćim od godinu dana.

180 Tor-Inge Harbo: The Function of the Proportionality Principle in EU Law, European Law Journal, Vol. 16, Blackwell Publishing, 2010, str. 164.

181 Slučaj 358/88 Oberhausener Kraftfutterwerk Wilhelm Hopermann GmbH, Oberhausen v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Frankfurt am Main, pasus 13.

182 Takis Tridimas: The General Principles of EU Law (second edition), Oxford University Press, 2006, str. 139.

U pravnom sistemu Crne Gore ne postoji zakonska definicija pojma portfolio (portfeljska) investicija. Međutim, član 3. Zakona o tekućim i kapitalnim poslovima sa inostranstvom eksplicitno određuje pojam direktne investicije (ulaganja):

„...direktna ulaganja koja obuhvataju sva ulaganja rezidenata u inostranstvu i nerezidenata u zemlji, koja ulagač obavlja sa namjerom uspostavljanja trajnih ekonomskih odnosa i ostvarivanja znatnog uticaja na upravljanje pravnim licem...”

Dakle, na osnovu definicije pojma direktne investicije, lako je ustanoviti šta se podrazumijeva pod pojmom portfolio investicije, kao koncepta suprotnog pojmu direktne investicije. Analizom predmetne zakonske definicije, dolazi se do zaključka da je glavni element određenja direktne investicije pojam „znatan uticaj na upravljanje pravnim licem“. Dakle, direktne investicije su sva ona ulaganja kapitala koja podrazumijevaju mogućnost investitora da značajno utiče na upravljanje određenim pravnim licem. Preciznije, ova činjenica u slučaju privrednih društava postoji kada neko lice ima dovoljno značajan nivo učešća u kapitalu privrednog društva da bi mogao da utiče na donošenje odluka u istom. Ovo u praksi znači da ima mogućnost da postavi većinu direktora u bordu direktora, ili da postavi izvršnog direktora ukoliko bord direktora ne postoji u određenom privrednom društvu.

Uvidom u praksu Suda pravde EU dolazi se do zaključka da ista predviđa praktično identična pravila u određenju pojmova direktnih i portfolio investicija. Uopšteno, kretanje kapitala podrazumijeva:

*„...držanje akcija koje pružaju mogućnost efektivnog učešća u upravljanju i kontroli (‘direktne’ investicije) kao i sticanje akcija na tržištu kapitala isključivo sa namjerom finansijske investicije koja nema za cilj da utiče na upravljanje i kontrolu nad kompanijom (‘portfolio’ investicije)“.*¹⁸³

Ukoliko se ova konstatacija primjeni na odredbe člana 34b Zakona o porezu na dobit, koje sporni poreski kredit uslovljavaju posjedovanjem minimalnim učešćem kapitala od 10% u kapitalu inostrane filijale (privrednog društva), smatramo nespornim da držanje učešća kapitala ispod 10%, kako u crnogorskom pravnom sistemu, tako i u praksi Suda pravde EU, je moguće okarakterisati isključivo kao portfolio investiciju.

U sljedećem koraku neophodno je ustanoviti da li uslovljavanje korišćenja poreskog kredita za dividende iz inostranstva predstavlja diskriminaciju i kr-

183 Slučaj 182/08 Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG V Finanzamt München II, pasus 40.

šenje prava koje dodjeljuje SSPCG crnogorskim građanima. Naime, sloboda kretanja kapitala, u konkretnom slučaju portfolio investicija, podrazumijeva pravo na identičan tretman određene investicije građana Crne Gore kako u potpuno domaćem kontekstu (izvršena u granicama Crne Gore) tako i u prekograničnom kontekstu (identična investicija u neku od država članica EU). Dakle, neophodno je izvršiti komparaciju identične investicije koja je izvršena u granicama Crne Gore (primjenjuje se samo nacionalno zakonodavstvo) i one izvršene u nekoj od država članica EU (primjenjuje se pored nacionalnog zakonodavstva i SSPCG).

U konkretnom slučaju riječ je o poređenju poreskog tretmana dividendi koje su raspodijeljene crnogorskom matičnom privrednom društvu od strane rezidentnog privrednog društva (isplatilac obveznik po odredbama ovog zakona) i onih raspodijeljenih od strane nerezidentnog privrednog društva (inostrani rezident). U prvom slučaju primjenjuju se odredbe člana 9. Zakona o porezu na dobit pravnih lica: *„Prihodi od dividendi i udjela u dobiti drugih pravnih lica izuzimaju se iz poreske osnovice primaoca, ako je njihov isplatilac obveznik poreza po ovom zakonu.“* Preciznije, dividende koje crnogorska matična kompanija primi od druge crnogorske rezidentne kompanije su izuzete od oporezivanja, tj. faktički poreski teret ne postoji. Sa druge strane, kada crnogorska rezidentna kompanija primi dividende od kompanije koja je inostrani rezident, poreski tretman zavisi od visine učešća kapitala. U slučaju kada je učešće u kapitalu veće od 10% crnogorska rezidentna kompanija ima pravo na poreski kredit, odnosno porez plaćen u inostranstvu će umanjiti porez koji bi trebao biti plaćen na osnovu crnogorskih poreskih propisa, pa faktički poreski teret ne postoji. Dakle, kada je učešće kapitala u inostranoj kompaniji veće od 10%, poreski tretman je identičan kao u slučaju dividendi primljenih iz domaćih kompanija, tj. faktički ne postoji. Međutim, u slučaju učešća kapitala manjeg od 10% u inostranoj kompaniji, crnogorsko rezidentno privredno društvo nema pravo na ovaj kredit, te plaća porez na te dividende na osnovu crnogorskih propisa iako je porez na te iste dividende već platio u inostranstvu. Dakle, u ovoj situaciji postoji lošiji poreski tretman nego u situaciji kada su dividende raspodijeljene od crnogorskih rezidentnih kompanija, pošto su iste izuzete od oporezivanja. Ovo znači da u situaciji kada crnogorskoj rezidentnoj kompaniji nije dostupan poreski kredit u odnosu na dividende primljene iz kompanija koje su rezidenti država EU ova odredba Zakona o porezu na dobit krši obaveze Crne Gore preuzete SSPCG, preciznije člana 63. o liberalizaciji portfolio investicija. Preciznije, predmetni poreski režim predstavlja jasnu diskriminaciju dividendi iz inostranstva kompanije koja ima manje od 10% učešća kapitala u odnosu na dividende iz inostranstva koje primi kompanija koja ima više od 10% učešća kapitala, odnosno, diskriminaciju u odnosu na kompanije koje primaju dividende raspodijeljene od strane crnogorskih rezidentnih kompanija.

Ovu tvrdnju dodatno potvrđuje i praksa Suda pravde EU, koja je u slučaju *FII Group Litigation* oglasio suprotnim pravu EU identične odredbe britanskog poreskog propisa koji je predviđao istu pravnu situaciju u slučaju otklanjanja dvostrukog oporezivanja dividendi. Dakle, u slučaju kada dividendu primi matična kompanija iz domaćih izvora primjenjivana je metoda izuzimanja, te iste nijesu ni uključivane u poresku osnovicu. Sa druge strane, kada bi rezidentna kompanija primila dividende iz inostranih izvora, primjenjivan je dvojni pravni režim: 1. U slučaju da posjeduje minimum 10% glasačkih prava u inostranoj filijali, rezidentna matična kompanija je imala pravo na poreski kredit; 2. U slučaju da posjeduje manje od 10% glasačkih prava u inostranoj kompaniji, dividende bi bile podvrgnute britanskom porezu na dobit kompanija bez prava na kredit za poreze iz inostranstva. Ovakav različit tretman, sa jedne strane izuzimanje dividendi iz domaćih izvora, a sa druge primjena poreskog kredita ili nepostojanja olakšice za dvostruko oporezivanje dividendi iz inostranih izvora, smatrani su od strane poreskih obveznika diskriminacijom koja je u suprotnosti sa pravom EU. SPEU je potvrdio već ustanovljeno pravilo da država rezidentstva (matične kompanije), ukoliko dividende podvrgne oporezivanju (uključiti u poresku osnovicu rezidentne matične kompanije), mora da pruži isti poreski tretman dividendama iz inostranih izvora kao i onima iz domaćih izvora:

„Član 56. EZ isključuje zakonodavstvo države članice koje izuzima od poreza na dobit kompanija dividende koje rezidentne kompanije primaju od druge rezidentne kompanije, a kada ta država podvrgava porezu na dobit kompanija dividende koje rezidentna kompanija primi od strane nerezidentne kompanije u kojoj drži manje od 10% glasačkih prava, bez pružanja poreskog kredita kompaniji koja prima dividendu za porez koji je kompanija koja je raspodijelila dividendu stvarno platila u državi u kojoj je kasnije pomenuta rezident.“¹⁸⁴

Nakon što je utvrđeno da su odredbe člana 34b Zakona o porezu na dobit pravnih lica u suprotnosti sa odredbom člana 63 SSPCG, odnosno da na osnovu istih postoji diskriminacija crnogorskih rezidentnih privrednih društava, koji dividende primaju iz filijala koje su rezidenti neke države EU, kao poslednji korak u analizi usklađenosti spornih odredbi Zakona o porezu na dobit sa SSPCG, treba ustanoviti da li postoji određeno opravdanje za ovakav različit tretman. Naime, iako Ustavni sud utvrdi da je određena odredba nacionalnog zakonodavstva (poreska mjera) diskriminatorne prirode, ona može biti opravdana nekom od „zaštitnih poreskih klauzula“. Pod ovom vrstom klauzula SSPCG se mogu načelno podvesti odredbe vezane za mogućnost odstupanja od primjene pravila predviđenih Glavom V (kretanje radnika, osnivanje pri-

184 Slučaj 446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, pasus 74.

vrednih društava, usluge i kapital). Riječ je o dvije grupe odredbi iz stavova 2 i 3 člana 68. SSPCG koje bi zbog svoje prirode u postupku pred crnogorskim sudom mogle imati ulogu opravdanja od javnog interesa diskriminatornih poreskih mjera: „Nijedna odredba ove Glave se neće tumačiti kao sprječavanje ugovornih strana da usvoje ili sprovedu bilo koju mjeru čiji je cilj sprječavanje izbjegavanja ili utaje poreza, u skladu sa poreskim odredbama Sporazuma o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i drugih poreskih aranžmana ili domaćeg fiskalnog zakonodavstva... Nijedna od odredbi ove Glave se neće tumačiti kao sprječavanje država članica i Crne Gore da primjenjuju relevantne odredbe njihovog fiskalnog zakonodavstva i da razlikuju poreske obveznike koji nijesu u identičnoj situaciji, posebno u pogledu njihovog prebivališta.“

Dakle, ove dvije odredbe predstavljaju opravdanje diskriminatornih poreskih mjera kada one imaju anti-evazionu prirodu, odnosno kada sprječavaju izbjegavanje plaćanja poreza, kao i u slučaju kada se pravi razlika u poreskom tretmanu između rezidentnih i nerezidentnih poreskih obveznika. Međutim, analiza spornih odredbi Zakona o porezu na dobit pravnih lica pokazuje da one nemaju za cilj niti sprječavanje izbjegavanja plaćanja poreza, niti prave razliku između rezidentnih i nerezidentnih lica. Sporna diskriminacija postoji na osnovu činjenice da li su dividende raspodijeljene iz domaćih ili inostranih izvora. Stoga, slijedi nesumnjiv zaključak da sporne odredbe ne ulaze u polje primjene dvije poreske zaštitne klauzule iz člana 68. SSPCG.

Iz svega navedenog slijedi da odredbe člana 34b Zakona o porezu na dobit pravnih lica, koje prave razliku, odnosno diskriminišu dividende primljene iz država članica EU, u odnosu na dividende primljene iz izvora sa teritorije Crne Gore, kao i dividendi primljenih iz inostranih izvora u slučaju kada je učešće kapitala preko 10%, predstavljaju kršenje odredbi koje je Crna Gora prihvatila stupanjem na snagu SSPCG, preciznije liberalizaciji portfolio investicija iz člana 63. Ova diskriminacija ne može biti opravdana niti jednim opravdanjem od opšteg interesa koji je izgrađen u praksi Ustavnog suda, kao ni eksplicitnim poreskim zaštitnim klauzulama iz člana 68. SSPCG, jer sporne odredbe Zakona o porezu na dobit pravnih lica ne potpadaju pod djelokrug primjene ova dva moguća opravdanja.

4. ZAKLJUČCI I PREPORUKE

U dijelu koji slijedi biće prezentovani načelni zaključci i preporuke kao rezultat ovog istraživanja imajući u vidu da su na konkretna pravna i praktična pitanja dati posebni zaključci i preporuke u samom tekstu studije.

JAVNOSTI I DOSTUPNOST PRESUDA

Dostupnost i objavljivanje presuda višeg pravosuđa, u kontekstu načela javnosti i transparentnosti rada pravosudnih organa, je od krucijalnog značaja za valjano razumijevanje koncepta diskriminacije, kao i za njegovo dalje unaprijeđenje. Međutim, praksa ukazuje da na ovom polju postoje dvojaki problemi. Sa jedne strane, u cilju što boljeg upoznavanja opšte i stručne javnosti sa praksom višeg pravosuđa u ovoj oblasti neophodno je vođenje zakonom propisane posebne evidencije predmeta koji se odnose na diskriminaciju. Sa druge strane, i kada se dođe do objavljivanja presuda višeg pravosuđa, iste nerijetko sadrže propuste u pogledu načela anonimizacije presuda.

