



CENTAR ZA DEMOKRATIJU I LJUDSKA PRAVA



THE AIRE CENTRE
Advice on Individual Rights in Europe

Zabrana diskriminacije propisi i praksa u Crnoj Gori

Novembar 2012. godine

Izdavač:

Centar za demokratiju i ljudska prava (CEDEM)

Za izdavača:

Mr Nenad Koprivica

Partner na projektu:

AIRE Centar, London

Autori:

Zoran Pažin

Marijana Laković

Aleksa Ivanović

dr Saša Gajin

Biljana Braitwaithe

Adam Vajs

Tehnička priprema i dizajn:

Aleksandar Pajević

Štampa:

Studio Mouse

Tiraž:

250 primjeraka

Ova publikacija je nastala uz podršku Britanske ambasade u Podgorici. Sadržaj ove publikacije predstavlja isključivu odgovornost autora i ni na koji način ne odražava stavove i mišljenja Britanske ambasade u Podgorici.



Predgovor	5
I UVOD	7
II USTAVNA RJEŠENJA	9
2.1. Antidiskriminacione klauzule	9
2.2 Odredbe sa antidiskriminacionim kapacitetom	10
2.3 Odredbe koje su usmjerene na pravni položaj pojedinih kategorija lica	20
III POJAM, OBLICI I SLUČAJEVI DISKRIMINACIJE	13
3.1 Osnovne odredbe - pojam diskriminacije	13
3.2 Oblici diskriminacije	18
3.3 Posebni slučajevi diskriminacije	25
IV INSTITUCIONALNI MEHANIZMI ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE	43
4.1 Zaštita pred institucijom Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore	43
4.1.1 Zakon o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore	44
4.2 Zaštita pred sudom	46
4.2.1 Postupak pred sudom	46
4.2.2 Mjesna nadležnost	46
4.2.3 Tužba	46
4.2.4 Rok za podnošenje tužbe	46
4.2.5 Privremene mjere	46
4.2.6 Teret dokazivanja	47
4.2.7 Druga lica koja mogu podnijeti tužbu	47
4.2.8 Obavješćavanje Zaštitnika/ce	47
4.3 Prekršajno pravna zaštita od diskriminacije	48
4.3.1 Kaznene odredbe u Zakonu o zabrani diskriminacije	48
4.3.2 Zakon o javnom redu i miru	49
4.4 Inspekcijski nadzor	49
4.4.1 Uloga inspekcija	49
4.5 Vođenje evidencije	50
V KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE	51
5.1 Normativno pravni okvir	51
5.1.1 Krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom iz glave XXV Krivičnog zakonika	52
5.1.2 Krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina iz glave XV Krivičnog zakonika	52
5.1.3 Krivična djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore iz glave XXIX Krivičnog zakonika	56
5.1.4 Krivična djela protiv časti i ugleda iz glave XVII Krivičnog zakonika	57
5.1.5 Nekonzistentnost krivično pravne zaštite osoba sa invaliditetom	57

5.1.6 Zabrana diskriminacije djece	58
5.1.7 Kaznene odredbe prema Zakonu o kretanja lica sa invaliditetom uz pomoć psa pomagača	59
VI USTAVNA ŽALBA KAO PRAVNO SREDSTVO ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE	61
6.1 Ustav i ustavne garancije slobode od diskriminacije	61
6.2 Ustavna žalba	61
6.3 Deficit odredbi Zakona o Ustavnom sudu koje se odnose na ustavnu žalbu	63
VII ISKRIMINACIJA U EVROPSKOJ KONVENCIJI O LJUDSKIM PRAVIMA	65
7.1 Pregled zaštite od diskriminacije koju pruža Evropska konvencija o ljudskim pravima	65
7.2 Procjena mogućeg zahtjeva u vezi sa članom 14: trostepeni pristup	66
7.3 Određene oblasti diskriminacije koje se posebno odnose na Crnu Goru	72
7.4 Ostala relevantna pitanja za praktičare u predmetima diskriminacije vezanim za član 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima	79
7.4.1 Protokol 12	81
7.4.2 Pravo Evropske unije	81
7.4.3 Zaključci	84
VIII PODNOŠENJE PREDSTAVKE EVROPSKOM SUDU ZA LJUDSKA PRAVA	85
8.1 Evropska konvencija o ljudskim pravima	85
8.2 Podnošenje predstavke	86
8.3 Konačna presuda – što Sud može i ne može uraditi	91

Predgovor

Zabrana diskriminacije usko je povezana sa principom jednakosti, po kojem se svi ljudi rađaju slobodni i ostaju jednaki u svom dostojanstvu i pravima. Diskriminatorske prakse i netolerantnost uporno održavaju podjele između zajednica, i pri tom prave ogromnu štetu u svim dijelovima svijeta. Stoga je nepohodno uspostaviti i usvojiti odgovarajuće zakone i praksu kako bi se od diskriminacije zaštitile i grupe i pojedinci, i kako bi se obezbijedila primjena efikasnih pravnih lijekova onda kada se diskriminacija ipak poćini.

Zabrana diskriminacije sastavni je dio međunarodnog prava o ljudskim pravima i od izuzetnog je znaćaja u crnogorskom zakonodavstvu, kao i sva druga prava koja pripadaju pojedincima, a koja bi bila bez ikakvog znaćaja ukoliko bi države imale slobodu da same biraju kada i za koga su ta prava primjenjiva.

Evropska konvencija o ljudskim pravima usvojena je neposredno nakon završetka Drugog svjetskog rata, tokom kojeg su zabilježeni nebrojeni zloćini najjezivije vrste, od kojih se većina može pripisati najstrašnjim politikama diskriminacije: protiv Jevreja, Roma i homoseksualaca. Član 14 Konvencije - o zabrani diskriminacije u uživanju prava iz Konvencije – stoga predstavlja samo srce ovog dokumenta. Kasnije je usvojen Protokol 12 sa ciljem da se ta zaštita proširi na sva prava utvrđena zakonom, čak i ako ista nisu bila predviđena Konvencijom. Ujedinjene nacije su takođe usvojile niz važnih dokumenata u ovoj oblasti, naroćito po pitanju diskriminacije protiv žena, rasne diskriminacije i utvrđivanju prava na jednak tretman osoba sa invaliditetom. I Evropska unija je bila veoma aktivna u ovoj oblasti, a zabrana diskriminacije kamen-temeljac je Prava Evropske unije.

Crna Gora je načinila neke važne korake ka ispunjavanju međunarodnih standarda u ispunjavanju antidiskriminacionih politika, ali je diskriminacija posebno pojedinih ranjivih grupa u Crnoj Gori i dalje svakodnevna pojava. Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije učinjen je tek prvi korak u suoćavanju sa problemom. Održivi dijalog javne vlasti i civilnog društva je *conditio sine qua non* daljeg napretka u suzbijanju diskriminacije kroz efikasnu primjenu zakona u praksi, te daljeg unaprjeđenja zakonodavnog okvira i razvijanja mehanizama za monitoring ukupnog procesa.

Ovaj priručnik saćinjen je sa ciljem da pruži sudijama, advokatima i drugim državnim službenicima detaljnu analizu crnogorskog zakonodavstva i praksi u dijelu zaštite grupa i pojedinaca od diskriminacije svake vrste. Priručnik, takođe, pruža uvid u Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i naćin na koji se zabrana diskriminacije primjenjuje u Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu.

Autori priručnika

I UVOD

Poštovanje principa jednakosti ljudi danas se shvata kao moralni imperativ organizovanog društva. Pravilo o zabrani diskriminacije poznaju svi međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, kao i ustavi gotovo svih zemalja svijeta. Načelu jednakosti posvećen je član 1. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija iz 1948., koji sadrži sljedeće riječi:

„Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“

U istom duhu, tekst člana 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. nastavlja:

„Države članice ovog pakta obavezuju se da poštuju i garantuju svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i koja potpadaju pod njihovu nadležnost, prava priznata ovim paktom bez obzira naročito na rasu, boju, pol, jezik, veru, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, imovno stanje, rođenje ili svaku drugu okolnost.“

U preambuli Ustava Crne Gore iz oktobra 2007. godine, principi jednakosti, multikulturalnosti i tolerancije uzdignuti su na nivo utemeljujućih normativnih načela crnogorskog društva i države. Tako se u ovoj političkoj deklaraciji uz tekst Ustava kaže da Ustavotvorna skupština donosi osnovni akt države „polazeći od opredjeljenja građana Crne Gore da žive u državi u kojoj su osnovne vrijednosti: sloboda, mir, tolerancija, poštovanje ljudskih prava i sloboda, multikulturalnost, demokratija i vladavina prava“.

U osnovnom dijelu ustavnog teksta, ovo političko opredjeljenje ispunjeno je normativnom sadržinom, upisanom u brojne ustavne garancije. Na ovaj način, ustavotvorac je ideju jednakosti i zabrane diskriminacije ugradio u cjelokupnu strukturu najvišeg pravnog akta zemlje. Utkan u sadržinu ustavnih jemstava, pravni režim zabrane diskriminacije zadobio je tako najveću moguću pravnu snagu- nijedan drugi pravni akt, zakon ili drugi propis, ne mogu biti suprotni ovom ustavnom opredjeljenju.