- Uspostaviti valjan sistem posebne evidencije zasnovan na članu 33. Zakona o zabrani diskriminacije, kao i Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja evidencije o slučajevima prijavljene diskriminacije.
- Dosljednije sprovesti pravila o anonimizaciji iz Pravilnika o anonimizaciji u sudskim odlukama.
- Učiniti dostupnim sve presude u vezi sa diskriminacijom na internet stranicama sudova koji ih donose. U tom pogledu podržati napore Ustavnog suda na uspostavljanju internet baze podataka koja će sadržati sve odluke ove sudske instance.

DISKRIMINACIJA LICA SA INVALIDITETOM

Kada je riječ o invaliditetu kao ličnom svojstvu u praksi redovnog pravosuđa nailazimo na probleme u definisanju određenih pravnih pitanja. Dva glavna se odnose na zabranu ponavljanja diskriminacije, kao i na praksu u pogledu utvrđivanja visine i mogućnosti za ostvarivanje naknade štete.

- Izjednačavanje sudske prakse kada je riječ o visini naknade štete.
- Davanje mogućnosti i da pravno lice kao tužilac II reda u kojem je tužilac I reda zaposlen ostvari pravo na naknadu štete. Ovo bi predstavljalo aktivnu mjeru podrške pravnim licima koja zapošljavaju lica sa invaliditetom.

ZABRANA ZLOSTAVLJANJA NA RADU (MOBING)

I pored postojanja Zakona o zabrani zlostavljanja na radu u praksi redovnog crnogorskog pravosuđa ne postoji još uvijek niti jedan predmet u kojem je sud ustanovio postojanje zlostavljanja na radu, odnosno mobinga. Ova činjenica govori o nesavršenosti, kako pomenutog zakonskog teksta, tako i razumijevanja pojma mobinga od strane redovnog pravosuđa.

- Edukacija nosilaca pravosudne funkcije u pogledu upoznavanja sa uporednom sudskom praksom u vezi sa mobingom u cilju boljeg razumijevanja samog pojma mobinga sadržanog u članu 2. Zakona o zlostavljanju na radu;
- Ustanovljavanje odjeljenja pri Vrhovnom ili Ustavnom sudu koje bi pratilo praksu ESLJP, SPEU, kao i najviših nacionalnih sudskih instanci;
- Preciznija definicija pojma pasivne legitimacije u cilju izbjegavanja pogrešnog tumačenja iste od strane sudova, u cilju povećanja broja lica koja se mogu smatrati moberima (npr. lica koja su vlasnici privrednog društva (direktno ili indirektno vlasništvo, kriterijum bi trebao da bude mogućnost uticaja koje lice ima na poslovne odluke privrednog društva).

USTAVNOPRAVNA ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE

Ustavni sud predstavlja sudsku instancu koja u svojoj praksi na najbolji način primjenjuje principe zabrane diskriminacije razvijene u praksi ESLJP. Međutim, i pored značajnog napretka, principi koji su razvijeni u praksi Ustavnog suda moraju biti dodatno unaprijeđeni.

- Pored načelnog definisanja pojma indirektne/posredne diskriminacije ne postoji niti jedan predmet u kojem je ustanovljeno postojanje iste. U tom cilju je neophodno da Ustavni sud dodatno uskladi svoja stanovišta sa praksom ESLJP u vezi sa širenjem tumačenja koncepta „identične pravne situacije“.
- Neophodno je nastaviti trend povećanja broja ličnih svojstava na kojima Ustavni sud bazira zaštitu od diskriminacije sa posebnim naglaskom na prošireno tumačenje pojma „ostalih svojstava“ kao onih koja nisu taksativno navedena u enumeracijama koje sadrže razni međunarodni dokumenti ili propisi na nacionalnom nivou.
- U slučajevima utvrđenog postojanja diskriminacije Ustavni sud treba preuzeti aktivniju ulogu u otklanjanju uzroka i posljedica ove negativne društvene pojave korišćenjem ovlašćenja koja ima na osnovu člana 52. stav 2 Zakona o Ustavnom sudu, koja mu daju mogućnost da precizno ustanovi nadležni organ, način i rok u kome se mora izvršiti njegova odluka.

KAZNENOPRAVNI ASPEKTI DISKRIMINACIJE

U cilju uspostavljanja uslova da se izbjegne neadekvatna zaštita važnih društvenih interesa, kao što je to slučaj sa zaštitom od diskriminacije, naročito u odnosu na krivična djela učinjena iz mržnje, tako što će se ova zaštita iscrpiti sa prekršajnim postupkom, neophodno je:

- Kroz buduću zakonodavnu aktivnost jasno razgraničiti prekršaje od krivičnih djela u njihovom zakonskom opisu,
- Uspostaviti praksu postupanja, prije svega organa otkrivanja i gonjenja svih kaznenih djela da se prilikom podnošenja prekršajnih naloga i optužnih prijedloga jasno razgraniči činjenični opis prekršaja i krivičnog djela u pitanju. U ovu svrhu se mogu utvrditi i određena pravila postupanja u konkretnim slučajevima i to po uzoru na Hrvatsku.
- Neophodno je organizovati kontinuiranu edukaciju na nivou cjelokupnog pravosuđa kojom će se omogućiti prepoznavanje ovakvog protivpravnog ponašanja i diskriminacija postati vidljiva u društvu.

KRŠENJE SLOBODA KRETANJA PRAVA EU

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU uvodi novu vrstu prava i sloboda za građane Crne Gore koja su različita od koncepta ljudskih prava i sloboda.

Riječ je o takozvanim osnovnim slobodama (fundamental freedoms), odnosno slobodama kretanja (freedom of movement): 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). Dodatno, u tom pogledu Ustavni sud Crne Gore u svojoj praksi ustanovljava princip interpretativnog dejstva evropskog prava od strane državnih organa u Crnoj Gori koji predstavlja instrument za harmonizaciju nacionalnog prava sa pravom EU.

- Širenje broja situacija u kojima Ustavni sud pruža zaštitu podnosiocima zahtjeva koji se pozivaju na primjenu principa interpretativnog dejstva evropskog prava od strane svih državnih organa.
- Opšta edukacija u pogledu podizanja nivoa svijesti i saznanja o slobodama kretanja/osnovnim slobodama koje pruža Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU.

- Continuous education should be organised for the entire justice system in order to ensure recognition of this unlawful conduct and make discrimination visible in society.

VIOLATION OF THE FREEDOM OF MOVEMENT IN THE EU

The Stabilisation and Association Agreement with the EU introduces a new type of rights and freedoms for the citizens of Montenegro that are different from the notion of human rights and freedoms. These are so-called fundamental freedoms, i.e. freedom of movement: rights to the freedom of residence – (Article 21), free movement of goods (Articles 28-29), freedom of movement for workers (Articles 45-48), freedom to provide services (Articles 56-62), freedom of establishment (Articles 49-55) and free movement of capital and payments (63-75). In addition, the Constitutional Court of Montenegro has established in its case law the principle of interpretative effect of the European law by state bodies in Montenegro which represents an instrument for harmonisation of national legislation with legislation of the EU.

- Increasing the number of situations in which the Constitutional Court provides support to the applicants who invoke application of the principle of interpretative effect of the European law by all state bodies.
- General education in terms of awareness raising and increasing knowledge of the freedoms of movement/fundamental freedoms set out in the Stabilisation and Association Agreement with the EU.

CONSTITUTIONAL LAW PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

The Constitutional Court is the court instance which best applies in its case law the non-discrimination principles developed in case law of the ECtHR. However, despite considerable progress being made the principle developed in case law of the Constitutional Court needs further improvement.

– Besides principal definition of the notion of indirect/direct discrimination, there is no a single case in which its existence was established. For that purpose, the Constitutional Court should additionally harmonise its views with case law of the ECtHR with a view to broadening interpretation of the notion of identical legal situations.

– It is necessary to continue the trend of increasing the number of personal characteristics in which the Constitutional Court finds grounds for non-discrimination, while placing strong emphasis on the broadened interpretation of the notion of “other characteristics” as those that are not enumerated in international documents or national legislation.

– In the cases in which discrimination has been established, the Constitutional Court should take on a more active role in eliminating causes and effects of this negative social phenomenon by using powers granted to it under Article 52 paragraph 2 of the Law on the Constitutional Court which give it the possibility to precisely determine a state body and time-limit within which its decision is to be enforced.

CRIMINAL LAW ASPECTS OF DISCRIMINATION

In order to create conditions for avoiding inadequate protection of important social interests, as is the case of non-discrimination, particularly with regard to criminal offences committed out of hatred, by exhausting this protection with the misdemeanour proceedings, it is necessary to do the following:

– In future legislative activity make a clear distinction between misdemeanours and criminal offences in their descriptions in the law,

– Establish case law related to the actions taken primarily by law enforcement agencies for all criminal offences in order to make a clear distinction between descriptions of misdemeanours and criminal offences when filing misdemeanour orders and bringing bills of indictment. For that purpose, it is possible to lay down specific rules for actions to be taken in concrete cases and the example of Croatia can be followed.

DISCRIMINATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES

When it comes to disability as a personal characteristic, there are problems in case law of ordinary courts in terms of defining certain legal matters. The two most relevant are related to the prohibition of the recurrence of discrimination and to the case law in determining the amount and possibilities of being awarded the compensation of damages.

- Standardisation of case law when it comes to the amount of the compensation of damages.
- Giving possibility to the legal person as the second rank plaintiff, in which the first class plaintiff is employed, to exercise the right to the compensation of damages. This would represent an active measure of support to the legal persons employing people with disabilities.

NON-DISCRIMINATION AT WORKPLACE (MOBING)

Despite existence of The Law on Prohibition of Workplace Harassment there has not been yet a single case in case law of the Montenegro judiciary in which the court established existence of workplace harassment, i.e. mobbing. This fact suggests imperfection of both, legal text mentioned above and of understanding of the notion of mobbing by ordinary courts.

- Educate judicial office holders about comparative case law related to mobbing for the purpose of developing better understanding of the notion of mobbing contained in Article 2 of the Law on Prohibition of Workplace Harassment;
- Set up a division at the Supreme Court or Constitutional Court that would be monitoring case law of the ECtHR, CJEU and highest court instances;
- Provide more precise definition of the notion *standing to be sued* in order to avoid wrong interpretation of it by courts, and with the aim of increasing the number of persons that can be considered mobbers, for example persons who are owners of companies (direct or indirect ownership, criteria should include the degree of influence that a person has on business decisions of a company).

3. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

The section below will present principal conclusions and recommendations resulting from this research since specific conclusions and recommendations were set out in the text of the study bearing in mind concrete legal and practical issues.

PUBLICITY AND AVAILABILITY OF JUDGMENTS

In the context of the principle of publicity and transparency of the work done by judiciary, it is availability and publication of judgments rendered by high courts that is crucially important for proper understanding of the notion of discrimination and for its further improvement as well. However, case law points to twofold problems in this area. On the one hand, special records on discrimination cases required under the law should be kept in order to present case law of high courts in this area to the general and expert public. On the other hand, once judgments of the high courts are published they often contain omissions in terms of anonymisation of judgments.

– Establish proper system of records keeping under Article 33 of the Law on Prohibition of Discrimination and Rulebook on contents and manner of keeping records on reported discrimination cases.

– Implement more consistently rules of anonymisation of judgments specified in the rulebooks on anonymisation in judicial decisions.

– Make available all the judgments related to discrimination on websites of the courts that rendered them. In that regard, support efforts made by the Constitutional Court in creating database that will incorporate all decisions of this court instance.

found that identical provisions of the British tax legislation which set out the same legal situation in the case of eliminating double taxation of dividends were in contravention of the EU law. Therefore, the method of exemption was applied when the parent company received a dividends from domestic sources and these were not included in the tax base. On the other hand, twofold legal regime was applied when the resident company would receive dividends from foreign sources: 1. If it owned minimum 10% of the voting rights in the foreign affiliate the resident parent company was entitled to the tax credit; 2. If it owned less than 10% of the voting rights in the foreign company, dividends would be subject to the British corporate profit tax without the right to tax credit from abroad. Such differential treatment, exemption of dividends from domestic sources on the one hand and use of tax credit or lack of credit for double taxation of dividends from foreign sources on the other were considered, by taxpayers, a discrimination which was a violation of the EU law.

It can be concluded from everything mentioned above that provisions of Article 34b of the Law on Corporate Profit Tax making a distinction, i.e. discriminating dividends received from the EU Member States in relation to the dividends received from sources in the territory of Montenegro and dividends received from foreign sources when the capital share exceeds 10% violate provisions which Montenegro accepted once the SSAMNE came into force, i.e. more precisely the liberalisation of portfolio investments under Article 63. Such discrimination cannot be justified by a single justification of general interest which has been developed in case law of the Constitutional Court, nor by explicit tax safeguard clauses referred to in Article 68 of the SSAMNE since contested provisions of the Law on Corporate Profit tax do not fall within the scope of application of these two possible justifications. Therefore, a clear conclusion can be drawn that the norm of the subject national law is in contravention of the international agreement (SSAMNE) which is why the Constitutional Court should pronounce it unconstitutional and remove it from the Montenegro legal system.

of the Treaty. Citizens of Montenegro acquire and exercise these rights on the basis of the SSAMNE. Authors of the Treaty on the Functioning of the European Union set out fundamental freedoms and clauses on non-discrimination as a comprehensive instrument for achievement of the purpose of the EU law. In fact, it is not the EU citizens who are protected, but workers, companies and service providers who generate revenues from cross-border activities.