Polazeći od ovih pravno-političkih principa, sveobuhvatan pozitivnopravni režim zabrane diskriminacije trebalo bi da ispuni dva osnovna cilja. Prvi je da odredi šta je to diskriminacija, odnosno šta je to što je zabranjeno činiti. Drugi je da ponudi povrijeđenom efikasne mehanizme pravne zaštite od diskriminacije. Ustav Crne Gore, kao i pozitivni zakonski tekstovi, a prije svega Zakon o zabrani diskriminacije, na ova dva načelna pitanja odgovaraju specifičnim pravnim pravilima.

U daljem tekstu biće prvenstveno analiziran način na koji pozitivnopravni poredak Crne Gore definiše koje protivpravno postupanje može da se označi kao diskriminatorno. U tom smislu, dio teksta ove publikacije biće usmjeren na ustavne odredbe antidiskriminacionog karaktera, kao i na definisanje pojma, oblika i slučajeva diskriminacije u okviru posebnih zakonskih odredbi.

II USTAVNA RJEŠENJA

Ustav Crne Gore sadrži tri posebne grupe odredbi kojima se garantuje jednak tretman. Prvu čine odredbe čija se sadržina u potpunosti iscrpljuje u zabrani diskriminacije. Drugu grupu čine odredbe o pojedinim ljudskim pravima i slobodama, sa prepoznatljivim antidiskriminacionim kapacitetom, a treću one ustavne garancije koje su usmjerene na pravni položaj pojedinih kategorija lica.

2.1. Antidiskriminacione klauzule

Već u početnom djelu ustavnog teksta, i to u prvim članovima ovog djela, primjetna je grupa odredbi antidiskriminacionog karaktera. U članu 1. utvrđuje se da je Crna Gora država republikanskog oblika vladavine, zasnovana na idejama građanske demokratije i socijalne pravde. Princip demokratije, na kome istorijski i konceptualno počiva društvo jednako slobodnih pojedinaca, eksplicitno se u članu 2. Ustava podržava prenošenjem političke suverenosti na pojedinca- građanina.

Zabranu diskriminacije neposredno propisuju članovi 7. i 8., koji slijede opštem jemstvu ljudskih prava i sloboda koje je ugrađeno u prethodni član 6. Ustava. Tako se u članu 7. kaže da je zabranjeno izazivanje ili podsticanje mržnje po bilo kom osnovu, dakle i prema ličnom svojstvu lica ili grupe, dok se u prvom stavu člana 8. eksplicitno zabranjuje svaka neposredna ili posredna diskriminacija, takođe po bilo kom osnovu. Odredba prvog stava člana 8. upotpunjuje se u njegovom drugom i trećem stavu pravilom o izuzimanju iz pravnog pojma diskriminacije tzv. mjera afirmativne akcije, tj. onih mjera kojima se poboljšava položaj pojedinaca i grupa u cilju ostvarenja njihove pune jednakosti sa drugima.

Antidiskriminacione garancije posebnog karaktera upisane su u članove 13. i 14. Ustava, koje su posvećene jeziku i pismu i odvojenosti vjerskih organizacija od države. U članu 13. se utvrđuje da je crnogorski jezik službeni jezik u Crnoj Gori, ali i da su jezici drugih nacionalnih zajednica, srpski, bosanski, albanski i hrvatski, takođe u službenoj upotrebi, te se eksplicira da su ćirilčno i latinično pismo ravnopravni.

Osnovna jemstva vjerskih sloboda upisana su u pravila člana 14. Ustava. U njima se, prije svega, utvrđuje laički karakter države i propisuje odvojenost države od vjerskih zajednica, a zatim se neposredno garantuje jednakost i ravnopravnost vjerskih zajednica i njihova sloboda u obavljanju vjerskih obreda i poslova.

I u drugom djelu ustavnog teksta, koji formuliše pravila o ljudskim pravima i slobodama, uvodni članovi posvećuju se garancijama jednakosti. U članu 17. kaže se da su svi pred zakonom jednaki, bez obzira na ličnu posebnost ili svojstvo. Ovo pravilo dopunjuje se u članu 19. odredbom o tome da svako lice ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava i sloboda. Najzad, u članu 18. jemči se ravnopravnost muškarca i žene, i obavezuju organi javne vlasti da razvijaju politiku jednakih mogućnosti.

Kad se u članu 25. Ustava dozvoljava privremeno ograničenje prava i sloboda, istovremeno

sa tim se i zabranjuje njihovo diskriminatorno ograničavanje na osnovu ličnih svojstava lica ili grupa. U istom članu se, uz to, kaže da ne trpe ograničenja ustavne zabrane izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti, kao i zabrana diskriminatornog postupanja.

Najzad, granice uživanja pojedinih zajamčenih prava i sloboda određuju se imajući u vidu potrebu obezbjeđivanja efikasne primjene ustavnih garancija jednakosti. Tako se u članu 50. Ustava kaže da se može zabraniti distribucija informacije, ako je to neophodno potrebno, da bi se spriječilo podstrekavanje na akte nasilja ili vršenje krivičnih djela, to jest propagiranje rasne, nacionalne i vjerske mržnje i diskriminacije. Slično tome, u članu 55. se kaže da je zabranjeno djelovanje političkih i drugih organizacija koje je usmjereno na kršenje zajamčenih prava i sloboda, i izazivanje nacionalne, rasne, vjerske i druge mržnje i netrpeljivosti.

2.2 Odredbe sa antidiskriminacionim kapacitetom

Najveći dio ustavnih garancija pojedinih prava i sloboda obezbjeđuje se svim licima, na nediskriminatorni način. Tako, kad određuje beneficijare ustavnih garancija, ustavotvorac najčešće koristi riječi „svako ima pravo...“, „niko se ne smije...“, ili sličnu jezičku konstrukciju, koja ne ostavlja sumnju u pogledu njegove namjere da proširi krug beneficijara, na osnovama principa jednakosti, svih onih lica koja se nalaze pod jurisdikcijom države.

Dakle, ne samo građanin, kao što se to govorilo nekad u starim ustavima, već i svako drugo lice, jednako uživa prava i slobode zajamčene ustavnim odredbama. U pogledu pojedinih prava, naprimjer jemstva svojinskih prava (član 61.), eksplicitno se kaže da zajamčeno pravo pripada i strancima. Ovaj ustavnopravni pristup u svemu odgovara međunarodnim obavezama koje je Crna Gora preuzela, kao što je, na primjer, ona koja je sadržana u članu 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a koja upućuje države-potpisnice da svim licima, koja se nalaze pod njihovom jurisdikcijom, obezbijedi uživanje konvencijskih prava i sloboda.

Naravno, uporednopravno posmatrano, u pogledu pojedinih garancija prava i sloboda, postoji nepodijeljena saglasnost u pogledu legitimnosti njihove selektivne primjene. Tako se i ustavotvorac u Crnoj Gori opredjeljuje da pojedina ljudska prava garantuje samo domaćim državljanima, kao što je, naprimjer sloboda od progona sa teritorije zemlje ili izručenja drugoj državi (član 12.), ili sloboda političkog organizovanja i djelovanja na teritoriji Crne Gore (član 54.). Sa druge strane, pojedina prava, kao što je pravo azila (član 44.), jemči se samo onim licima koja nisu državljani Crne Gore.

2.3 Odredbe koje su usmjerene na pravni položaj pojedinih kategorija lica

Pojedine odredbe Ustava imaju za cilj da obezbijede posebne garancije pojedinim kategorijama lica. Neke od njih se odnose na položaj lica u pravno uređenom postupku, kao što je ona odredba kojom se garantuje pravo na upotrebu svog jezika licu koje je lišeno slobode (član 29.), kao i licu koje je optuženo i koje koristi pravo na odbranu (član 37.), ili ona odredba koja ograničava dužinu trajanja pritvora za maloljetno lice na 60 dana (član 30.).

Druge odredbe, pak, jemče posebnu zaštitu pojedinih, posebno osjetljivih i ugroženih

kategorija lica. Tako se u Ustavu kaže da omladina, žene i osobe sa invaliditetom uživaju posebnu zaštitu na radu (član 64.), da država obezbjeđuje materijalnu sigurnost licu koje je nesposobno za rad i nema sredstva za život (član 67.), da se jemči posebna zaštita prava osobama sa invaliditetom (član 68.), kao i zdravstvena zaštita djeteta, trudnice, starog lica i osobe sa invaliditetom (član 69.), da porodica uživa posebnu zaštitu, te da su u pravima i slobodama izjednačena djeca rođena u braku i van njega (član 72.), da majka i dijete uživaju posebnu zaštitu (član 73.), da se djetetu jemči posebna zaštita od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i drugog iskorišćavanja i zloupotrebe (član 74.) i sl.

Najzad, posebna grupa prava i sloboda obezbijedena je u ustavnom tekstu za pripadnike manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica. Tako se u članu 79. nabrajaju prava pripadnika manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica, uključujući i ona vezana za očuvanje identiteta, upotrebu jezika i pisma, i školovanje na maternjem jeziku, korišćenje ličnog imena, organizovanje, političku participaciju, informisanje i sl. Kao posebno značajna, u članu 80. Ustava jemči se pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica sloboda od prisilne asimilacije.