Fundamental freedoms of the EU include: rights to the freedom of residence – (Article 21), free movement of goods (Articles 28-29), freedom of movement for workers (Articles 45-48), freedom to provide services (Articles 56-62), freedom of establishment (Articles 49-55) and free movement of capital and payments (63-75). Due to the huge lack of knowledge about this type of rights and freedoms guaranteed by the SSAMNE, the Study provides an analysis of the contents of each of the freedoms of movement mentioned above, as well as a comprehensive explanation of the contents of the discrimination test applied by the CJEU in its case law when establishing whether there has been a violation of these freedoms. In order to develop the best possible understanding and raise awareness among both, professional and expert public, about the exercise of rights arising from the freedoms of movement within the EU set out in the SSAMNE, an initiative for constitutionality review of the Law on Corporate Profit Tax was submitted in framework of the project. In fact, by prescribing restrictions i.e. denial of the right to tax relief Article 34b this legislation violates provisions of Article 63 of the SSAMNE which sets out free movement of capital, in this specific case, it concerns freedom of movement of portfolio investments.

2.3.5.2. Initiative for Constitutionality Review U-I 30/14 of 12 May 2004

To be more precise, the initiative concerned is based on the following dilemma: whether provisions of Article 63 paragraph 4 of the SSAMNE which, amongst other things, set out freedom of portfolio investments, prevent application of the provisions of Article 34b of the Law on Corporate Profit Tax which condition the right to be granted tax credit for the dividends received from abroad by the parent company from Montenegro upon the fact that it must possess the minimum capital share of 10% in a foreign company, while this share must also be held for minimum one year. In other words, the question is whether provisions of Article 63 of the Law on Corporate Profit Tax are contradictory to the provision of Article 63 of the SSAMNE as they set out discriminatory regime for the Montenegrin resident companies which receive dividend from affiliates which are residents of some of the EU Member States. This statement is confirmed by case law of the CJEU which, in the case *FII Group Litigation*,

the Constitutional Court of Montenegro believes that even though there is no obligation to comply with interpretative effect of the EU law, the Montenegro state bodies should still follow this principle:

*"Courts of the non-EU countries are not obligated to harmonise their legal systems neither through direct nor through interpretative effect of the European Union law, as the courts of EU countries are. The Constitution of Montenegro does not set out provisions on the manner of interpretation of the European Union law, which the Constitutional Court should abide, but there is also no prohibition (a legal one) for the Constitutional Court to interpret those legal norms adopted in the process of harmonisation of the Montenegro legislation with that of the EU. This primarily originates from the fact that harmonisation with the overall Acquis is necessary as a precondition for membership of the European Union. Recognition of interpretative effect of the EU law by state bodies in Montenegro, and also by the Constitutional Court, is an instrument for harmonisation of the legislation since Montenegro also assumed legal obligation to harmonise its national legislation, in certain parts of the legislation, within clearly specified time-limits."*⁵⁷

The subject judgment of the Constitutional Court of Montenegro is vitally important for the exercise of rights and freedoms of the citizens of Montenegro set forth in the SAAMNE. In fact, this international agreement contains a special form of rights and freedoms different from human rights and freedoms – freedom of movement within the EU (fundamental freedoms). Fundamental freedoms are the most important legal tool available to the CJEU in establishment of internal market. They are of twofold legal nature consisting of the principle of non-discrimination and principle of non-restriction. Therefore, difference in function of these fundamental freedoms is based, on the one hand, on provisions setting out non-discrimination founded first and foremost on the concept of equality and, on the other, on that of non-restriction founded first and foremost on the concept of liberty rights.⁵⁸ These two principles are two sides of the same coin.⁵⁹ EU citizens are protected against discrimination and restrictions on the freedom of movement since they fall within personal and substantive scope of protection

- 57 Decision of the Constitutional Court of Montenegro, U-I br. 35/10, 28 2014.
- 58 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, page 10.
- 59 Axel Cordewener: The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market, EU Freedoms and Taxation, ed. Vanistendaal Frans, International Bureau of Fiscal Documentation, 2006, page 34.

2.3.5. Violation of the Freedom of Movement of the EU Law

One of the most important legal questions in any country that finds itself in the EU accession process is: what is the status of the EU law in the national legal system until accession into the EU? The legal basis of any potential implementation of the EU law in Montenegro is the Stabilisation and Association Agreement⁵³ (hereinafter referred to as: SAAMNE) which came into force on 01 May 2010. Upon coming into force, provisions of the SAAMNE enabled protection to physical and legal persons which directly acquire rights on the basis of it and can invoke them before courts of the contracting parties.⁵⁴ Ultimately, interpretation of provisions of the SAAMNE in internal legal order of the associated state is provided by the highest instance of that state which parties may address (e.g. supreme court or possibly constitutional court).⁵⁵

2.3.5.1. Implementation of EU Law in Candidate Countries

When it comes to Montenegro, constitutional set-up of the judiciary inevitably assigns this function to the Constitutional Court. This obligation of the highest national judicial instances led to the question of whether harmonisation of the legislation should be accompanied by "judicial harmonisation"; in other words, there was a question as to whether national courts should apply the same interpretation as those given by the CJEU and whether they should take into consideration EU legislation when applying provisions of the national law and provisions of the association agreement.⁵⁶

The Constitutional Court faced this dilemma when it considered the request for review of the compliance of provisions of the Law on Energy with the SSAMNE and Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009. In this case, the Constitutional Court held it was possible to assess compliance of the Montenegrin legislation with EU directives even though they are not implemented in the national legal system. In fact,

53 Stabilisation and Association Agreement between European Communities and their Member States of the one part and the Republic of Montenegro, on the other part.

54 M. Stanivuković, Sanja Dajić: Stabilisation and Association Agreement and Interim Agreement on Trade Matters between Serbia and European Communities – Legal Effect and Relevance, Collection of papers of the Faculty of Law in Novi Sad, 1-2/2008. 398.

55 M. Stanivuković: Individual before the Court of European Communities, Official Gazette, Belgrade, 2007, 161.

56 A. Albi, EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe, Cambridge University Press, 2005, 52.

injuries, the ECtHR found that both decisions referred to the same offence and that Article 4 of the Protocol 7 had been violated.

Therefore, the principle *ne bis in idem* was breached in the case of “substantive identity of an offence”, i.e. by coverage of the same factual description in both proceedings. If there is only an overlap between legal descriptions of criminal offence and misdemeanour there is also an increased likelihood of overlapping between factual descriptions, i.e. identical or substantially similar facts due to parallel or successive misdemeanour and criminal proceedings thus leading to the breach of the *ne bis in idem* principle.

The main obstacle that can create situations described above is overlapping between legal descriptions of misdemeanours and criminal offences, but in the case of unlawful discriminatory conduct it is additionally conditioned by the lack of knowledge about the notion of discrimination and lack of case law related to identification of this type of behaviour. In such context, additional confusion will also be created due to amendment to the CC (new article 42a has been introduced – amendments Official Gazette 40/2013-59) which now explicitly sets out a special circumstance for determining penalty for the criminal offence committed out of hatred⁵¹, i.e. for any criminal offence regulated under the CC there is now a specifically prescribed possibility of qualifying it as a criminal offence committed out of hatred.⁵² In fact, qualification circumstance defined in this way requires active prosecutorial and judicial case law in order to establish certain standards for its application. Until that happens, neither public prosecutors nor judges will resort to the application of this provision which will guide qualification of criminal conduct towards conducting proceedings either for classic criminal offences or misdemeanours.

This can also be demonstrated by case law of the Basic Court in Nikšić where basic public prosecutor filed bill of indictment for the basic form of the criminal offence *threat to security* referred to in Article 168 paragraph 1 of the CC without qualifying it as an unlawful conduct of a more severe form of threat to security referred to in paragraph 2 contrary to the circumstances of the case which undoubtedly suggest that the criminal offence was motivated by hatred towards members of LGBT population.

- 51 “If a criminal offence has been committed out of hatred due to race, religion, national or ethnic background, sex, sexual orientation or gender identity of another person, such circumstance shall be considered by the court as the aggravating one, unless that has been prescribed as a characteristic of a basic or more severe criminal offence.”
- 52 Even though this possibility existed earlier as part of the general rules for determination of the penalty, the legislator explicitly introduced this aggravating circumstance in order to raise protection against discrimination to a higher level. Time will show how much this amendment will contribute to the higher level of protection.

Case law of the ECtHR established the standard according to which it is prohibited to prosecute for a criminal offence in so far as it arose from identical facts or facts that were identical or substantially similar.⁴⁸ We mentioned earlier that the problem of making a distinction between a misdemeanour and a criminal offence, as a rule, originates from insufficient demarcation between elements of the essence of a criminal offence and misdemeanour. This can result in expanding factual description in misdemeanour proceedings to the extent in which it also includes factual description of the criminal offence. In the basic example involving *threat to security* legal descriptions of the misdemeanour referred to in Article 8 of the Law on Public Order and Peace and Article 169 of the CC fully coincide, which can in fact create the practice of conducting dual proceedings for the same criminal offence which constitutes violation of the principle *ne bis in idem*. This can be expected also in the case of severe form of the criminal offence *threat to security* referred to in Article 168 paragraph 2 of the CC if committed out of hatred, in which case the misdemeanour qualification would also include this severe form of the criminal offence.

An obvious example of such kind of conduct of state bodies can be demonstrated by an example of the case before the ECtHR, *Maresti v. the Republic of Croatia*⁴⁹ which has had serious repercussions on the practice in conduct of state bodies in Croatia, while it also shed light on the problem with overlapping legal descriptions of criminal offences and misdemeanours⁵⁰. The applicant was found guilty in the original, misdemeanour proceedings under the Law on Public Order and Peace after which he was also convicted in criminal proceedings for infliction of grievous bodily injuries since he, being under the influence of alcohol, insulted and physically attacked the victim causing grievous bodily injuries. Even though legal description given in the Law on Misdemeanours against Public Order and Peace does not contain the consequence which involves infliction of grievous bodily injuries, the misdemeanours court found that the perpetrator of this misdemeanour was also guilty of inflicting grievous bodily injuries and sentenced him accordingly to forty days' imprisonment. Since the applicant was convicted in both proceedings of infliction of bodily

48 *Zolotukhin v. Russia* – application no. 14939/03, judgment of 10 February 2009.
49 *Maresti v. Croatia*, application no. 55759/07, judgment of 25 June, 2009.

50 Delivery of this judgment resulted in adoption of Interim Guidelines on actions of state attorneys and police officers in criminal and misdemeanour cases in which violation of the principle *ne bis in idem* is likely. For more details see: E. Ivčević Karas, D. Kos: „*Application of the principle ne bis in idem in Croatian Criminal Law*“, Croatian Yearbook for Criminal Law and Case Law (Zagreb), vol. 19, no. 2/2012, p. 555-584.
file:///C:/Users/User/Downloads/7_Ivicevic.pdf

be *tried or convicted twice for one and the same punishable act*. The Criminal Procedure Code elaborates this principle by setting out that "no one can be *tried or convicted again for the same criminal offence for which they were convicted with a final and enforceable decision or acquitted*". In order to ascertain whether this principle has been violated it is necessary to establish, as the first decisive criterion, whether the offence for which misdemeanour proceedings have already been conducted is a punishable offence. Secondly, it is necessary to establish whether these are identical punishable offences.

In order to establish the first decisive criterion, it is necessary to apply case law of the ECHR, and first of all the so-called *Engel criteria*. Therefore, the following three criteria are to be determined in order to establish whether a charge is to be brought for a criminal (punishable) offence under Article 6 of the ECHR: 1) categorisation of an alleged offence in the domestic law, 2) nature of the offence, which includes two cumulative sub-criteria, i.e. scope of the violated norm and purpose of penalty and 3) nature and degree of severity of possible penalty. According to this qualification, the example involving "threat to security" could not be considered criminal offence since it was defined as the misdemeanour in the Law on Misdemeanours. However, application of the other two criteria undoubtedly leads to the conclusion that it is a punishable offence, i.e. offence to which all the guarantees valid for criminal offences set out in the Criminal Code apply. This can be established by taking into consideration nature of this offence which protects not only the interest of a specific victim, but also of a broader scope of an unlimited number of citizens. Finally, nature and severity of the offence, fine and imprisonment sentence of up to 60 days, which is a maximum penalty for a misdemeanour, indicate that the purpose of the penalty is punishment and deterrence from repeating the same behaviour, which makes this misdemeanour a punishable offence according to the ECHR. If a more lenient penalty would be imposed in an assumed case, that would have no impact on the nature of this misdemeanour as a punishable offence in which case all procedural guarantees are to be applied, along with the principle *ne bis in idem*, provided that the second criteria of identicalness of punishable offences has been met.

Identicalness of criminal offences is established through subjective and objective identity of the misdemeanour and criminal offence. Subjective identity creates fewest problems in case law, while decisive criteria that originated from case law of the ECHR are used for establishment of objective identity of criminal offences. Basic criterion for establishing objective identity are facts, while it assumes establishment of identity on the basis of additional criteria such as identity of protected asset, severity of the consequence and envisaged penalty (such as the case of establishing whether a misdemeanour is a criminal offence).

committed *out of hatred* in which case it is exclusively imprisonment sentence ranging between three months and three years that can be imposed. Therefore, the act committed in both of these criminal offences is identical *threat of an attack to his/her life or body or to persons close to him/her*, as is the consequence if a specific act causes a *feeling of insecurity* of another person. What makes more severe form of the criminal offence referred to in Article 168 of the CC different from the misdemeanor referred to in Article 8 of the Law on Public Order and Peace is a motive, i.e. commission of this unlawful act *out of hatred*.

As we mentioned earlier, repeatedly insufficient knowledge of the notion of discrimination and manifestation of hatred as the motive for commission of a criminal offence, as well as difficulties in proving this qualification circumstance, result in law enforcement bodies deciding to file misdemeanor order and commencing misdemeanor proceedings instead of commencing criminal proceedings due to which the most important societal values are inadequately protected. Let us not even speak about possible abuses of this legal situation.