III POJAM, OBLICI I SLUČAJEVI DISKRIMINACIJE

Diskriminacija se uobičajeno označava različitim terminima: nejednak tretman, pravljenje razlike s obzirom na lična svojstva, povreda načela jednakosti, nejednako postupanje, obespravljivanje, stavljanje u gori položaj, privilegovanje, povlašćivanje, stavljanje u bolji položaj i sl.

Ustav Crne Gore iz 2007. godine o diskriminaciji govori u članu 8. na sljedeći način:
»Zabranjena je svaka neposredna ili posredna diskriminacija, po bilo kom osnovu.«

Prilikom određivanja sadržine diskriminacije, istorijski i uporednopravno posmatrano, pažnju privlače izrazi kao što su »aparthejd«, »rasna segregacija«, »kastinski sistem«, »etničko čišćenje«, »zločin mržnje«, »govor mržnje«, »homofobija«, »ksenofobija« i drugi. Sve ove riječi označavaju ili opisuju ono što je zabranjeno činiti- diskriminaciju. Međutim, iako se često mogu čuti u javnom govoru, one ne iscrpljuju u potpunosti sadržinu nedozvoljenog ponašanja.

Diskriminacija je pravno veoma složen negativni društveni fenomen. Nije svako pravljenje razlike između pojedinaca, s obzirom na njihova lična svojstva, zabranjeno- nekada se nejednak tretman može opravdati, to jest označiti kao dozvoljen. Diskriminacija može imati različite oblike, nekada je skrivena, po pravilu je definisana kao nedozvoljeno ponašanje u različitim zakonima ili drugim izvorima prava, često je predmet različitog ili čak suprotnog tumačenja od strane sudova i drugih državnih organa i sl. Zbog toga suprotstavljanje diskriminaciji pravnim sredstvima pretpostavlja, prije svega, precizno i potpuno definisanje pojma, oblika i slučajeva diskriminacije, i to prvenstveno na temelju odredbi Zakona o zabrani diskriminacije iz 2010. godine.

3.1 Osnovne odredbe - pojam diskriminacije

Zakon određuje diskriminaciju kao neopravdano pravljenje razlike, nejednako postupanje ili propuštanje (isključivanje, ograničavanje i davanje prvenstva), prema jednom licu ili grupi, s obzirom na njihova lična svojstva. U skladu sa ovako određenim pojmom, postupak utvrđivanja da li je u konkretnom slučaju došlo do diskriminacije trebalo bi da se osloni na analizu sljedećih pet elemenata.

1. Diskriminacija znači pravljenje razlike, to jest nejednak tretman

Tri aspekta nejednakog tretmana zaslužuju posebnu pažnju. Jedan se odnosi na sadržinu pravljenja razlike, drugi na prirodu različitog tretmana, a treći na njegove pojavne oblike, to jest formu.

a) Sadržina

Po svojoj sadržini, pravljenje razlike ogleda se najčešće u isključivanju, ograničavanju ili davanju prvenstva.

Primjeri: Isključivanje postoji ako vlasnik javnog bazena ne dopušta Romima ulazak na bazen. Ograničavanje postoji ako se osobi sa invaliditetom zdravstvena usluga u domu zdravlja ne pruži onda kada ona dođe na red, već tek na kraju, kada više nema nikog drugog u redu. Privilegovanje, odnosno davanje prvenstva postoji ako ministar/ka u radni odnos u ministarstvu prima samo lica koja su članovi njegove/njene političke partije.

Posmatrano sa stanovišta sadržine, nejednak tretman, dakle, uvijek ima svoja dva osnovna vida:

- stavljanje jednih u gori položaj, koje se najčešće sastoji u obespravljanju, i
- stavljanje drugih u bolji položaj, i to se naziva privilegovanje ili povlašćivanje.

U odnosu na posljedice nejednakog postupanja, sasvim se lako može zaključiti da će, uglavnom, privilegovanje jednih predstavljati istovremeno i obespravljanje drugih, i obrnuto.

b) Priroda

Po svojoj prirodi, nejednak tretman može da se sastoji ili u činjenju ili u nečinjenju.

- Ako se nejednak tretman vrši preduzimanjem nekog akta, to jest vršenjem neke radnje, onda se govori o diskriminaciji koja je izvršena činjenjem ili postupanjem.

Primjer: Diskriminatorski postupak vlasnik kafane koji na ulazu postavi tablu na kojoj piše da je Romima zabranjen ulazak u kafanu.

- Ako do nejednakog tretmana dođe zbog odsustva činjenja, propuštanja, odnosno nepostupanja, onda se govori o diskriminaciji do koje je došlo nečinjenjem.

Primjer: Vjerovatno jedan od najpoznatijih primjera nečinjenja jeste zadržavanje, to jest neuklanjanje arhitektonskih prepreka za osobe sa invaliditetom- vlast u lokalnoj zajednici diskriminiše osobe koje se kreću u invalidskim kolicima ako ne obori ivičnjake trotoara. Isto čini i vlasnik ili korisnik objekta u javnoj upotrebi, na primjer: prodavnice, bioskopa, fakulteta, sportskog centra i sl., ako propusti da obezbijedi osobama sa invaliditetom nesmetan pristup objektu.

c) Forma

Po svojoj formi, diskriminacija ima veoma mnogo oblika, odnosno vidova. Nekada je ona vidljiva, direktna, to jest neposredna, a nekada je skrivena, indirektna ili posredna. Nekada se sastoji u obespravljanju, to jest uskraćivanju prava jednima, ili u privilegovanju, to jest priznavanju prava drugima. Nekada se sastoji u preduzimanju ili nepreduzimanju nekog materijalnog akta, a nekada u uvredljivom, omalovažavajućem, odnosno uznemiravajućem govoru. Nekada je posrijedi obična diskriminacija, a nekada se radi o teškom obliku diskriminacije.

Jedan od osnovnih ciljeva Zakona jeste da odredi i imenuje sve ove pojavne oblike diskriminacije. Što je spisak zabranjenih oblika diskriminacije duži, to će zaštita od diskriminacije biti efikasnija. O različitim oblicima diskriminacije biće posebno riječi u sljedećem odjeljku ovog dijela vodiča.

2. Diskriminacija znači pravljenje razlike, to jest nejednak tretman koji dolazi od strane fizičkog ili pravnog lica.

Kada se pitamo od koga potiče diskriminacija, onda se u svakom konkretnom slučaju pitamo o dvije stvari: prvo, na koje lice se odnosi zabrana vršenja diskriminacije, to jest ko je adresat obaveze poštovanja načela jednakosti, i drugo, koja je priroda ove njegove obaveze, u čemu se ona sastoji.

a) Adresat obaveze

Svi su dužni da poštuju princip jednakosti ljudi. Niko nema pravo da vrši diskriminaciju. Dakle, adresati pravne obaveze uzdržavanja od vršenja diskriminacije jesu svi pojedinci, odnosno fizička lica, kao i sva preduzeća, organizacije, ustanove, državni organi i drugi organi javne vlasti, odnosno sva pravna lica.

Primjeri: Zabrana diskriminacije podjednako se odnosi na:

- državni organ, na primjer na Skupštinu koja je usvojila zakon kojim se obezbjeđuju privilegije samo za pripadnike nekih vjerskih zajednica;
- javnu ustanovu, na primjer na školu koja odbija da upiše đaka koji je inficiran virusom HIV-a;
- preduzeće, na primjer na ono koje rukovodi tržišnim centrom i koje zabranjuje ulaz Romima;
- poslodavca, bez obzira na to da li je u javnom ili privatnom sektoru, na primjer na onoga koji je dao otkaz zaposlenom za koga se saznalo da je homoseksualac;
- javno glasilo, na primjer na urednika i novinara koji objavljuju tekstove u kojima je sadržan govor mržnje;
- pojedinca koji obavlja privrednu djelatnost, na primjer na zubara koji odbija da popravi zub osobi sa invaliditetom;
- pojedinca, na primjer na onoga koji ispisuje poruke ili simbole diskriminatorske sadržine, ili na onoga koji ruši nadgrobne spomenike pripadnika jedne etničke zajednice, i sl.

b) Priroda obaveze

Obaveza poštovanja principa jednakosti može da bude ili negativna ili pozitivna.

- Prva obaveza svakoga jeste da ne postupa diskriminatorski, to jest da se uzdrži od diskriminacije, i zbog toga se ova obaveza naziva negativna. Zabrana diskriminacije se najčešće iscrpljuje upravo u negativnoj obavezi.

Primjeri: svi primjeri navedeni u vezi sa adresatom obaveze, upućivali bi na njegove negativne obaveze. Dakle, Skupština ima negativnu obavezu da se uzdrži od donošenja diskriminatorskog zakona, škola mora da se uzdrži od diskriminacije đaka sa HIV-om, time što će ga primiti u školu, urednik i novinar su dužni da se uzdrže od objavljivanja govora mržnje i sl.

- Nekada, međutim, adresat može da ima i pozitivnu obavezu koja se sastoji u obavezi preduzimanja određenih aktivnosti, to jest vršenja radnji u cilju sprečavanja ili kažnjavanja akata diskriminacije, i zbog toga se ova obaveza naziva pozitivna. Ako adresat, po pravilu će to biti organ javne vlasti, ne postupi u skladu sa ovom svojom obavezom, smatraće se da je postupio diskriminatorski.