There is no dilemma in terms of conducting misdemeanor proceedings when criminal proceedings have already commenced or have been finalised for the same criminal offence. Provision of Article 100 paragraphs 3 and 4 of the Law on Misdemeanours which regulates double jeopardy applies to that case. In fact, the person who has been convicted in criminal proceedings with final and enforceable decision of an act that has characteristics of the misdemeanor will not be punished for the misdemeanor (Article 3). If the criminal proceedings have commenced against perpetrator of a misdemeanor for a criminal offence that has characteristics of the misdemeanor, the misdemeanor proceedings cannot be commenced for that misdemeanor, and if the misdemeanor proceedings have commenced they will be suspended (paragraph 4).

On the other hand, there is a question of which cases the principle *ne bis in idem* applies to once the misdemeanor proceedings have been conducted and the perpetrator found guilty when it was established subsequently that the action for which misdemeanor proceedings have been conducted has characteristics of a criminal offence. In accordance with provisions of Article 51 paragraph 3 of the CC, one could assume the lack of obstacles and inapplicability of the principle *ne bis in idem* as a possibility for commencing and conducting criminal proceedings. Under this provision, there is no double jeopardy if the prison sentence or a fine which the offender served/paid for a misdemeanor is credited to the sentence pronounced for a criminal offence whose characteristics also encompass characteristics of a misdemeanor.

However, there is a question of whether in that case the principle *ne bis in idem* is violated. The Constitution of Montenegro sets out that *no one may*

As mentioned earlier with regard to the normative-legal framework, non-discrimination is diversified through a huge number of laws which are not harmonised with the basic law – Law on Protection against Discrimination. On the other hand, problems with implementation of different levels of and mechanisms for non-discrimination can lead to overlapping of the objects of protection in different laws. Such a situation will most often result from unclear demarcation of the objects of protection in different laws, but it will also be a direct consequence of insufficient knowledge of the notion of discrimination. Ultimately, such legal situation will be manifested through implementation of an unclear protection mechanism or parallel implementation of two levels of protection, which can cause violation of the procedural rights of the person charged with discrimination, but also, as a rule and first and foremost, through inadequate protection of the threatened or violated rights of the persons discriminated against in a concrete life event.

General problem with criminal law protection in the Montenegrin legal system is overregulation which is, in the specific cases, reflected in constant increase in the number of incriminations of socially harmful behaviour in both, criminal and misdemeanour legislation. Often times there is a parallel incrimination of socially harmful behaviour through two levels of criminal law protection mentioned above. It is the lack of clear boundary between a criminal offence and a misdemeanour and lack of recognition of discriminatory conduct (often assessment of success in the procedure, i.e. prospect of proving discriminatory motives) that can lead to wrong qualification of unlawful behaviour as a misdemeanour or even to the parallel or successive conducting of both misdemeanour and criminal proceedings (such parallel situation is not an exception only when it comes to discriminatory unlawful conduct which is the focus of this study). This kind of legal situation can cause violation of the principle *ne bis in idem* i.e. its application could impose a limitation on the protection against discrimination.

The example of insufficiently clear demarcation between misdemeanour and criminal offence committed out of hatred is unlawful conduct "threat to security". In fact, the Law on Public Order and Peace prescribes that *unlawful conduct by which perpetrator causes among others the feeling of being threatened in public place under threat of an attack to his/her life or body or to a person close to him/her is a misdemeanour punishable by a fine of up to EUR 1500 or by the imprisonment sentence of up to 60 days (this being the longest possible imprisonment sentence for this misdemeanour) (Article 8). Article 168 paragraph 1 of the Criminal Code prescribes the criminal offence threat to security when the perpetrator compromises security of another person under threat of an attack to his/her life or body or to a persons close to him/her. A fine or imprisonment sentence of up to one year can be imposed for this offence. Paragraph 2 of that same Article sets out that this is a more serious form if*

sets out that the Constitutional Court may itself designate the body which it will entrust with implementation of its decision and can also determine the manner of its execution.⁴⁶ Similar regulation of powers is to be found in the Law on Constitutional Court of Montenegro which sets out that “*The Constitutional Court may, in the decision, determine time-limit and manner of execution of the decision, as well as the body tasked with its execution*.”⁴⁷ Therefore, the Constitutional Court of Montenegro should, in line with good practice of other national constitutional courts, undertake far greater initiative when it comes to addressing the most important societal issues faced by the Montenegro legal system which certainly includes issues related to non-discrimination and regulation of the relations between persons living in same-sex unions.

2.3.4.2. Criminal Law Aspects of Discrimination

At the very beginning of this part of the study it must be reiterated that there is a problem with transparency and availability of data on the protection against discrimination through criminal law. Due to that problem, it is impossible to gain actual insight into the presence of criminal offences involving discrimination in the misdemeanour and criminal justice systems in Montenegro (this particularly refers to the misdemeanour cases), which would enable us to carry out a qualitative analysis of the protection against discrimination through the criminal law mechanism. For this reason, the analysis below is based on the assumption of possible problems with proper implementation of the criminal law mechanism, while experiences of the countries in the region were taken into account as well.

In terms of the scope, the most important framework for the protection against discrimination is to be found in the sphere of misdemeanour legislation; however, that which protects individuals and society against the most dangerous forms of discriminatory conduct found its *ultima ratio* in criminal legislation. The possibility of overlapping and insufficiently clear boundary between different levels of protection against discrimination can lead to the result which is contrary to the purpose of the criminal and misdemeanour mechanism for non-discrimination. The aim of the analysis of these two non-discrimination mechanisms is to shed a light on possible barriers arising from inadequate legal framework, but even more so from the underdeveloped antidiscrimination case law in the conduct of state bodies.

46 Article 31 paragraphs 4 and 5 of the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette 49 of 03 May 2002.

47 Article 52 paragraphs 2 of the Law on the Constitutional Court of Montenegro, 11/2015 of 12 March 2015.

Another important issue originates from views of the Constitutional Court of Montenegro which believes that the fact of "whether and when the law will guarantee other rights also to the same-sex partners living in de facto partnership, the recognition of which is requested by the submitter of the initiative, depends on the legislator". In principle, this view is not contested, to be more precise, it is not possible for the Constitutional Court of Montenegro to create with its action a legal regime that would enable partners in same-sex unions to exercise their rights. These views are also confirmed by case law of the ECtHR mentioned above. However, even though this view is true, there is a question as to whether the highest Montenegrin court instance should have taken a more active approach, i.e. whether it could have done more in order to resolve earlier this problem in the Montenegrin legal system.

In that context, case law of the Federal Court of Germany can serve as a good example of how the constitutional judiciary can directly influence the legislator with a view to implementing certain policies and adopting necessary legislative amendments:

*"The Law on Transsexuals remains in force until adoption of the new legislation... legislator is ordered to adopt the new legislation which is compliant with the Constitution by 30 June 2007"*⁴⁴

Likewise, the Constitutional Court of Croatia has taken an active attitude:

"...The Constitutional Court, within the limits of its jurisdiction, under Article 31 paragraphs 4 and 5 of the Constitutional Law:

*– binds the government of the Republic of Croatia to submit for the Parliamentary procedure, within one year from the publication of this decision in the Official Gazette, amendments to the Law on Official Use of Language and Alphabets of National Minorities which will regulate an appropriate legal mechanism for the cases when representative bodies of the local government units fail to fulfil obligations under the Law on Official Use of Language and Alphabets of National Minorities, i.e. when they obstruct its implementation..."*⁴⁵

This example of case law of the Constitutional Court of Croatia shows that an active attitude has been taken in addressing certain important social issues in accordance with powers set out by the law. These views are founded on provisions of the Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia which

⁴⁴ Federal Constitutional Court of Germany, BVerfGE 116, 243, 18 July 2006.
⁴⁵ Constitutional Court of Croatia, U-VIIR-4640/2014, 12 August 2014.

*to the obligation to protect marriage does not justify such differential treatment (see BVerfGE 124, 199 (226)).*⁴²

By comparing views contained in judicial decisions mentioned above, two important issues may be identified in case law of the Constitutional Court of Montenegro. The first one is related to the scope of the notion of comparing identical situations as the first step in establishing whether discrimination has been committed. In fact, according to the accepted case law of the Constitutional Court of Montenegro, the highest Montenegrin instance uses the concept of "identical legal position" when comparing two identical situations. To be more precise, the subject of comparison is whether there are two identical legal regimes and if that is the case there must exist an identical legal situation, i.e. identical legal regime applied to them:

*"Equality of all before the law guaranteed under the Constitution therefore means equality of rights and obligations of all in the identical legal position...constitutional principle of equality, set out in the provision of Article 17 of the Constitution, does not mean equality of citizens in absolute terms, instead it guarantees equality of citizens that find themselves in identical situations..."*⁴³

Based on such understanding of the principle of identical position in case law of the Constitutional Court of Montenegro, one can conclude that comparison between marriage and same-sex union will not be possible in some future legal framework which will include a separate legislation governing relations between same-sex partners. In fact, since these two living unions will be regulated under separate pieces of legislation and will be characterised by certain differences and specificities one could perceive this as "different legal position" that would lead to the possibility of differential treatment which would not constitute discrimination.

On the other hand, it is obvious that in its comparison test the Constitutional Court of Germany applies principles that are significantly broader than "identical legal position" formula of the Constitutional Court of Montenegro. To be more precise, the Constitutional Court of Germany compares two different legal situations (marriage and registered civil partnership) since it believes that in factual terms there is a little, if any, difference between the two and thus concludes that they should be treated identically when it comes to the contested tax exemption. In other words, the Constitutional Court of Germany equates marriage with registered civil partnership when it comes to availability of tax exemption.

⁴² *Ibid*, paragraph 78.

⁴³ Constitutional Court of Montenegro (24 December 2009) U.no. 119/09.

strict application of the proportionality requirements (see BVerfGE 97, 169 (180-181); 110, 274 (291); 117, 1 (30); 120, 1 (29); 121, 108 (119); 121, 317 (369)). More precise standards and criteria concerning assumptions on the basis of which legislation violated prohibition of arbitrariness or the requirement for proportionally equal treatment in individual cases cannot be determined in a general way, but only in connection with each different factual or legal area concerned (see BVerfGE 75, 108 (157); 101, 275 (291); 103, 310 (318); 105, 73 (111); 110, 412 (432); 121, 108 (119)).⁷⁴⁰

On the other hand, it is also important to understand the analysis of the potential justifications behind differential treatment. Besides other justifications (e.g. principle of the capacity to pay according to the economic power) the most important emphasis should be placed on an attempt to provide justification under provisions of the Constitution of Germany related to Article 6 which sets out special protection of marriage and family. In this context, the Constitutional Court of Germany held that both forms of legally binding unions (marriage and registered civil partnership) fall within the scope of the right to freedom of sexual orientation and that they are often not treated equally:

"Ultimately, the Federal Constitutional Court requires strict reconsideration of equality in the cases in which legislation sets out differential treatment on the ground of sexual orientation of persons (for more details see BVerfGE 124, 199 (220-221)...). Decision of an individual to enter into marriage or registered civil partnership is practically inextricable from his or her sexual orientation (see BVerfGE 124, 199 (221))."⁷⁴¹

However, the Constitutional Court of Germany concluded that the constitutional principle of special family protection was not sufficient for justifying the contested differential tax treatment because marriage should be considered comparable to the registered civil partnership:

"On the basis of the constitutional principle of the protection of marriage, the legislator is basically not prevented from treating it more favourably than the other ways of living (see BVerfGE 6, 55 (76-77); 105, 313 (348)).... However, if the promotion of marriage includes denial of benefits to the other ways of living despite them being comparable with marriage in terms of circumstances that are regulated and goals to be achieved by the legislative provisions on marriage, the mere reference

⁷⁴⁰ Ibid, paragraph 67.
⁷⁴¹ Ibid, paragraph 73.

“...Less favourable treatment of registered civil partners under tax legislation on inheritance in comparison to the marriage spouses in terms of personal exemptions (§ 16 ErbStG old one), tax rates (§§ 15, 19 ErbStG old one) and exclusions with regard to special exemption for retirement benefits (§ 17 ErbStG old one) is not in line with the general principle of equality (Article 3.1 of the Basic Law) (I)...”³⁸

To be more precise, the Constitutional Court of Germany held that tax treatment of the registered civil partnerships was considerably heavier than tax treatment of marriage and that there existed no proper justification for that, neither in German Constitution nor in rules of the case law of the Constitutional Court. It is interesting to analyse views of the Constitutional Court of Germany regarding understanding of the basic principle of equality of citizens before the law and the possibility of justifying differential treatment of the registered civil partnerships.

When it comes to the general principle of equality before the law, the Constitutional Court of Germany basically defines it very similarly as the other highest national or supranational court instances do:

“General principle of equality requires that all persons are treated equally before the law. The requirement originating from this, i.e. that which is essentially equal must be treated equally and that which is essentially different must be treated differently, applies to different burdens and different privileges (see BVerfGE 79, 1 (17); 110, 412 (431); 121, 108 (119); 121, 317 (370)). Therefore, denial of the benefit which breaches the principle of equal treatment is also prohibited in cases when a group of persons is given a certain privilege (see BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174); 116, 164 (180); 121, 108 (119); 121, 317 (370)).”³⁹

However, when it comes to the application of this general legal principle to certain areas or specific cases the interpretation of this principle is significantly broader than the concept of “identical legal position”. In fact, the principle of equality does not apply exclusively in its general context, but in connection with each individual legal or factual situation:

“Depending on the matter in which it is applied and elements leading to differential treatment, general principle of equality results in various limitations ranging from simple prohibition of arbitrariness to

38 Constitutional Court of Germany (21 July 2010) BvR 611/07 and BvR 2464/07.
39 Ibid, paragraph 66.

*couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would."*³⁵

However, despite rapid evolution in the subject area over the past two decades, the ECtHR has found that states still maintained a considerable degree of discretionary rights in framework of the "margin of appreciation" and that introduction of the legislation that would regulate this area is a matter of each individual country:

*"The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes...The Austrian Registered Partnership Act which came into force on 01 January 2010 reflects the evolution described above and is thus part of the emerging European consensus. Though not in the vanguard, the Austrian legislator cannot be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier."*³⁶

On the basis of everything mentioned above, the Constitutional Court rendered decision stating that in the current constitutional set-up it was not possible to contest subject provisions of the Family Law and that they were not in contravention of the Constitution:

*"According to the Constitutional Court, the sphere of family and marital social relations falls within the scope of rights in which states are left with a wider margin of appreciation in regulating them. Therefore, there are no legal barriers in recognising certain rights enjoyed by married spouses to the persons of the same sex living in permanent economic and emotional union. It is up to the legislator to decide whether and when the law will also guarantee other rights to the same-sex couples living in de facto partnership, the recognition of which is requested by the submitter of the initiative."*³⁷

On the other hand, in 2010 the Constitutional Court of Germany dealt with differential treatment of marriage and registered civil partnership based on the Law on the Tax on Gifts and Inheritance (*ErbSchaftsteuer – und Schenkung-steuergesetz*). In its decision, the Constitutional Court of Germany pronounced some of its provisions contradictory to the principle of equality referred to in Article 3.1. of German Constitution (Basic Law):

- 35 ECtHR, Schalk and Kopf v. Austria (24 June 2010), no. 30141/04, paragraphs 93-94.
- 36 *Ibid*, paragraphs, 105-106.
- 37 Constitutional Court of Montenegro (19 January 2012) U-I no. 2/11.

the Family Law envisaging certain property rights exclusively for heterosexual partners living in domestic partnership were contested. Therefore, the applicant that filed initiative for constitutionality review believed that provisions on domestic partnership were in contravention of the Constitution as they exclusively regulated rights of heterosexual couples. Even though the Constitutional Court found that there had been a differential treatment, it deemed it justified:

*"According to the Constitutional Court, the contested provision of Article 12 paragraph 1 of the Family Law results in differential treatment with regard to the sexual orientation of persons living in emotional and economic union, depending on whether these persons are of the same or different sex. In fact, under the contested provision of the Law, domestic partners are just persons of different sex, but not the persons of the same sex living in a permanent union... However, according to the Constitutional Court, the distinction based on reasonable and justified ground does not constitute discrimination..."*³⁴

We deem this conclusion of the Constitutional Court as the only possible one and founded on provisions of the Constitution. First of all, provisions of Article 71 of the Constitution explicitly set out that marriage can be entered into only subject to the free consent of a woman and a man. Therefore, it is evident that the Montenegro Constitution maker sees marriage exclusively as a heterosexual union which is why any other different decision by the Constitutional Court would be in contravention of the Constitution.

Furthermore, the Constitutional Court also quotes case law of the ECtHR in relation to the subject issue which has in its recent case law held that unions of the same sex persons living in a stable *de facto* partnership can fall within the scope of the rights to family life referred to in Article 8 of the European Convention:

"The Court notes that since 2001, when the decision in Mata Estevez case was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member states. Since then, a considerable number of member states have afforded legal recognition to same-sex couples. Certain provisions of European Union law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of family... In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to different-sex couples, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purpose of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex

34 Constitutional Court of Montenegro (19 January 2012) U-I no. 2/11.

*of a legal norm cannot actually and concretely know their rights, nor can they predict consequences of their behaviour, if a legal norm is not sufficiently specified and precise;*³³

2.3.4. Sexual Orientation as the Ground for Protection

Cases in which judicial bodies deliberated on non-discrimination on the ground of sexual orientation are to be found in both, case law of the Constitutional Court and case law of ordinary courts. When it comes to the Constitutional Court, the case U-I no. 2/11 of 19 January 2012 contains the most important views of legal treatment of the same sex unions in the Montenegrin legal system. On the other hand, ordinary courts were unfortunately faced with the cases of homophobia where persons were abused for their different sexual orientation. The most important problem identified in three judgments of the high courts that were analysed within the scope of this project was insufficiently precise demarcation between misdemeanour and criminal law protection against discrimination which causes a serious problem in practice. These are two cases before the High Court in Podgorica in which first instance decisions that found persons guilty for the threat to security referred to in Article 168 paragraph 2 of the Criminal Code (CC) were confirmed, and one case in which the same court confirmed the first instance decision of the Basic Court in Kotor in which a person was found guilty for the criminal offence involving racial and other discrimination referred to in Article 443 paragraph 1 of the CC.

2.3.4.1. Same Sex Unions in Case Law of the Constitutional Court of Montenegro and Federal Constitutional Court of Germany

Differences in perception of the notion of same sex union in the Montenegrin legal system and legal system of Germany are best illustrated by the views expressed in cases BvR 611/07 and BvR 2464/07 of the Federal Court of Germany and case U-I no. 2/11 of the Constitutional Court. Even though these two legal systems have for the time being different legal frameworks regulating this area, i.e. unlike the Montenegrin legal system the German legal system has a separate legislation on same sex unions, the comparison between case law of the highest national court instances sheds a light on the path that the Montenegrin legislator and later the judiciary have to follow.

When it comes to treatment of the union of the same sex partners in case law of the Constitutional Court, this issue was considered in 2012 when provisions of

33 Constitutional Court of Montenegro, U-II no. 10/14, 28 December 2015, p. 7.2.2.

due to possession of property or due to property rights, regardless of whether their housing status is resolved or not.”³¹

Similar discriminatory nature is also to be found in the criterion according to which the possibility to have housing status resolved requires that the employee does not own property in the place of his/her domicile or at a distance of 40 km from the head office of the University unit in which he/she is employed. In this way, the ground for discrimination is the fact of domicile, i.e. place of residence of the employee. This solution can lead to paradoxical situations. For example, University employee who owns a house and land in Bijelo Polje and a flat in Herceg Novi, but lives and works in Podgorica (Faculty of Architecture) is deemed, under the Rulebook, not to have his housing status resolved. However, the employee living and working at the same University unit and has a flat in Podgorica is deemed to have his/her housing status resolved. Differentiation between people on the ground of the criterion involving domicile, i.e. place of residence is characterised in case law of the ECtHR as the ground for protection:

“In terms of the above mentioned and regardless of the scope of the margin of appreciation granted to the state, the Court cannot help at concluding that there was no “objective and reasonable justification” for differential treatment of applicants merely on the basis of their place of residence. Therefore, Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of the Protocol no. 1 has been violated.”³²

Finally, discretionary right of the rector to resolve housing status by applying what is known as *rector quota* should also be deemed unconstitutional. In fact, Article 17 of the Rulebook sets out that, independently from the usual procedure, the rector has a discretionary power to resolve housing status of some of the employees by conducting assessment based on the criteria which do not meet fundamental preconditions of the principle of legal certainty which sets out that provisions of the legislation must be clear and precise and that their addressee should be able to predict their consequences with a reasonable degree of probability. This should also be deemed contrary to the requirement for legal certainty as a special dimension of the rule of law principle:

“Requirements concerning legal certainty and rule of law, referred to in Article 1 paragraph 2 of the Constitution, set out that a legal norm should be available to addressees and predictable for them i.e. it should be such that they can actually and specifically know their rights and obligations in order to act in line with them. Addressees

31 Constitutional Court of Montenegro, U-II no. 22/13, 24 July 2015, p. 7.3.
32 ECtHR, Vučković and Others v. Serbia (28 August 2012), no. 17153/11, paragraph. 87.

Similar discriminatory nature based on marital status is to be found in the provisions on being in favour of those cases when both spouses are employed at the University. This differential treatment of spouses constitutes discrimination prohibited by case law of the Constitutional Court:

“On the contrary, the Constitutional Court found that under the constitutionally tested provision of Article 26 of the Decision, employees participating in the procedure for addressing housing needs, but are not married to the local civil servant or state employee are placed at a mutually unequal – disadvantageous position on the ground of a personal characteristic (marital status) compared to the employees married to the local servant or state employee. The distinction made between civil servants and state employees, depending on whether they are married to the local civil servant or state employee (if their spouse has 10 or more years of service in administrative bodies, special and technical services of the Capital City – Podgorica) whose years of service are additionally valued with 5 points in the procedure for addressing housing needs has no, according to the Constitutional Court, objective and reasonable justification and constitutes direct discrimination on the ground of personal characteristic (marital status).”³⁰

Furthermore, the contested Rulebook is discriminatory in defining the scope of persons entitled to have their housing needs addressed. In fact, Article 6 sets out that the employee (staff) working full-time at the University are entitled to have their housing needs addressed if they and/or member of their family household: do not own, co-own or jointly own a flat or a residential building in the place of their domicile or at a distance of 40 km from the head office of the University unit in which he/she is employed; this kind of definition of the persons whose housing status has not been resolved is assessed, in the similar legal situation, by the Constitutional Court as being in contravention of Article 8 paragraph 1 of the Constitution and Article 17 paragraph 2 of the Law on Prohibition of Discrimination:

“...The fact that participant in the advertisement or his/her spouse own a family residential building or a flat (...) could, according to the Constitutional Court, be relevant only for their ranking on the list for the allocation of flats, but could not be the reason to exclude them. According to the Constitutional Court, there is no objective nor reasonable justification for exclusion of some persons (pensioners) as potential beneficiaries of the right to resolution of housing status

2.3.3.3. Housing Rights based on Employment Relationship

As a matter of fact, in 2015 the Constitutional Court of Montenegro pronounced provisions of general acts (rulebooks) of three different legal persons unconstitutional as they served as a basis for discrimination against employees' labour rights. To be more precise, rulebooks on addressing housing needs of employees of the following legal persons were pronounced contradictory to the non-discrimination principle: Capital City – Podgorica (U-II no. 10/14, 28 December 2015), Montenegro Telecom JSC Podgorica (U-II no. 58/13, 29 May 2015), Association of Pensioners of Nikšić (U-II no. 22/13, 24 July 2015, U-II no. 43/12, 24 July 2015).

Principles developed in this area by the Constitutional Court can be best understood if applied to the Rulebook on addressing housing needs of employees at the University of Montenegro.²⁸ The analysis of this general act undoubtedly leads to the conclusion that it contains a wide range of provisions which are, in case law of the Constitutional Court and ECHR, considered contrary to the principle non-discrimination.

2.3.3.4. Initiative for Constitutionality Review U-II-37/16 of 05 June 2016

Under Article 10 paragraph 3 of the Rulebook a member of the family household is considered to be "a spouse, minor children, as well as adult children if spouses are obligated to support them under the law". These provisions are contradictory to the case law of the Constitutional Court in relation to the protection of domestic partnership against discrimination with regard to marriage. To be more precise, making a distinction between marriage and domestic partnership in the procedure for addressing housing issues is contrary to the constitutional principle of non-discrimination:

*"According to the Constitutional Court, there is no objective nor reasonable justification for the distinction made between persons being married and persons living in domestic partnership in the procedure for addressing housing needs of employees. Moreover, the Constitutional Court held that there was no single admissible constitutional or legal – legitimate goal that would justify the contested discrimination on the ground of marital status, i.e. inequality in exercising right to resolve housing status, on the ground of personal characteristics of citizens."*²⁹

²⁸ Rulebook on addressing housing needs of employees at the University of Montenegro, September 2009.

²⁹ Constitutional Court of Montenegro, U-II no. 58/13, 29 May 2015, p. 8.1.

However, the fact that this exemption does not apply to all persons employed by the company executing highway works, instead distinction is made based on their personal characteristics – nationality and domicile, constitutes discrimination according to both, case law of the Constitutional Court of Montenegro and case law of the European Court of Human Rights. To substantiate the views that nationality and domicile are personal characteristics which enjoy protection against discrimination, we would like to point to the case law of the European Court of Human Rights:

“The Chamber held that, in the circumstances of the case, ordinary residence, like domicile and nationality, was to be seen as an aspect of personal status...”²⁶

We also believe it obvious that making distinction in tax treatment of the persons working in the same company based on their nationality and domicile constitutes differential treatment in an identical legal situation which has been recognised and prohibited by the Constitutional Court of Montenegro:

“The given legal solution, according to the Constitutional Court, harms equality guaranteed under the Constitution between the same circle of citizens – independent artists, i.e. professionals in culture. In fact, different regulation of the right to pension and disability insurance, as well as of the manner of payment of health and pension-disability insurance of independent artists, i.e. independent professionals in culture has no basis in the Constitution according to the Constitutional Court...”²⁷

Therefore, persons employed by the same employer find themselves in an identical legal situation, but are also victims of different – discriminatory tax treatment. Even though there is justification for exemption at the level of the company – public interest, it is not possible to justify differential treatment of the persons employed by that company based on such principle! Therefore, less favourable treatment of Montenegrin nationals compared to all the foreign nationals in one same company constitutes discrimination! Such tax regime motivates the company that will be executing works not to employ even a single Montenegrin national, but to employ foreign nationals as all its employees (China, Serbia, Macedonia etc.) instead, for which there is no justification.