Primjeri: policija ima pozitivnu obavezu da spriječi huligane da fizički napadnu učesnike uredno prijavljenog skupa LGBT osoba, kao i da spriječi spaljivanje romskog naselja i protjerivanje Roma; uz to, policija ima i obavezu da temeljno i efikasno istraži ko su počinioci ovih akata.

Uz to, država ima i druge pozitivne obaveze opšteg karaktera, kao što je obaveza stvaranja pravnog okvira uživanja slobode od diskriminacije i obezbjeđenja efikasnih mehanizama

zaštite od diskriminatorskog postupanja. Pretežan dio ove obaveze država je ispunila usvajanjem Zakona o zabrani diskriminacije.

3. Diskriminacija znači pravljenje razlike, odnosno nejednak tretman koji dolazi od strane fizičkog ili pravnog lica, i koji se vrši prema licu ili grupi.

Žrtva diskriminacije može biti svako lice, fizičko ili pravno, pojedinac sam ili kao dio grupe koja trpi diskriminaciju, pa čak i članovi njegove porodice ili njemu bliska lica.

a) Fizičko i pravno lice

Najčešće žrtve diskriminacije jesu fizička lica, odnosno pojedinci. Međutim, i sva pravna lica (preduzeća, ustanove), kao i preduzetnici koji obavljaju privrednu djelatnost mogu postati žrtve diskriminacije, jednako kao i pojedinci.

Primjer: Ako se studentima privatnih pravnih fakulteta, koji imaju dozvolu za rad ministarstva obrazovanja, isključi ili ograniči pravo da polažu pravosudni (stručni) ispit, pod istim uslovima kao i studenti koji su diplomirali na državnim pravnim fakultetima, onda se radi o neopravdanom stavljanju u gori položaj, odnosno diskriminaciji, istovremeno studenata i privatnih pravnih fakulteta.

b) Pojedinac i grupa

Pojedinci mogu biti žrtve diskriminacije, ili individualno, ili kao članovi grupe lica koja dijele određeno zajedničko lično svojstvo. Pri tome, nije od značaja brojnost grupe ili druga njena svojstva, kao što je lokalitet, socijalna struktura članova i sl.

Primjeri: Premlaćivanje Roma/kinje isključivo ili uglavnom zbog njegove/njene nacionalne pripadnosti, jeste diskriminacija učinjena prema njemu/njoj lično. Nasuprot tome, objavljivanje teksta u novinama u kojima se zagovara prisilno iseljavanje Roma iz jednog dijela grada, jeste govor mržnje koji je usmjeren protiv cijele grupe, to jest svih pripadnika te Romске zajednice.

c) Članovi porodice i bliska lica

U nekim slučajevima žrtva diskriminacije nije samo pojedinac lično, već i članovi njegove porodice, kao i njemu bliska lica.

Primjer: Članovi porodice lica inficiranog HIV virusom ili oboljelog od AIDS-a, najčešće trpe jednaku diskriminaciju kao i samo to lice- uskraćivanje upisa u školu za djecu ili zaposlenja za bračnog ili vanbračnog druga ili partnera, uskraćivanje medicinske njege za članove porodice, isključivanje iz socijalnog okruženja, javno omalovažavanje i sl. Isto to važi i za lica koje je u naročito bliskom odnosu sa inficiranim ili oboljelim- djevojka ili mladić, drug ili drugarica i sl.

4. Diskriminacija znači pravljenje razlike, to jest nejednak tretman koji dolazi od strane fizičkog ili pravnog lica, i koji se vrši prema licu ili grupi s obzirom na njihova lična svojstva.

Diskriminacija predstavlja ono razlikovanje lica ili grupa koje se zasniva na njihovim ličnim svojstvima. Do diskriminacije dolazi onda kada se jedno lice stavi u gori položaj samo zbog svog ličnog svojstva- zbog toga što ima ili nema određenu boju kože, ili nacionalnu pripadnost, ili vjersko ubjeđenje, ili pol i sl. Da bi nejednak tretman predstavljao diskriminaciju, potrebno je, dakle, apstrahovati, ignorisati cjelokupnu ličnost čovjeka u svim njegovim as-

pektima (identitet, karakterne osobine, navike itd.), svodeći ga samo na jedno od njegovih ličnih svojstava- na to da je Jevrejin, ili invalid, ili homoseksualac i sl.

U tom kontekstu, odgovori na tri pitanja bitno određuju mogućnost pravne zaštite od diskriminacije. Prvo, s obzirom na koja lična svojstva jednog lica je diskriminacija zabranjena, drugo, kako definisati pojedina lična svojstva i treće, da li je potrebno da lično svojstvo lica realno postoji.

a) Lista ličnih svojstava

Opšteprihvaćeno pravilo je da je diskriminacija zabranjena s obzirom na sva lična svojstva, to jest s obzirom na bilo koje lično svojstvo jednog lica. Liste ličnih svojstava, koje se srijeću u brojnim pravnim dokumentima (međunarodnim konvencijama, ustavima, zakonima, odlukama sudova i sl.), nijesu ili ne bi smjele da budu zaključane, tj. svedene na tačno određena i nabrojana lična svojstva. Dakle, ove liste su informativne, one upućuju samo na primjere ličnih svojstava, i izričito zabranjuju i diskriminaciju na osnovu ličnog svojstva koje nije navedeno u listi.

Primjer: Zakonom o zabrani diskriminacije je propisano da je diskriminacija zabranjena ako 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 jednog lica.

b) Definisanje ličnih svojstava

Obično nije potrebno bliže definisati jedno lično svojstvo. Lična svojstva, kao što su nacionalna pripadnost, etničko porijeklo, vjersko i političko opredjeljenje, bračno stanje, starost i sl., ne zahtijevaju posebno određenje- sasvim je jasno na šta se ovi pojmovi odnose. Međutim, postoje lična svojstva koja je potrebno definisati, kako bi se izbjegla zabuna u pogledu njihovog značenja.

Primjer: Šta je to seksualna orijentacija? Emocionalna i/ili fizička privlačnost ili naklonost koja može biti prema osobama istog i/ili različitog pola. Izbjegavajte korišćenje uvredljivog izraza „seksualna preferencija“ili„seksualno opredjeljenje“, koji se često koristi kako bi se impliciralo da je istopolna seksualna orijentacija nešto što se može i treba promijeniti.

c) Stvarno ili pretpostavljeno lično svojstvo

Lično svojstvo žrtve diskriminacije najčešće stvarno postoji, ono je realno svojstvo tog lica. Međutim, lice može biti izloženo diskriminatornom postupanju i u slučaju da se njegovo lično svojstvo samo pretpostavlja, to jest iako stvarno ne postoji.

Primjer: Iako sama nije lezbejka, aktivistkinja nevladine organizacije, koja se bori protiv diskriminacije LGBT osoba, trpi diskriminatorno postupanje od strane komšija, koji je otvoreno vrijeđaju i ispisuju poruke diskriminatorne sadržine na fasadi njene kuće, i to na osnovu njene pretpostavljene seksualne orijentacije.

5. Diskriminacija znači nedozvoljeno pravljenje razlike, to jest zabranjen nejednak tretman koji dolazi od strane fizičkog ili pravnog lica, i koji se vrši prema licu ili grupi s obzirom na njihova lična svojstva.

Nije svako pravljenje razlike među ljudima, s obzirom na njihova lična svojstva, nedozvoljena diskriminacija. Uporedimo dva primjera:

- Ako uđete u restoran i od Vas se traži da se izjasnite da li ste pušač ili ne, to jest da se opredijelite za pušački ili nepušački dio restorana, Vi ćete sa blagonaklonošću gledati na ovu mogućnost izbora (pogotovu ako ste nepušač!). Ako nakon toga poželite da odete do toaleta, nećete mnogo razmišljati u koji od dva ponuđena ćete ući- u muški ili ženski, i pri tome ćete tu mogućnost izbora prihvatiti kao prirodnu, normalnu i čak poželjnu;
- Ako ste Rom i na ulazu u restoran Vam kažu da Romima nije dozvoljen pristup, imaćete snažno osjećanje poniženosti, i smatraćete da se radi o neopravdanoj diskriminaciji. Isto osjećanje ćete imati ako Vas puste u restoran, ali Vas zamole da sjednete u dio restorana koji je rezervisan za Rome. U ovom drugom slučaju, podrazumijeva se da će Vam ponuditi i poseban toalet, rezervisan samo za one koji su Romske nacionalnosti.

Ova dva primjera upućuju nas na jedno od najtežih pitanja u oblasti diskriminacije - na pitanje o dozvoljenosti nejednakog tretmana, to jest kada će se smatrati da pravljenje razlike među pojedincima, s obzirom na njihova lična svojstva, nije diskriminacija. Nekada će odgovor na ova pitanja biti lak, baš kao u dva navedena primjera. Međutim, nekada će odgovor na pitanje o dozvoljenosti različitog tretmana zahtijevati upotrebu posebnih pravnih pravila ili primjenu veoma složenih pravnih metoda odmjerkavanja interesa.

3.2 Oblici diskriminacije

Zakon o zabrani diskriminacije definiše neposrednu, posrednu diskriminaciju, uznemiravanje, mobing, segregaciju, dok u poglavlju »Posebni oblici diskriminacije«, ne razlikuje područja (oblasti), osnove i oblike diskriminacije, što je, nesumnjivo nedostatak Zakona.

Analiza pojma diskriminacije je nužan, ali ne i dovoljan, uslov za sticanje potpunog saznanja o tome šta je to što je zabranjeno činiti. Naime, u konkretnim životnim situacijama, diskriminacija nema samo jednu pojavnu formu, već je, uglavnom, sadržana u brojnim različitim oblicima nedozvoljenog ponašanja. Zadatak prava je da sve te nedozvoljene oblike diskriminatorskog postupanja popiše i zabrani. Analiza oblika diskriminatornog postupanja odnosiće se u daljem tekstu, i to kad je to potrebno, na odredbe drugih posebnih zakona u kojima se oni regulišu.

1. Neposredna diskriminacija

Neposredna ili direktna diskriminacija, kako se često naziva, jeste tipičan oblik diskriminacije. Ona je neposredno ili direktno vidljiva jer oni, koji diskriminatorski postupaju, ne kriju svoj postupak. Naprotiv, oni će često javno braniti akt pravljenja razlike između pojedinaca, pozivajući se na potrebu zaštite svojih »legitimnih« interesa ili »viših« ciljeva.

Primjeri ove vrste diskriminatorskog postupanja mogli bi biti:

- paljenje Romskih naselja i istjerivanje Roma iz njih, koje se obično pravda »higijenskim« razlozima;
- prebijanje homoseksualaca koji javno izražavaju svoju seksualnu orijentaciju, koje se opravdava brigom za mentalno zdravlje nacije, kao i brigom za porodicu i djecu;

Prema Zakonu o zabrani diskriminacije, neposredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa, u istoj ili sličnoj situaciji, bilo kojim aktom, radnjom ili propuštanjem, dovode ili su dovedeni u nejednak položaj. (čl. 2, st. 3). Tipičan primjer ovog oblika diskriminacije, koji je već pomenut u tekstu ove publikacije, jeste odbijanje vlasnika restorana da ugosti pripadnika romske populacije, ili njegovo upućivanje na korišćenje toaleta koji su namijenjeni samo njima.

Međutim, činilo bi se opravdanim da se, shodno Direktivi Savjeta 2000/43/EZ od 29. VI 2000 o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo, izmijeni član 2 stav 3 Zakona, tj da se briše dio odredbe, iza riječi »člana«, jer ne postoji način da se opravda neposredna diskriminacija.

2. Posredna diskriminacija

Posredna ili indirektna diskriminacija se razlikuje od neposredne diskriminacije, prije svega, po tome što je ona skrivena- onaj koji diskriminiše ne želi da njegovo diskriminatorsko postupanje bude vidljivo. On se krije iza prividno jednakog tretmana, iako je njegovo postupanje isključivo ili pretežno motivisano diskriminatorskim namjerama.

Primjeri:

- vlasnik restorana želi da izbjegne zapošljavanje Roma tako što zahtijeva od kandidata za radno mjesto kelnera da, uz ostale uslove zaposlenja, zadovolji i uslov koji se odnosi na to da kandidat ima prirodno plavu kosu i plave oči;
- vlasnik štamparije želi da izbjegne zapošljavanje gluvonijeme osobe tako što zahtijeva da radnik u štampariji, osim stručnih kvalifikacija koje mora dokazati, mora da zna i lijepo pjevati.

Prema Zakonu o zabrani diskriminacije, posredna diskriminacija postoji ako, prividno neutralna odredba propisa ili opšteg 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 (čl. 2. st. 4).

Već je, prilikom analize pojma diskriminacije, istaknuto jedno od njenih najvažnijih obilježja - diskriminacija pretpostavlja nejednak tretman, odnosno pravljenje razlike. Kod posredne diskriminacije dolazi do, naoko, paradoksalne zabrane jednakog postupanja, i to onda može da izazove zabunu. Međutim, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu, u slučaju Thlimmenos protiv Grčke, imao je priliku da veoma precizno istakne da diskriminacija postoji i onda kada »države-ugovornice bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju različito ljude koji se nalaze u bitno različitim situacijama«. Dakle, posredna diskriminacija je nedozvoljena upravo zbog toga što se dva lica ili grupe, koje imaju različita lična svojstva, neopravdano tretiraju na isti način.

Jedna grupa posebnih zakona Crne Gore sadrži odredbe koje se odnose na definisanje posredne diskriminacije u pojedinim oblastima društvenog života, kao i u pogledu zabrane diskriminacije pojedinih kategorija lica. Međutim, definisanje posredne diskriminacije, u

ovim posebnim propisima, često se ne poklapa sa pojmom posredne diskriminacije iz člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije.

Pri tom, ne samo što je jezička stilizacija odredbi o posrednoj diskriminaciji drugih zakona različita, već se pojam ovog oblika diskriminacije određuje na takav način da se, uopšte, ne upućuje na specifičnosti njenog razlikovanja u odnosu na neposrednu diskriminaciju, čime se gubi svaki smisao zakonskog definisanja.

Tako se u članu 6. Zakona o radu iz 2008. godine kaže da posredna diskriminacija postoji, ako određena odredba, kriterijum ili praksa stavlja, ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica, lice koje traži zaposlenje kao i zaposleno lice, zbog određenog svojstva, statusa, opredjeljenja ili uvjerenja. Kao što se vidi, u ovoj definiciji se ne pominje konstitutivno obilježje posredne diskriminacije, a to je da se lica, koja dijele različita lična svojstva, neopravdano stavljaju u isti položaj.

Na sličan način, posrednu diskriminaciju određuje i član 7. Zakona o rodnoj ravnopravnosti iz 2007. godine. U njemu se kaže da posredna diskriminacija postoji kad propis, drugi akt, kriterijum ili radnja, u istim ili sličnim okolnostima, dovode u nepovoljniji položaj lice jednog pola u odnosu na lice drugog pola.

Ni u ovoj definiciji posredne diskriminacije ne uočava se njena razlika u odnosu na neposrednu diskriminaciju. Zbog toga je neophodno izvršiti reviziju odredbi kojima se definiše pojam posredne diskriminacije, u okviru svih posebnih zakonskih i drugih pravnih tekstova, a na temelju odredbe iz člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije.

3. Povreda načela jednakih prava i obaveza

Opšte pravno pravilo ili osnovni pravni princip modernog prava jeste da svi pojedinci, bez obzira na razlike među njima, imaju jednaka prava i obaveze. »Svi su pred zakonom jednaki«- to je sentenca koja se ponavlja svaki put kada se želi istaći da se zakon jednako primjenjuje na pojedince, bez obzira na njihova lična svojstva.

Međutim, nije svaka diskriminacija istovremeno i povreda načela jednakih prava i obaveza. U već navedenom primjeru, kada vlasnik restorana podijeli prostor na dva dijela, jedan za goste romske populacije i drugi za sve ostale, onda on svojim diskriminatorским postupanjem ne čini povredu principa jednakih prava- on faktički diskriminiše Rome. Ipak, često se diskriminatorско postupanje ogleda upravo u obespravljanju jednih, to jest u zakonskom ili, uopšte, pravnom privilegovanju drugih, i to na osnovu njihovih ličnih svojstava.

Ovaj oblik diskriminacije ima veoma složenu strukturu, koju je moguće razmotriti sa dva stanovišta.

a) Sa stanovišta prava, diskriminatorско postupanje može imati tri vida:

- pravno, to jest zakonsko privilegovanje postoji kada se pojedincu ili grupi, koja dijeli isto lično svojstvo, obezbjeđuje pravo koje drugi nemaju, na primjer pravo na organizovanje časova vjeronauke u državnim školama obezbjeđuje se za pripadnike pojedinih, a ne svih vjerskih zajednica;
- obespravljanje postoji kada se licu ili grupi uskraćuje pravo koje imaju ostali, na primjer djetetu inficiranom virusom HIV uskraćuje se pravo da se upiše u školu, to jest pravo na pohađanje nastave;
- ograničavanje prava postoji kada se licu ili grupi djelimično uskraćuju prava koja drugi uživaju u punom obimu, na primjer kada se ženama odredi niža plata od one koju primaju muškarci za rad iste vrste, na istom radnom mjestu.

- b) Sa stanovišta obaveza, takođe je moguće uočiti razliku između tri vida diskriminacije:
- nametanje obaveze koju druga strana nema, na primjer licu na izdržavanju kazne zatvora, koje je romske nacionalnosti, naredi se da samo on, umjesto drugih, čisti zajedničko dvorište;
 - nametanje nejednakih obaveza, na primjer upravnik muzeja odredi više cijene ulaznica za strane državljane;
 - nametanje jednakih obaveza u korist samo jedne strane, na primjer vlada uredbom nametne obavezu kupovine dodatne poštanske marke za sve pošiljke u poštanskom saobraćaju, uz određivanje da će cjelokupan ostvareni prihod ići u korist jedne vjerske zajednice.