-
- 26 European Court IF, Carson and Others v The United Kingdom, (26. mart 2010), br. 42184/05, pasusi 66.
- 27 Constitutional Court of Montenegro U-I no. 25/10.

the Constitutional Court to pronounce contested provisions unconstitutional is the one in which an international document ratified by Montenegro would set out the person who holds status of a foreigner with temporary residence or long-term residence in the country has all the rights like the nationals of that country. In that case, it is not necessary for a legal text in the Montenegrin legal system to contain the subject prescription.

2.3.3.2. Initiative for Constitutionality Review U-I 10/15 of 18 March 2015

Under provisions of the Law on Personal Income Tax, all taxpayers, both resident and non-resident, are subject to the payment of the personal income tax for five types of income: 1) personal income; 2) independent activity; 3) property and property-related rights; 4) capital; 5) capital gains. Therefore, personal income is subject to taxation on the basis of the subject tax form. However, based on the formulation of Article 17 of the Law on Bar-Boljare Highway, the persons "who are not nationals of Montenegro or are not domiciled in Montenegro, and who generate income as a result of the work on the highway construction" are exempt. These provisions are in contravention of the principle of equality of citizens before the law since violation occurred on the basis of drawing a prohibited distinction based on personal characteristics of citizens, more precisely based on the fact of nationality, i.e. domicile.

We underline that a clear distinction is to be made between contesting the questionable exemption from personal income tax in general (with regard to the company executing works) and tax exemption of exclusively foreign nationals and persons not domiciled in Montenegro. Therefore, tax exemption of the company that will be executing highway works is not contested from the perspective of the Constitution. The Parliament of Montenegro is entitled to introduce an exemption in there are justified reasons for that. Specifically, justification in this case is public interest expressed in Article 2 of the Law: "Highway is a public asset of interest for Montenegro". This conclusion is also founded on case law of the Constitutional Court of Montenegro:

"In interpretation of the provision of the Covenant, Human Rights Committee linked prohibition of discrimination to some of the rights guaranteed by this act and recalled that not every distinction amounts to prohibited discrimination under Article 26 of the Covenant as long as it is based on objective and reasonable criteria (Decision of the Human Rights Committee on Young v. Australia, number 941/2000):"²⁵

“In fact, the contested provision of Article 2 paragraph 1 of the Decision excludes the possibility for all the persons not holding Montenegrin nationality or who are stateless to exercise the right to social and child protection, even though they are domiciled in territory of the Capital City and meet all the other prescribed preconditions for the exercise of such right. By establishing a different, more favourable regime for the persons holding nationality of Montenegro, the entity that adopted this act discriminated against persons who are not Montenegrin nationals and are stateless persons, and also against persons holding the status of a foreigner with approved short-term residence or permanent residence, while they are in the same legal position, need the same social care and are domiciled in territory of the Capital City.”²⁴

However, even though case law of the Constitutional Court which establishes the fact of nationality as the ground for protection should in principle be supported, we believe it is necessary to more thoroughly examine the logic behind this decision. To be more precise, even though the ultimate result in this case is correct, i.e. contested provisions of the secondary legislation should be repealed, there is a question as to whether the basis for that should be prohibition of discrimination on the ground of nationality or the fact that the contested provisions are not compliant with the Law on Social and Child Protection. In other words, the basis for review of the contested provisions should be the constitutional principle setting out that secondary legislation must be compliant with the laws.

To be more precise, it is true that the contested rulebook sets out that the requirements for the exercise of the right is Montenegrin nationality, but the mere fact that a person is not a national of Montenegro would not be sufficient for the Constitutional Court to grant protection based of the fact of nationality. The precondition for protection is the fact that the Law on Social and Child Protection explicitly sets out the possibility for the subject rights to be exercised by the person holding status of the foreigner with the approved temporary residence or long-term residence in the country. If such prescription did not exist, the Constitutional Court could not pronounce the provisions discriminatory since in the national law it is possible to treat foreigners less favourably than the nationals of the country. The logic followed by the Constitutional Court, according to which protection against discrimination derives exclusively from the fact of nationality, would mean that each foreigner, including those who do not have temporary residence or long-term residence in Montenegro, is entitled to the rights specified in the contested Decision of the Capital City of Podgorica. The only situation in which the fact of nationality would itself be sufficient for

²⁴ Constitutional Court of Montenegro, U-II no. 49/11 and 59/11, 25 December 2014.

*of personal status and that place of residence, applied as a criterion for the differential treatment of citizens in the granting of state pensions was a ground falling within the scope of Article 14... The Grand Chamber agrees with the Chamber's conclusion on this issue... The Court considers that place of residence constitutes an aspect of personal status for the purposes of Article 14.*²⁰

Based on analysis of the case law of the ECtHR, it becomes evident that this supranational court instance accepted various situations in which nationality was the ground for protection:

*"...However, very serious reasons would have to be presented to the Court for justification of differential treatment based exclusively on nationality if one wishes to prove that such difference is in conformity with the Convention."*²¹

The best example of consideration of nationality as the ground for protection in case law of the Constitutional Court of Montenegro is the case involving constitutionality review of the Decision on the forms of social and child protection²² of the Capital City of Podgorica. In this case, the applicant filing initiative for constitutionality review held that provisions of the general act mentioned above violated the principle of non-discrimination since they prescribed, as a requirement, that the nationals of Montenegro domiciled in territory of the Capital City are those who can exercise rights to social and child protection. On the other hand, the Law on Social and Child Protection²³ sets out that rights pertaining to social and child protection established in that law and international treaty can be exercised by the person with the status of a foreigner with the approved temporary residence or long-term residence in the state, in accordance with a separate law.

In this case, the Constitutional Court established that the contested provision of Article 2 paragraph 1 of the Decision, under which right to social and child protection for the persons domiciled in territory of the Capital City is conditioned by holding Montenegrin citizenship, is of discriminatory nature:

- | | |
|----|--|
| 20 | ECtHR, <i>Carson and Others v. The United Kingdom</i> , (16 March 2010), no. 42184/05, paragraphs 66, 70 and 71. |
| 21 | <i>Andreyeva v. Lithuania</i> , 18 February 2009, application no. 55707/00. |
| 22 | Decisions on forms of social and child protection, Official Gazette of Montenegro – municipal legislation, no. 33/08.) |
| 23 | Article 5 paragraph 2 of the Law on Social and Child Protection, Official Gazette of Montenegro, 27/13. |

*cannot be held accountable for his actions. The defendant could have standing to be sued only if D.K. were employed by A Television and if he, as the employee, would cause damage to the women claimants.*¹⁸

2.3.3. Protection of Socio-Economic Human Rights

As for the protection of socio-economic rights in terms of non-discrimination it is worthwhile noting that there has been a huge increase on the number of cases dealing with this issue in case law of the Constitutional Court of Montenegro. In 2014, one of the most important cases in which the Constitutional Court established the existence of discrimination was related to the exercise of certain rights in the area of social protection of foreign nationals. In that case, the Constitutional Court expanded the list of grounds for protection with which it substantiated protection against discrimination by the fact of nationality. In addition, in 2015 the Constitutional Court saw a substantial increase in the number of cases involving protection of socio-economic rights related to addressing the housing issues.

2.3.3.1. Nationality as a Personal Characteristic

Analysis of judicial decisions covered by the project reveals expansion of the grounds for protection which the applicants invoked in their applications. One should note that the main direction followed by case law of the Constitutional Court when it comes to protection of socio-economic rights in the context of discrimination is increase in the number of the grounds for protection, with focus placed on those that are by some authors considered to be of "impersonal nature",¹⁹ with nationality being one of the most important ones. The Constitutional Court derives inspiration for this in case law of the ECHR which finds legal basis for establishing nationality as a discrimination criterion in Article 14 of the European Convention in the formulation "on any ground such as...or other status". Explicit confirmation of nationality as the ground for discrimination in case law of the ECHR is to be found in the case *Carson and Others v. The United Kingdom*:

"The Chamber held that, in the circumstances of the case, ordinary residence, like domicile and nationality, was to be seen as an aspect

- 18 Supreme Court of Montenegro, Rev. no. 638/14, 17 December 2014.
- 19 Rodoljub Etinski: Indirect Discrimination in Case Law of the European Court of Human Rights, Collection of Papers of the Faculty of Law in Novi Sad, 1/2013, p. 64.

*mobbed person to be carried out at least once a week, during the period of six months...*¹⁷

Besides the principal objection that due to the imprecision of disputable legal provisions the courts applied, in their interpretation, broad discretionary powers, the principle "six months – at least once a week" sets too high the ladder that the victim has to climb in order to prove its existence. In fact, what if mobbing lasted four months, but it was extremely intensive and happened more than once a week? What if the harassment lasted six months with the interruption of, for example, three weeks because mobber took annual leave? Therefore, the rule "six months – at least once a week" is too demanding and misses the point of the notion of mobbing. To be more precise, the existence of mobbing should primarily depend on the consequences of questionable actions (harassment), as well as on the intensity of harassment, and not on fulfilment of the requirements for some exact time interval in which it occurred.

2.3.2.2. Standing to be Sued

Moreover, the way of interpreting definition of the notion *standing to be sued* can be deemed quite questionable. Under Article 2 paragraph 3 of the Law on Prohibition of Workplace Harassment "mobber shall be considered employer in capacity of a natural person, responsible person engaged by employer in capacity of a legal person, an employee or group of employees engaged by the employer or a third person with whom the employee or the employer have contact during performance of tasks at the workplace." This imprecise definition of the notion of mobber (person who mobs) should be deemed unacceptable since legal-economic life in the 21st century goes far beyond this definition. In this context, strong focus is to be placed on companies defined as equity or- ganisations in which ownership is separated from management. For example, due to the wrong interpretation by courts, the contested legal provisions do not cover harassment by a person who formally and legally speaking is not part of the company in which the victim of mobbing works. To be more precise, if the company owner who is not member of the management harasses an employee or so does the management member of the company who is, for example, majority owner of the company and completely controls activities performed by the company in which the victim of mobbing works, under Article 2 paragraph 3 such persons are not standing to be sued:

"In addition, since D.K. is chairman of the board of directors of A Group, and A Group is not party to the proceedings, the A Television

17 Basic Court in Podgorica (10 May 2013) P.no. 2226/11.

Likewise, when it comes to consequences that the victim endures the situation is nowhere to being clear. To be more precise, in order to award non-pecuniary damages as a consequence of discrimination it is necessary that the expert witness establish that there exists "mental anguish resulting from violation of individual rights, honour, reputation and dignity."¹² For example, "mild mental disorder"¹³ is not deemed sufficient for the award of damages. Evidently, case law shows that medical expert witnesses also have a problem with the definition of mobbing:

"The conclusion above is supported by the statement of the medical expert witnesses who said that mobbing did not appear in international classification of mental disorders and that in physician's report it was recorded as the data given by the patient..."¹⁴

The next important issue is that of identifying one of the fundamental elements needed for the existence of mobbing – recurrence/continuity of mobbing. In the text of the Law on Workplace Harassment, the legislator does not lay down any clear criteria in determination of the notion of the "recurrence" of mobbing actions. Therefore, faced with this challenge, ordinary courts are forced to apply very broad discretionary powers when interpreting the disputable notion. In fact, it did not consider recurrence of an action that the applicant considered mobbing "three times within 6 months"¹⁵ to be a treatment that lasted for a longer period. In that regard, basic courts, which was not objected to by higher instance courts¹⁶, made reference to the comparative legal theory establishing the principle under which in order for mobbing to exist it was necessary for the harmful actions to have been performed continuously for at least six months, and at least once a week:

"It can be concluded from the definition of mobbing that it is a systematic (not individual nor occasional) psychological abuse which means that there should be a recurrence of mobbing actions, but also a certain period in which such actions recur, and according to a vast number of theoreticians dealing with this type of human rights violation (H. Leymann, Lindemeyer, V. Baltazarovic, A. Stankovic, M. Vrhovsek, Z. Spalevic, B. Davitkovski, S. Einarsen...) in order for mobbing to exist, it is necessary for the psychological abuse of the

- 12 High Court in Podgorica, Gž. No. 4859/15-12, 06 November 2015.
- 13 High Court in Podgorica, Gž. No. 175/15, 18 September 2015.
- 14 High Court in Podgorica, Gž. No. 1698/15, 13 November 2015.
- 15 *Ibid.*
- 16 High Court in Bijelo Polje (19 May 2014) Gž. no. 1070/14.

understanding of the notion of mobbing by ordinary courts. The text below will show certain questionable situations and dilemmas that should be overcome in order to ensure more efficient protection of the victims of workplace harassment and enhance prospects for being able to prove the existence of mobbing before the Montenegrin courts.

2.3.2.1. Definition of Mobbing

Analysis of the case law in the area of mobbing leads to the conclusion that there are many questionable issues. As already mentioned, the case law of ordinary courts has so far not seen a single case in which decision was made in favour of the applicant, i.e. in which the existence of mobbing was established. One of the main problems faced by judges and applicants in application of the Law on Prohibition of Workplace Harassment is Article 2 paragraph 1 which sets out definition of mobbing: "Mobbing, pursuant to this Law, shall include any active or passive conduct at work or related to work against an employee or group of employees, which recurs and which is intended to or actually undermines the dignity, reputation, personal and professional integrity of the employee and which causes fear or creates a intimidating, humiliating or offensive environment, aggravates working conditions or leads to the isolation of the employee or leads the employee to terminate contract of employment or another type of contract upon his own initiative."

This definition leads to the conclusion that cause and effect relationship should be established between the action performed by the defendant and the consequence suffered by the applicant in order to prove the existence of mobbing and that the action has to recur, i.e. it has to last for a specific period of time. However, formulations used by the legislator in definition of the notion of mobbing are anything but precise and clear thus causing big problems in identifying situations that might fall within legal description of the factual condition of mobbing.