4. Viktimizacija (zabrana pozivanja na odgovornost)

Viktimizacija je takav oblik diskriminacije koji podrazumijeva da je onaj, koji traži pravnu zaštitu od diskriminacije, ili onaj koji je spreman da pomogne povrijeđenome u zaštiti njegovih prava, stavljen u položaj žrtve, to jest u položaj da trpi nejednak tretman. Viktimizacija, dakle, ima dva vida:

- a) viktimizacija usmjerena na žrtvu diskriminacije postoji u slučaju kada se lice, koje je već pretrpjelo diskriminatorско postupanje, stavlja u nejednak položaj, zbog toga što je tražilo, ili namjerava da zatraži pravnu zaštitu od diskriminacije. Na primjer, osoba sa invaliditetom, koja je trpjela omalovažavanje od strane kolege na poslu, zatraži pravnu zaštitu od poslodavca, a poslodavac, umjesto da pruži pravnu zaštitu povrijeđenom, premjesti osobu sa invaliditetom na drugo, niže radno mjesto, bez uslova za rad koji odgovaraju prirodi njegove invalidnosti, i uz određivanje niže plate;
- b) viktimizacija usmjerena na druga lica postoji ako je osoba, koja nije sama pretrpjela diskriminatorско postupanje, spremna da pomogne ili pomaže drugom licu da ostvari pravnu zaštitu od diskriminacije. Na primjer, osoba koja je spremna da svjedoči protiv huligana koji je fizički zlostavljao romsku djecu, ili koja je već svjedočila u korist žrtava, i sama je izložena prijetnjama, odnosno fizičkom zlostavljanju od strane nasilnika.

Prema Zakonu o zabrani diskriminacije, ovaj oblik diskriminacije definisan je pravilom u kome se kaže da niko ne može da trpi štetne posljedice zbog prijavljivanja slučaja diskriminacije, davanja iskaza pred nadležnim organom ili nuđenja dokaza u postupku u kojem se ispituje slučaj diskriminacije (čl. 4.).

5. Govor mržnje

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu je, u više navrata, ponovio da »govor mržnje« nije pravno dozvoljena manifestacija slobode izražavanja, to jest da se iza člana 10. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ne mogu zaklanjati oni koji govore »govorom mržnje«. Slično kao i kod udruživanja radi vršenja diskriminacije, i ovdje se radi o tome da je potrebno zabraniti javni govor kojim se propagira diskriminacija, mržnja ili nasilje prema onima koji dijele određeno lično svojstvo, to jest govor kojim se drugi podstiču da vrše diskriminatorске akte.

Govor mržnje se, u praksi, obično identifikuje kroz dva posebna vida diskriminatorскоg postupanja:

- a) Javno izražavanje diskriminatorских stavova, na primjer pisanje grafita, to jest poru ka (»Cigani marš iz naše zemlje!«, »Nož, žica, Srebrenica« i drugi) ili simbola diskriminatorске sadržine (među kojima je daleko najomiljenija nacistička svastika, odnosno kukasti krst),

po fasadama zgrada, nadgrobnim spomenicima, najčešće pripadnika jevrejske zajednice i sl;

b) Govor mržnje u javnim glasilima, koji daje povoda licu ili grupi, protiv koje je govor mržnje uperen, da od suda zahtijeva zabranu ponovnog objavljivanja informacije. Klasični primjeri ovog oblika diskriminacije obuhvatali bi objavljivanje mišljenja da »Cigani smrde«, ili »da su Romi bića sa nižim koeficijentom inteligencije, jer im je obim glave uži nego kod drugih ljudi«, »da bi sve Rome trebalo protjerati iz zemlje« i sl.

Govor mržnje spada u red onih oblika diskriminacije koji prepoznaje član 20 Zakona o zabrani diskriminacije. Prema pravilu iz ovog člana, propagiranje diskriminacije putem javnih glasila predstavlja teži oblik diskriminacije. Ovom pravilu Zakona odgovara niz odredbi medijskih zakona koje sankcionišu govor mržnje. Međutim, ono što je svima njima zajedničko, i po čemu se razlikuju, jeste da one značajno sužavaju krug lica koja se na osnovu njih mogu štititi.

Tako, prema članu 23 Zakona o medijima iz 2002. godine, zabranjeno je objavljivanje informacija i mišljenja kojim se podstiče diskriminacija, mržnja i nasilje prema licima ili grupama zbog njihove pripadnosti ili nepripadnosti nekoj rasi, vjeri, naciji, etničkoj grupi, polu ili seksualnoj opredijeljenosti. Dakle, lica i grupe, koje dijele druga lična svojstva, ne štite se ovom odredbom Zakona.

Ovo ograničenje kruga beneficijara zakonske zabrane u suprotnosti je sa principijelnom pozicijom Zakona o zabrani diskriminacije, koji zaštitu od govora mržnje obezbjeđuje svima onima protiv kojih je ovaj govor uperen, bez obzira na njihova lična svojstva. U tom smislu, bilo bi potrebno proširiti domašaj odredbe člana 23. Zakona o medijima, u skladu sa opštim zakonskim rješenjem Zakona o zabrani diskriminacije.

Najzad, u Zakonu o elektronskim medijima iz jula 2010. godine, domen primjene zabrane govora mržnje, u oblasti koja je regulisana ovim zakonskim tekstom, značajno je proširen u odnosu na rješenje Zakona o medijima. Tako, prema članu 48. ovog Zakona, u elektronskim medijima zabranjeno je podsticanje, omogućavanje podsticanja ili širenje mržnje i diskriminacije po osnovu rase, etničke pripadnosti, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili porodičnog statusa, starosne dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog nasljeđa, rodnog identiteta ili seksualne orijentacije.

Već na prvi pogled, vidljivo je proširenje osnova za zabranu govora mržnje u elektronskim medijima u odnosu na zabranu koja se, u skladu sa opštim Zakonom o medijima, primjenjuje na neelektronske medije. Međutim, ni ova zabrana proširenog dejstva ne bi se mogla smatrati zadovoljavajućom, na osnovu najširih standarda zabrane diskriminacije, garantovanih Zakonom o zabrani diskriminacije, jer i ona, takođe, ne dopušta primjenu ovog mehanizma zaštite u onim slučajevima kad je govor mržnje uperen protiv lica koja dijele neko lično svojstvo, koje nije izričito pomenuto u zakonskoj odredbi.

Osim toga i, nažalost, bez ikakvog opravdanja, ovaj prošireni spisak ličnih svojstava, koji legitimizuje lica da zahtijevaju zaštitu od govora mržnje, dodatno se u istom Zakonu ograničava u oblasti pravnog regulisanja objavljivanja reklamnih sadržaja. Tako se u članu 85. Zakona kaže da je zabranjeno u oglasnoj poruci, putem elektronskih medija, promovisati diskriminaciju po osnovu pola, rase, nacionalne pripadnosti, vjere ili uvjerenja, invalidnosti, godina starosti i seksualne orijentacije. S obzirom na to da se na ovaj način ne može odgovoriti na potrebu efikasne i sveobuhvatne borbe protiv diskriminacije, obje ove zakonske odredbe, kao i u slučaju odredbi Zakona o medijima, potrebno je izmijeniti i uskladiti sa opštom zabranom diskriminatornog postupanja propisanom Zakonom o zabrani diskriminacije.

6. Uznemiravanje i ponižavajuće postupanje

Uvredljivo ponašanje, omalovažavanje, to jest uznemiravanje drugih, na prvom mjestu predstavlja flagrantnu povredu ljudskog dostojanstva. Vjerovatno ništa ne može tako lako da povrijedi dostojanstvo čovjeka kao neljudsko ponašanje. Bez obzira na to da li je praćeno drugim oblicima diskriminacije, omalovažavanje i uznemiravanje jednog lica, zbog njegovog ličnog svojstva, samo po sebi, jeste nedozvoljeno diskriminatorско postupanje. O ovom posebnom obliku diskriminacije govori Zakon o zabrani diskriminacije u svom članu 7.

Dva su osnovna vida ovog oblika diskriminacije:

a) Verbalno omalovažavanje i uznemiravanje postoji kada se prema jednom licu diskriminatorски postupa korišćenjem riječi, bilo u pisanom obliku ili govorom, na primjer kada se Romu kaže „Bježi od mene, ne razgovaram sa Ciganima“, ili kada se osobama sa invaliditetom obraća na pogrdan način, riječima „debilu“, „slijepcu“, „ćopavi“ i sl.

b) Omalovažavanje i uznemiravanje gestovima i radnjama postoji kada se prema jednom licu diskriminatorски postupa gestikulacijom, na primjer plaženjem, zatvaranjem nosa, pokazivanjem srednjeg prsta i sl., ili vršenjem druge radnje, na primjer pljuvanjem, odgurivanjem, tegljenjem ušiju, oduzimanjem štaka ili štapa, plašenjem psa-vodiča i sl.

Poseban slučaj omalovažavajućeg postupanja predstavlja seksualno uznemiravanje, prevashodno osoba ženskog pola. Do seksualnog uznemiravanja dolazi, naročito često, u situacijama u kojima postoji odnos nadređenosti prema žrtvi, kao što je odnos poslodavca prema zaposlenom ili profesora prema studentu/studentkinji i sl. Seksističko ponašanje, kako se ovaj slučaj još naziva, obuhvata, sa jedne strane, verbalne napade na žrtvu, na primjer dobacivanjem ili slanjem poruka, uz korišćenje lascivnih riječi i izraza, pozivanjem na seksualni odnos, nepristojnim „udvaranjem“ i sl., a sa druge strane, neverbalne napade, na primjer štipkanjem, milovanjem, zavirivanjem pod suknju, udaranjem po zadnjici i sl.