It is quite difficult to establish in case law of ordinary courts what the legislator meant by the *mobbing action* and what consequences are needed to establish its existence. By analysing judgments of the high courts, as well as the judgments of the Supreme Court related to mobbing or discrimination in connection with employment, it was established that none of the actions which applicants complained about in the cases were to be deemed mobbing and that they could not "be regarded as psychological abuse and humiliation of another person, the intention of which is to harm the plaintiff's reputation, honour, human dignity and personal integrity;"¹¹

11 High Court in Podgorica, Gž. No. 2074/15, 01 December 2015.

teristics". What the competent court should have done was to compare the legal person which was invited to the subject meeting, and which does not employ people with disabilities, with the second rank plaintiff that represents the legal person which employs the person with disability. To be more precise, the fact that it employs the person with disability and that this person was designated to represent her employer in the subject meeting, placed it at a disadvantage compared to those legal persons who delegated, as their representatives, the persons who did not need any special access to the building in which the meeting took place. The possibility of this interpretation was additionally reinforced by the fact that the first rank plaintiff was not invited personally to the subject meeting, instead that person was present there as the representative of the second rank plaintiff as a legal person where she was employed. In other words, the first rank plaintiff attended the meeting on behalf of the second rank plaintiff in order to represent interests of the second rank plaintiff as her employer, and not to represent her own interests.

Besides, this kind of reasoning was confirmed in case law of the same Basic Court in Podgorica when, in practically identical legal situation, this first instance court established the existence of discrimination and awarded compensatory damages in the same amount to both, first rank plaintiff (physical person) and second rank plaintiff (legal person, also an NGO) when the first rank plaintiff as a representative of the second rank plaintiff was prevented from participating in the meeting.⁹ However, this decision of the second instance court was quashed by decision of the High Court in Podgorica on several grounds¹⁰ which is why resolution of this legal situation is still pending.

2.3.2. *Prohibition of Workplace Harassment (Mobbing)*

When it comes to the Montenegrin legal system, a special type of discrimination regulated under a separate legal text is mobbing – workplace harassment. The Law on Prohibition of Workplace Harassment was adopted in 2012 and systemically completes regulation of all the matters related to this type of discrimination. However, despite existence of this legal text the case law of ordinary courts has not yet seen a single case in which courts established existence of workplace harassment. In other words, the subject law is for the time being only a piece of paper since despite a large number of judicial proceedings in which applicants requested from the court to establish existence of the workplace harassment, none of them one has so far managed to prove it. This fact speaks volumes of the imperfection of both, legal text mentioned above and

9 Basic Court in Podgorica, P.no. 4407/13 of 28 October 2014.
10 High Court in Podgorica, Gž. no. 5314/14-13, 16 June 2015.

not exercise the right to the compensation of damages based on the established direct discrimination of the first rank plaintiff:

"...According to the assessment of this court, even though a legal person can obviously be a victim of discrimination, in this specific case one cannot talk about direct discrimination committed by the defendant against the second rank plaintiff, as requested in the lawsuit. This refers to the fact that the first rank plaintiff is a person with disability and that personal characteristic is in fact the ground for discrimination in this legal matter, which is why acceptance of her statement of claim in paragraph 1 of the court's operative part compensates for the consequence of this harmful event... Therefore, the victim of discriminatory in this legal matter is the first rank plaintiff on the ground of disability, as a personal characteristic, which means that this same harmful event and this ground cannot be invoked by other persons, i.e. second rank plaintiff as the non-governmental organisation in which the first rank plaintiff was employed and it is on behalf of that organisation that she participated in the subject meeting..."⁸

Still, this kind of reasoning of the first instance court can be called into question. In fact, even though the judgment itself confirms that a legal person can be a victim of discrimination, the first instance court believes it is questionable on what ground the legal person as the second rank plaintiff was placed at a disadvantage:

"...it is unclear which ground the second rank plaintiff uses for its statement of claim i.e. in which manner and on what ground it was placed at a disadvantage in relation to the other person, i.e. group of persons, since it does not specify any characteristic which concerns status of the legal person itself, or possibly personal characteristics of the founders, nor the goals that it wishes to achieve in legal terms, and these are only some of the grounds on which a legal person can be discriminated against..."

We believe that the ground for discrimination, i.e. a characteristic because of which the second rank plaintiff was discriminated against, i.e. placed at a disadvantage, is the fact that this legal person employs persons with disabilities. Therefore, the first instance court provides a too narrow interpretation of the concept of personal characteristics (grounds for protection). In fact, number of the grounds for protection is not a subject of exact numeration, instead each international document, as well as the Law on Prohibition of Discrimination, when enumerating these ends with the formulation "and other personal charac-

"However, contrary to the view of the first instance court, and taking into account all the circumstances of the specific case, which were evaluated by the first instance court, as well as the purpose that the damages serve, this court has established that real satisfaction for the disturbed psychological balance of the plaintiff, as a consequence to the subject discrimination, is monetary compensation in the amount of EUR 1,500...".⁶

Still, contrary to the views of the second instance court, upon the review the Supreme Court confirmed the first instance judgment with regard to the amount of the compensation pronouncing that the amount of EUR 3,000.00 was to be awarded:

"Starting from the established facts, this court has found that the second instance court has not fully, in accordance with the provision of Article 207 of the Law on Obligations, and properly determined the amount of the compensation of the subject damage which is why it overturned the contested judgment by rejecting appeal lodged by the defendant and confirmed the first instance judgment, in the part concerning award of the compensation of the non-pecuniary damage – for the reasons specified in the first instance judgment – believing that such amount represented compensation of the subject damage which was in line with its legal nature and the purpose it should serve, and that the remaining part of the statement of claim was rightfully rejected as ill-founded."

2.3.1.2 Right to the Compensation of Damages of the Second Rank Plaintiff

Another dilemma is the possibility for a legal person as the second rank plaintiff to exercise the right to the compensation of damage. Unfortunately, at the moment there is no case law of the Supreme Court in relation to this matter which is why for the time being it is only possible to analyse views of ordinary courts which have not accepted this kind of requests. A good example can be the case in which a person with disability (first rank plaintiff) who was employed by the legal person suffered direct discrimination due to the impossibility to attend a meeting in capacity of representative of the legal person, i.e. second rank plaintiff, by which she was employed. The Basic Court in Podgorica awarded compensation of damages to the first rank plaintiff, however it rejected the request of the second rank plaintiff since it believed that other persons could

⁶ High Court in Podgorica, Gž. no. 2407/14, 05 June 2014.

⁷ Supreme Court of Montenegro, Rev. No. 822/14, 09 April 2015.

legal matters. Two major problems in case law are related to determining the amount and possibility of being awarded compensation of damages.

2.3.1.1. Lack of Uniformity in Case Law related to the Amount of the Compensated Damages

Another dilemma to be resolved by the Supreme Court through its case law is compensation of damages in cases when the existence of discrimination has been established. In that regard, one should draw a distinction between two disputable issues. On the one hand, there is the issue of the amount of the compensated damage awarded for violation of individual rights, honour and reputation of the first rank plaintiff (physical person) who has been discriminated against, while on the other there is the issue of the possibility for a legal person as the second rank plaintiff to exercise the right to the compensation of damages.

As for the amount of compensated damages awarded to the first rank plaintiff for violation of individual rights, honour and reputation the case law of first instance courts of law lacks uniformity to a considerable extent. To be more precise, the range between minimum and maximum amount awarded in cases in which the existence of discrimination was established reaches up to 500%:

P. No. 157/13 of 15 October 2013 – damages awarded in the amount of EUR 600.00, while the plaintiff requested the amount of EUR 3,000.00;

P. No. 3634/14 of 24 April 2014 – damages awarded in the amount of EUR 1,500.00, while the amount of EUR 3,000 was requested;

P. No. 4981/13 of 08 April 2014 – damages awarded in the amount of EUR 3,000.00, while the amount of EUR 10,000.00 was requested;

P. No. 1132/2014 of 22 January 2015 – damages awarded in the amount of EUR 1,000.00, while the plaintiff requested the amount of EUR 3,000.00;

P. No. 1843/14 of 20 February 2015 – damages awarded in the amount of EUR 1,500.00, while the plaintiff requested the amount of EUR 5,000.00;

P. No. 3647/15 of 02 March 2016 – damages awarded in the amount of EUR 3,000.00, while the plaintiff requested the amount of EUR 5,000.00;

Unfortunately, case law of the Supreme Court for the time being also does not guarantee legal certainty in this regard. In fact, in the case P. No. 4981/13 of 08 April 2014 mentioned above the High Court overturned the first instance judgement with regard to the damages that were awarded in the amount of EUR 3,000.00 changing it into the amount of EUR 1,500.00:

completely remove data that must not be available to the public in accordance with the law. Let us give the following examples:

- Rev. no. 638/14 of 17 December 2014 – full name and surname of the complainant, i.e. plaintiff;
- Rev. no. 919/14 of 03 April 2015 and Rev. no. 722/13 of 15 October 2013 – anonymisation of the company that was sued was not consistent;
- Rev. no. 11/15. of 28 January 2015 – contains name and surname of the person whose rights are subject of the proceedings.

Such practice of publishing judgments has negative consequences for complainants since it will deter them, or the persons who believe they are in the same or similar situation, from filing lawsuits the purpose of which is to establish whether there is discrimination. Moreover, publication of names of the sued companies harms their business reputation, particularly due to the fact that the existence of discrimination is established in quite a few cases. Likewise, omission to anonymise name and surname of the persons participating in the procedure, such as for example witnesses, may cause discomfort to those persons on the one hand, but can also, on the other, lead to those persons avoiding participation in some subsequent procedure.

2.3. SOME CASE LAW ISSUES

This part of the study is devoted to some of the most important questionable issues related to non-discrimination system in case law of the Montenegro judiciary. Focus of the research was placed on the following areas: 1) discrimination of people with disabilities; 2) workplace harassment (mobbing); 3) protection of socio-economic rights; 4) sexual orientation as ground for protection; and 5) violation of the freedom of movement of the EU.

2.3.1. *Discrimination of People with Disabilities*

As already mentioned, the overall legislative framework for the protection against discrimination in case law of ordinary courts practically only produces results for people with disabilities. To be more precise, all the cases that we managed to obtain in the project, and in which the Supreme Court of Montenegro established the existence of discrimination in final and enforceable decision, are related to the prohibition of discrimination against people with disabilities. However, when it comes to disability as a personal characteristic we are facing problems in case law of ordinary courts in terms of defining certain

– Gž. no. 1755/12 of 07 February 2013;

– Gž. no. 1070/14 of 19 May 2014;

– Gž. no. 1103/14 of 19 May 2014;

– Gž. no. 1108/14 of 19 May 2014;

– Gž. no. 1918/14 of 16 September 2014;

– Gž. no. 2012/14 of 17 September 2014;

– Gž. no. 2063/14 of 07 October 2014;

– Gž. no. 2407/14 of 10 December 2014;

– Gž. no. 540/15, of 09 April 2015;

The example of the High Court in Bijelo Polje shows that the system of special records required under the Law on Prohibition of Discrimination as a prerequisite for proper availability and publication of judgments does not function as required under this systemic legislation. On the other hand, a positive example of keeping precise records of the number of discrimination cases is case law of the Constitutional Court. In fact, since 2014 the reports of the Constitutional Court have specified a precise number of cases in which constitutional complaints invoked violation of the constitutional law with regard to discrimination/equality (prohibition of discrimination referred to in Article 8, equality referred to in Article 17, equal protection of rights and freedoms referred to in Article 19 and non-discrimination referred to in Article 14 of the European Convention).⁵

2.2.2. Principle of Anonymisation

Therefore, on the one hand, when it comes to publicity and availability of judgments in the area of discrimination, considerable difficulties are faced in obtaining proper data. However, analysis of the judgments that were obtained reveals that the principle of publicity is often breached once judgments become available. In fact, publication of judgments for the general public is regulated under the Rulebook on anonymisation of judicial decisions which, amongst other things, lays down the principle of anonymisation of judgments. However, detailed analysis of judgments rendered by the Supreme Court reveals that the principle of anonymisation has not been fully applied. To be precise, responsible staff at the Supreme Court are sloppy as they fail to

5 E.g. 2014 Activity Report of the Constitutional Court.

2.2.1. Special Records referred to in Article 33 of the Law on Prohibition of Discrimination

Publicity of the work done by judicial bodies with regard to the cases involving non-discrimination is best reflected through availability and publication of judgments which should be guaranteed under provisions of the Law on Prohibition of Discrimination. In that context, Montenegro judicial bodies are obligated to keep so-called special records of discrimination cases under Article 33 of the Law on Prohibition of Discrimination. In fact, the Law amending the Law on Prohibition of Discrimination sets out that courts, public prosecutor's offices, misdemeanour bodies, administrative bodies competent for police affairs and inspection bodies are obligated to keep special records of the reports that have been filed, procedures that have commenced and decisions that have been rendered which fall within their competence and are related to discrimination. In addition, they are obligated to submit the data contained in these records to the ombudsman at the latest by 31 January of the current year for the previous year. Moreover, the subject law also sets out misdemeanour liability with fines ranging from EUR 100 to EUR 2000 for the responsible person in a state body, state administration body and local government body if he/she fails to meet this obligation to keep the records and also if he/she fails to submit data on these to the Ombudsman.³

Attitude of the High Court in Bijelo Polje towards this important issue proves that the system for the protection against discrimination is far from the desired level of functioning when it comes to keeping these special records required under the law. In fact, requests for free access to information have been used in framework of the project, as one of its activities, in an attempt to obtain as many judgments as possible in the subject area. One such request was submitted to the High Court in Bijelo Polje in order to obtain photocopies of the judgments rendered by this court in discrimination cases in the period from 01 January 2013 to 31 December 2015. The result was a written notification consisting of only one sentence stating that "there had been no discrimination cases adjudicated by the court in the requested period."⁴

Later search of the internet database available on the website www.sudovi.me revealed that these statements given by management of the High Court in Bijelo Polje were untrue. In fact, merely by analysing judgments of the Supreme Court of Montenegro that are available on the website mentioned above it was established that the High Court in Bijelo Polje delivered 9 judgments for which review was requested and upon which the Supreme Court of Montenegro rendered decisions. These are the following judgments:

- 3 Article 25 of the Law amending the Law on Prohibition of Discrimination.
- 4 High Court in Bijelo Polje, Su. V no. 604/16, 12 February 2016.