Osnovni problemi sa zakonskim određenjem ovih oblika diskriminacije potiču iz sfere radnih odnosa. Naime, član 8. Zakona o radu zabranjuje uznemiravanje i seksualno uznemiravanje na radu, ili u vezi sa njim, i to na osnovu ličnih svojstava lica protiv kojeg je ovo postupanje upereno, pri čemu se zakonodavac ne koristi terminom mobing.

Sa druge strane, članovi 7. i 8. Zakona o zabrani diskriminacije, takođe, zabranjuju uznemiravanje, a posebno ono uznemiravanje koje se vrši u radnom okruženju, i koje zakonodavac naziva mobingom, pri čemu se ne pominje i seksualno uznemiravanje. Sa treće strane, opštu zabranu seksualnog uznemiravanja sadrži član 7. Zakona o rodnoj ravnopravnosti.

Prvi problem koji implicira ova množina zakonskih definicija sastoji se u tome što se one odnose na identične pojmove, uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja, ali se sadržina ovih pojmova između sebe značajno razlikuje. Zbog toga je neophodno, prije svega, usaglasiti ove zakonske definicije, kako bi se izbjegla situacija u kojoj je isto postupanje moguće, po jednom zakonskom rješenju, prepoznati kao protivpravno, a po drugome to nije moguće učiniti.

Drugi problem, koji proizvodi množina ovih definicija, odnosi se na opravdanje potrebe za ponavljanjem zakonskih odredbi o istom pravnom pojmu u više različitih pravnih dokumenata. Naime, Zakon o zabrani diskriminacije i Zakon o zabrani zlostavljanja na radu sadrže odredbe o istom protivpravnom postupanju, koji se u oba teksta zove mobing. U Zakonu o zabrani diskriminacije propisuje se zabrana ovih protivpravnih postupanja, samo ako se ona čine na osnovu ličnih svojstava žrtve, dok u Zakonu o zabrani zlostavljanja na radu to nije slučaj.

Zakon o zabrani zlostavljanja na radu iz juna 2012. godine uređuje prava, obaveze i od-

govornosti poslodavaca i zaposlenih u pogledu sprječavanja zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, kao i druga pitanja od značaja za sprječavanje i zaštitu od mobinga.

Odredbama člana 2 ovog Zakona definisan je mobing kao 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. Mobing, u smislu ovog zakona je i podsticanje ili navođenje drugih na ponašanje u naprijed navedenom smislu.

Rješenje, pak, ovog problema čini se da valja tražiti, prije svega, u definisanju osobenosti ovih pojmova koji se koriste u dva zakonska teksta. Naime, iz uporednog prava je poznato da se mobing, odnosno zlostavljanje na radnom mjestu, može vršiti, ne samo na osnovu ličnog svojstva, već i na osnovu ličnog odnosa neprijateljstava, animoziteta i sl., koji se razvio između dva ili više lica, bez obzira na njihova lična svojstva. U tom smislu, Zakon o zabrani zlostavljanja na radu formuliše generalnu zabranu zlostavljanja na radu, bez obzira na osnov za njegovo vršenje, dok bi antidiskriminacionom zakonodavstvu trebalo prepustiti zadatak formulisanja zlostavljanja na radu, koje je motivisano ličnim svojstvom žrtve. Na ovaj način bila bi otklonjena nelogičnost dvostrukog definisanja istih pravnih pojmova, i to na različit način.

7. Segregacija

Prema članu 9. Zakona o zabrani diskriminacije, nedopušteno je neopravdano razdvajanje lica i grupe lica na osnovu njihovog ličnog svojstva. Ovaj oblik zabranjenog diskriminatornog postupanja bio je uobičajen u praksi vaspitanja i obrazovanja, posebno u odnosu na djecu i učenike romske nacionalnosti, i djecu i učenike sa invaliditetom.

Međutim, krajem prošle decenije, u periodu 2007-2008. godina, država je prepoznala ovaj problem, i u svoje strateške političke dokumente ugradila i osnovne pravce njegovog rješavanja. Tako je 2007. godine usvojena Strategija za poboljšanje položaja Roma Askalija i Egipćana u Crnoj Gori, koja nedvosmisleno zauzima nediskriminacionu poziciju u odnosu na vaspitanje i obrazovanje djece koja pripadaju toj zajednici.

Sa druge strane, 2008. godine usvojena je Strategija inkluzivnog obrazovanja u Crnoj Gori, koja se u cjelini posvećuje problemu vaspitanja i obrazovanja djece sa invaliditetom. Ovaj strateški dokument, po prvi put na sveobuhvatan način, odgovara na problem segregacije djece sa invaliditetom u vaspitnom i obrazovnom procesu.

Kao posljedica ovih strateških opredjeljenja, u julu 2010. godine, izmijenjen je Opšti zakon o obrazovanju i vaspitanju, i u njegov sadržaj unijete su dvije odredbe koje zaslužuju posebnu pažnju. Prema članu 9a. Zakona, zabranjuje se svaki oblik diskriminacije djece, to jest učenika, pa samim tim i njihova segregacija u obrazovanju i vaspitanju.

Sa druge strane, u izmijenjenom članu 11. Zakona, garantuje se pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica pravo na izvođenje nastave na jezicima koje oni koriste. Takođe, u ovaj član ugrađeno je i pravilo o tome da će se za gluvonijemu, i djecu sa drugim oblikom invaliditeta, organizovati nastava na znakovnom jeziku, odnosno putem drugih nastavnih tehnika.

Kad se radi o učenicima sa invaliditetom, istovremeno sa izmjenama opšteg pravnog režima obrazovanja i vaspitanja, zakonodavac je u julu 2010. godine izvršio i izmjene Zakona o vaspitanju i obrazovanju djece sa posebnim potrebama, kojem je promijenio i naziv u Zakon o vaspitanju i obrazovanju djece sa posebnim obrazovnim potrebama. Uopšte posmatrano,

ovim izmjenama želio se obezbijediti novi normativni okvir za primjenu principa inkluzivnog obrazovanja, u svim vaspitnim i obrazovnim aspektima položaja učenika, to jest djece sa invaliditetom.

Refleksije ovog novog normativnog pristupa, vidljive su i u drugim novousvojenim zakonima u ovoj oblasti, kao naprimjer u izmjenama Zakona o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, takođe od jula 2010. godine, kao i u izmjenama Zakona o predškolskom vaspitanju i obrazovanju, od decembra 2010. godine. Na ovaj način se pokušava stvoriti čvrst normativni osnov za postepenu promjenu sveukupnog tretmana ove kategorije djece, to jest učenika. Medjutim, ne manje važnim smatramo i uskladjivanje terminologije koja se u gore pomenutim zakonima koristi sa terminologijom Konvencije UN o pravima osoba sa invaliditetom i Konvencijom UN o pravima djeteta, npr „djeca sa posebnim obrazovnim potrebama“ je termin koji nije poželjno da se nadje u zakonu iz razloga sto pomenute konvencije ne pominju ovaj termin i nije, zapravo jasno koje su to posebne obrazovne potrebe kod djece. Naime, sva djeca imaju iste obrazovne potrebe, ali neka djeca, npr. djeca sa oštećenjem vida imaju teškoće u ostvarivanju obrazovnih potreba, pa im je npr potreban asistent u nastavi i slično.

8. Teški oblici diskriminacije

Između mnogih oblika i slučajeva diskriminacije, zakonodavac će izabrati one koji se, sa stanovišta pravnog poretka, to jest moralnih standarda, pokazuju kao naročito teška ogrešenja o princip jednakosti ljudi. Smisao ovog izdvajanja jeste, prije svega, da označi, kvalifikuje, one nedozvoljene akte koji se smatraju posebno opasnim za društvenu zajednicu. Sa druge strane, kvalifikativ nedozvoljenog postupanja neposredno upućuje sve, a posebno sudove i druge organe čiji je zadatak zaštita ljudskih prava, na strožu pravnu reakciju, kao posljedicu nedozvoljenog ponašanja. Dakle, bez obzira na to da li se radi o građanskopravnoj, krivičnopravnoj ili drugoj pravnoj zaštiti od diskriminacije, državni organ se upućuje na to da strože sankcioniše one oblike diskriminacije koje je zakonodavac okvalifikovao kao naročito teške.

U Zakonu o zabrani diskriminacije (čl. 20.), kao posebno teški oblici diskriminacije, prepoznati su:

- diskriminacija učinjena po više osnova (višestruka ili ukrštena diskriminacija);
- diskriminacija učinjena više puta prema istom licu ili grupi (ponovljena), i diskriminacija koja se čini u dužem vremenskom periodu (produžena ili kontinuirana);
- govor mržnje koji se izražava putem javnih glasila, ili na drugi način;
- diskriminacija koja ostavlja naročito teške posljedice po diskriminisanu lica ili njihovu imovinu.