On the other hand, all the other plaintiffs, who invoked violation of some other grounds for protection (personal characteristics) in their complaints in accordance with the Law on Protection against Discrimination, did not obtain protection. To be more precise, it was not possible to find a single case which was finalised with final and enforceable decision and in which ordinary courts established the existence of discrimination in the context of some other personal characteristic.

The research has revealed that there are only three cases before high courts in which consideration was given to the cases of first instance courts in which existence of discrimination was established on some ground other than disability, in context of the Law on Prohibition of Discrimination. Out of these cases, only in one the High Court in Bijelo Polje confirmed judgement of the first instance court in Kolašin with regard to the existence of discrimination. On the other hand, first instance courts established the existence of discrimination in two cases; however, the second instance court quashed these decisions and reopened proceedings for them. In one case the ground was trade union membership¹, while the ground for discrimination in the other one was political membership². As for criminal cases, due to unavailability of judgements and lack of proper records, focus of the research was placed on the cases of discrimination committed on the ground of sexual orientation. In that context, analysis of the available data led to the finding that there were three judgements rendered by high courts in which persons were pronounced guilty for the criminal offence connected with discrimination on the ground of sexual orientation.

2.2. AVAILABILITY AND PUBLICATION OF JUDICIAL DECISIONS

Availability and publication of judgements rendered by high courts, in the context of the principle of publicity and transparency of the work done by judicial bodies, is of vital importance for proper understanding of the notion of discrimination, as well as for its further enhancement. However, the case law shows that twofold problems are encountered in this area. On the one hand, for the purpose of best possible informing of the general and expert public about case law of the high courts in this area, it is necessary to keep special records of discrimination cases which are required under the law. On the other hand, when judgements of the high courts are published they often contain omissions in terms of the principle of anonymisation of judgements.

- | | |
|---|--|
| 1 | Basic Court in Herceg Novi, P. no. 558/11 of 16 November 2012. |
| 2 | Basic Court in Podgorica, P. no. 4407/13 of 28 October 2014. |

complaints were accepted there was not a single decision in which the existence of discrimination was established.

The 2013 Activity Report of the Constitutional Court contains no data on the number of constitutional complaints for which the Constitutional Court rendered decisions with regard to some of the grounds for discrimination. Moreover, as was the case in 2014, out of 16 decisions (4.42% of the total number) in 2013 under which constitutional complaints were accepted there was not a single decision in which existence of discrimination was established.

On the other hand, when it comes to the initiatives for constitutionality review of general acts the Constitutional Court, unlike decisions in the area of constitutional complaints, rendered 6 decisions in the period from 2014 to 2015 in which it found that provisions of certain general acts were not compliant with the Constitution as they breached the principle of non-discrimination. In 2014, there were two such decisions of which one was about lack of constitutional compliance of the provisions of a law, while the second one was about lack of constitutional compliance of the provisions of a general act (decision) rendered by a local assembly. This accounts for 16.7% of the total number of decisions in which lack of constitutional compliance of general acts was established. On the other hand, lack of constitutional compliance was established in 2015 in four general acts (rulebooks) of certain associations and business organisations. On the other hand, as for ordinary courts, availability of information is limited to the judicial decisions posted on website www.sudovi.me since there are no proper special records on discrimination cases. Search of this website shows that there was a total of 60 judgments, these being 27 judgments of the Supreme Court of Montenegro rendered in the period 2012-2016 and 33 judgments of the High Court in Podgorica. In the framework of the project, 14 judgments of basic courts were analysed as well.

It is worthwhile noting that analysis of all these judgments revealed that out of all the personal characteristics that the complainants invoked before ordinary courts, based on requirements under the Law on Prohibition of Discrimination, it is only people with disabilities that were successful in obtaining protection. In other words, the only cases in which the existence of discrimination was established, and which became final and enforceable after decisions rendered by the Supreme Court, were those related to the protection of people with disabilities. These are the cases Rev. no. 822/14 of 09 April 2015 and Rev. no. 1379/15 of 17 March 2016. Interestingly enough, despite existence of a separate Law on Prohibition of Workplace Harassment there was no a single case in which the existence of mobbing was established.

2. RESEARCH FINDINGS

2.1. STATISTICAL DATA

Proper statistics on the decisions on discrimination exist only for constitutional complaints filed with the Constitutional Court. In fact, the 2014 Report of the Constitutional Court contains precise data on the constitutional grounds employed in deciding on constitutional complaints. As for 2015, precise data cannot be communicated since activity report for this year has not been available to the public yet. The only data which can be communicated are those obtained from the Constitutional Court stating that "in 2015 it decided on 67 cases in the procedures conducted based on constitutional complaints which contested violation of the right to non-discrimination, which accounted for 14,4% of the overall constitutional complaints that contested some other rights set forth in the Convention and the Constitution."

Therefore, the most representative data are to be found in the 2014 Activity Report of the Constitutional Court. In that year, a total of 177 constitutional complaints were resolved on the merits where complainants invoked, besides other grounds for complaint, some of the legal grounds set out in the Constitution or in the European Convention which deal with some form of discrimination, i.e. breach of the principle of equality. To be more precise: 34 cases invoked non-discrimination set out in Article 8 of the Constitution; 54 cases invoked the ground for equality set out in Article 17 of the Constitution; 68 cases invoked equal protection of rights and freedoms set out in Article 19; 21 cases invoked non-discrimination set out in Article 14 of the European Convention.

Despite such a large number of decisions that were deliberated with regard to, amongst other things, some of the grounds for discrimination, out of 25 decisions rendered in 2014 (3.36% of the total number) under which constitutional

In addition, a separate case study deals with understanding of the justification and principle of proportionality in case law of ordinary courts.

Finally, as for the chapter *Research Findings* it worthwhile noting that, amongst other things, readers of the English version are denied the topics such as *recurrence of discrimination*, *notion of workplace harassment* – *mobbing* and comprehensive analysis of the notions such as *freedom of movement in the EU* and *discrimination test* regarding violation of the freedom of movement in the EU.

1. INTRODUCTION REMARKS

This English version of the study is the abridged version. The main difference compared to its original version is the lack of two chapters entitled *Legal Framework for Non-Discrimination* and *Understanding the Notion of Discrimination in Case Law of the Montenegro Judiciary*, while the chapter entitled *Research Findings* is presented in shortened form.

When it comes to legal framework for non-discrimination in case law of the Montenegro judiciary, the analysis covered all the international documents, including general acts, which constitute legal basis for non-discrimination in the internal legal system of Montenegro. Strong emphasis was placed on the Constitution of Montenegro and the Law on Prohibition of Discrimination.

Understanding the notion of discrimination in case of the Montenegro judiciary is presented in the form of a comparative analysis. To be more precise, case law of the Constitutional Court, Supreme Court and high courts was analysed from the perspective of comparative solutions that are to be found in case law of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as: ECtHR) and Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as: CJEU), as well as in that of some national constitutional courts such as for instance the Federal Constitutional Court of Germany and Constitutional Court of Croatia. Comparative analysis is split into three parts. The first one refers to the comparison test and equal treatment in which notions of identical situation (comparison test) and notion of equal/differential treatment are elaborated. Moreover, this part also features a case study related to the dilemma as to whether it is possible to apply the concept of indirect discrimination in case law of the Montenegro judiciary. The second part of the comparative analysis includes comparison of the notion *grounds for protection*, i.e. personal characteristics which form basis of non-discrimination. The end of this chapter features analysis of the justification for differential treatment, with particular elaboration of both, goals of general interest and principle of proportionality.

2.3.3.4. Initiative for Constitutionality Review	25
U-II-37/16 of 05 June 2016	25
2.3.4. Sexual Orientation as the Ground for Protection	28
2.3.4.1. Same Sex Unions in Case Law of the	
Constitutional Court of Montenegro	
and Federal Constitutional Court of Germany ..	28
2.3.4.2. Criminal Law Aspects of Discrimination	35
2.3.5. Violation of the Freedom of Movement of the EU Law ..	41
2.3.5.1. Implementation of the EU Law in Candidate	
Countries	41
2.3.5.2. Initiative for Constitutionality Review	
U-I 30/14 of 12 May 2014	43
3. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS	45

CONTENT

1. INTRODUCTORY REMARKS	5
2. RESEARCH FINDINGS.....	7
2.1. STATISTICAL DATA.....	7
2.2 AVAILABILITY AND PUBLICATION OF JUDICIAL DECISIONS.....	9
2.2.1. Special Records.....	10
2.2.2. Principle of Anonymisation	11
2.3. SOME CASE LAW ISSUES	12
2.3.1. DISCRIMINATION AGAINST PEOPLE WITH DISABILITIES.....	13
2.3.1.1. Lack of Uniformity in Case Law related to the Compensated Damages	13
2.3.1.2. Right to the Compensation of Damages of the Second Rank Plaintiff	14
2.3.2. Prohibition of Workplace Harassment (Mobbing)	16
2.3.2.1. Definition of Mobbing.....	17
2.3.2.2. Standing to be Sued	19
2.3.3. Protection of Socio-Economic Human Rights	20
2.3.3.1. Nationality as a Personal Characteristic.....	20
2.3.3.2. Initiative for Constitutionality Review U-1/10/15 of 18 March 2015	23
2.3.3.3. Housing Rights based on Employment Relationship	25

© Centre for Democracy and Human Rights – CEDEM

Editor

Centre for Democracy and Human Rights – CEDEM

(www.cedem.me)

Editor

Nenad Koprivica, MSc

Authors

Ilija Vukčević, PhD, Senior Lecturer

Milorad Marković, LL.M

CIP – Каталогизација у публикацији
Национална библиотека Црне Горе, Петине

ISBN 978-86-85803-23-9

COBISS.CG-ID 31574544

This publication has been produced within the project "Fostering Constitutional Court's Practice to Fight Discrimination" with support of the Embassy of the Federal Republic of Germany in Montenegro. Opinions and findings presented in the publication are the sole responsibility of the authors and cannot be taken to reflect the opinions of the donor in any way.

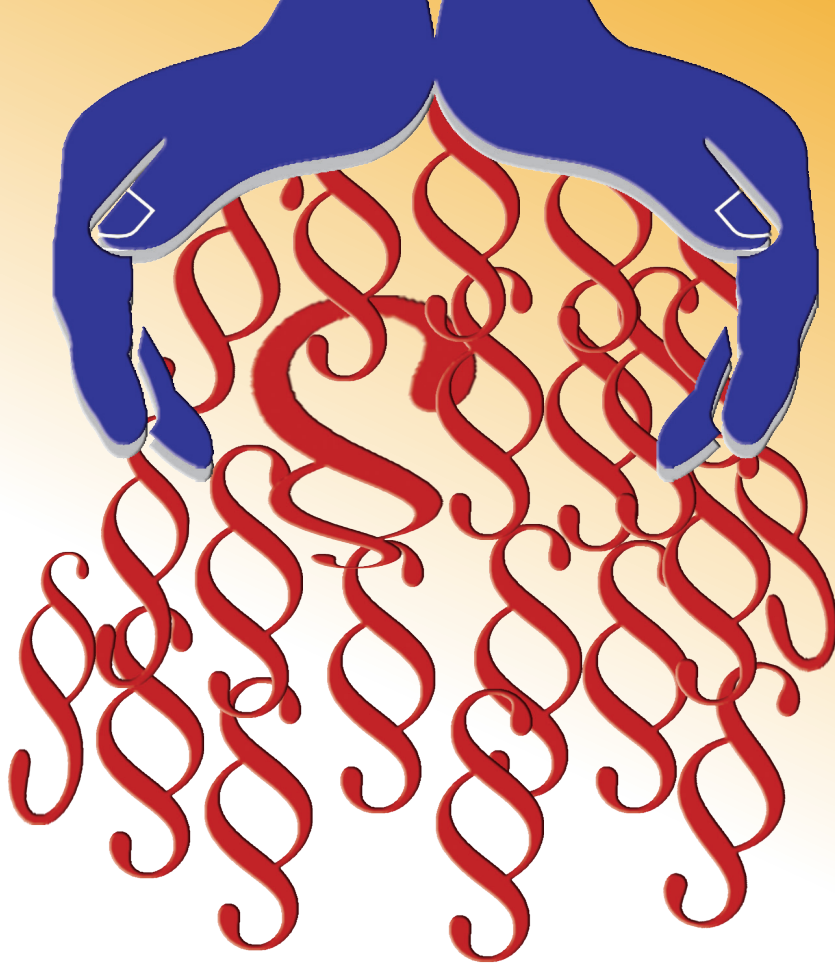
NON-DISCRIMINATION IN CASE LAW OF THE MONTENEGRIN JUDICIARY

(Abridged Version)

AUTHORS:

Ilija Vukčević, PhD, Senior Lecturer
Milorad Marković, LL.M

Institute of Legal Studies/Centre for Democracy and Human Rights
Podgorica, July 2016



NON-DISCRIMINATION IN CASE LAW OF THE MONTENEGRIN JUDICIARY