Među ovim teškim oblicima diskriminacije iz člana 20. Zakona o zabrani diskriminacije, posebno se ističe ono diskriminatorno postupanje koje je proizvelo naročito teške posljedice po ličnost ili imovinu diskriminisanog lica ili grupe. U skladu sa tom kvalifikacijom posljedica, pravno je opravdano mjeriti i nivo društvene opasnosti od ovog oblika diskriminatornog postupanja, te je, na osnovu toga, dalje lako zamisliti i njegovu krivičnopravnu inkriminaciju. I zaista, Krivični zakonik Crne Gore obiluje odredbama antidiskriminacione sadržine (opširnije u poglavlju Krivičnopravna zaštita od diskriminacije).

3.3 Posebni slučajevi diskriminacije

Ako želi da obezbijedi pojedincima potpuniju zaštitu od diskriminacije, zakonodavac se neće

ograničiti samo na određivanje pojma i zabranjenih oblika diskriminacije. On će pokušati da učini i više od toga, da odredi šta se, u konkretnim društvenim odnosima, smatra diskriminacijom. Tako će zakonodavac, imajući, prevashodno, u vidu realno stanje u društvu, pokušati da identifikuje, a zatim i zabrani diskriminaciju u pojedinim tipskim slučajevima.

1. Dvije grupe slučajeva diskriminacije

Svi tipski slučajevi diskriminacije mogu se podijeliti u dvije osnovne grupe slučajeva.

a) Prema oblastima društvenog života

Na prvom mjestu, zakonodavac može da definiše šta se smatra diskriminacijom u pojedinim oblastima organizovanog društva, na primjer u postupanju državnih organa, u radnim odnosima, u pružanju javnih usluga, u korišćenju javnih objekata i površina, u oblasti obrazovanja i stručnog osposobljavanja, u pružanju zdravstvenih usluga i sl.

b) Prema diskriminisanim grupama

Zakonodavac može, nakon toga, da odredi šta se smatra diskriminacijom prema najugroženijim grupama lica, kao što je diskriminacija prema polu, vjerskom ili političkom opredjeljenju, diskriminacija djece, diskriminacija prema rodnom identitetu i seksualnoj orijentaciji, diskriminacija osoba sa invaliditetom, diskriminacija manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica i sl.

2. Pravnotehnička organizacija posebnih zakonskih rješenja

Posebne odredbe o zabranjenim slučajevima diskriminacije sadržane su, sa jedne strane, u Zakonu o zabrani diskriminacije, i to članovima 10-19. Međutim, odredbe o zabranjenim slučajevima diskriminacije sadržane su i u brojnim drugim zakonskim tekstovima. U tom smislu, odredbe posebnih zakona, čiju bi sadržinu valjalo konsultovati i uporediti sa odredbama Zakona o zabrani diskriminacije, odnose se na diskriminaciju u postupcima pred organima javne vlasti, diskriminaciju u korišćenju objekata i površina u javnoj upotrebi, diskriminaciju po osnovu zdravstvenog stanja, diskriminaciju nacionalnih manjina, diskriminaciju u oblasti vaspitanja, obrazovanja i stručnog osposobljavanja, diskriminaciju djece i maloljetnika, diskriminaciju u oblasti rada, diskriminaciju osoba sa invaliditetom, diskriminaciju po osnovu pola i po osnovu rodnog identiteta i seksualne orijentacije.

a) Diskriminacija u postupcima pred organima javne vlasti

Za državu je od najvećeg značaja da, prije svega, obezbijedi efikasnu primjenu principa jednakog tretmana u oblasti rada i postupanja organa javne vlasti. Naime, država ne bi mogla da zahtijeva od drugih poštovanje načela zabrane diskriminacije, ako sama nije bespogovorno opredijeljena da obezbijedi poštovanje ovog načela, u okviru vršenja ovlašćenja sopstvenih organa.

Iako Zakon o zabrani diskriminacije ne govori, eksplicitno, o slučaju diskriminatornog postupanja, do koga je došlo u radu ili postupanju organa javne vlasti, može se, opravdano, očekivati da posebni propisi, koji se odnose na postupanje organa vlasti, kao i oni koji utvrđuju odgovornost za nezakonit rad državne administracije, reflektuju opštu obavezu poštovanja principa jednakosti. U tom smislu, valjalo bi analizirati odredbe posebnih zakona koje se odnose na državnu upravu i položaj državnih službenika i namještenika.

Uvid u odredbe Zakona o državnoj upravi iz 2008. godine, i Zakona o državnim službenicima i namještenicima, koji je usvojen avgusta 2011. godine, neposredno otkriva sadržinu njihovih antidiskriminacionih klauzula, i to onih koje se odnose na postupanje i položaj zaposlenih u državnoj administraciji. Tako se u članu 5. Zakona o državnoj upravi, eksplicira da, u vršenju svojih poslova, organi državne uprave obezbjeđuju jednaku i efikasnu zaštitu prava i, na zakonu zasnovanih, interesa fizičkih i pravnih lica.

Ova opšta obaveza poštovanja principa jednakosti je ugrađena i u Zakon o državnim službenicima i namještenicima. Naime, u ovom zakonskom tekstu se, neposredno i na zadovoljavajuće opšti način, garantuje jednakost samih državnih službenika i namještenika, bez obzira na njihova lična svojstva (član 13.), a takođe se i propisuje i opšta odgovornost za poštovanje principa jednakosti u odnosu na lica i grupe, na koje se odnosi njihov rad (član 7). Takođe, zakon govori i o obavezi za preuzimanje odgovornosti za vršenje poslova, na politički neutralan i nepristrasan način (član 9.).

b) Diskriminacija u korišćenju objekata i površina u javnoj upotrebi

Po pravilu, zabrana diskriminacije u pristupu i korišćenju objekata i površina u javnoj upotrebi pretpostavlja tzv. negativnu obavezu adresata, najčešće su to vlasnici ili korisnici objekata u javnoj upotrebi, kao i organizacije koje upravljaju i održavaju javne površine, a koja se sastoji u suzdržavanju od sprečavanja lica ili grupe, koja dijeli određeno lično svojstvo, da pristupi ili koristi javne objekte i površine. Međutim, ako se radi o položaju osoba sa invaliditetom, to jest uopšte licima smanjene pokretljivosti, na primjer starima, majkama sa djecom u kolicima i sl., obaveza adresata zadobija pozitivni karakter, i sastoji se u preduzimanju neophodnih tehničkih intervencija, pomoću kojih se omogućava ovoj grupi beneficijara pristup i korišćenje javnih objekata i površina.

Ova pozitivna obaveza adresata proizlazi iz pravila o zabrani diskriminacije u korišćenju objekata i površina u javnoj upotrebi, koje je sadržano u članu 10. Zakona o zabrani diskriminacije. Međutim, ona je i neposredno eksplicirana u centralnom zakonskom tekstu, koji se odnosi na regulisanje odnosa u oblasti planiranja i izgradnje objekata, a to je Zakon o uređenju prostora i izgradnji objekata iz 2008. godine.

Prema članu 73. Zakona, izgradnja objekata u javnoj upotrebi vrši se na način kojim se, licima smanjene pokretljivosti, obezbjeđuje nesmetan pristup, kretanje, boravak i rad. Ova zakonska odredba važi u svim onim slučajevima kad se gradi objekat po pravilima novog Zakona.

Međutim, zakonodavac je obezbijedio poštovanje ovih pozitivnih obaveza i u pogledu pristupa i korišćenja objekata koji su već bili izgrađeni u vrijeme kad je Zakon usvojen. Tako se, u njegovim završnim odredbama (član 165.), kaže da se ovi postojeći objekti moraju prilagoditi novim normativima iz člana 73. Zakona, u roku od pet godina od dana stupanja ovog zakonskog teksta na snagu.

Na ovaj način je stvorena zaokružena normativna cjelina zabrane diskriminacije u pristupu i korišćenju javnih objekata i površina u odnosu na lica smanjene pokretljivosti. Jedini vidljiv deficit Zakona o uređenju prostora i izgradnji objekata, u vezi sa arhitektonskim barijerama, ostaje nedostatak načelnog opredjeljenja zakonodavca u vezi sa ovim ciljem zakonskog regulisanja, nedostatak koji bi se mogao otkloniti u sljedećoj redakciji ovog teksta, i to upisivanjem principa jednake pristupačnosti, i prava na jednako korišćenje javnih objekata i

površina u njegove načelne odredbe.

Naravno, navedena pravila Zakona ne bi mogla da se primjenjuju bez propisivanja detaljnih tehničkih normativa, kojima se omogućava pristup i korišćenje svih vrsta javnih objekata i površina, od ulica i trgova, podzemnih prolaza, do restorana, bolnica i sl. Tako, na osnovu obaveze formulisane u članu 73. Zakona, ministarstvo nadležno za poslove ekonomskog razvoja usvojilo je 2009. godine Pravilnik o bližim uslovima i načinu prilagođavanja objekata za pristup i kretanje lica smanjene pokretljivosti, koji sadrži detaljne tehničke normative za izvođenja radova na objektima, a u cilju obezbjeđivanja njihove pristupačnosti.

c) Diskriminacija po osnovu zdravstvenog stanja

Zakonom o pravima pacijenata iz 2010. godine, na sveobuhvatan način se definiše pravni režim zabrane diskriminacije u pružanju zdravstvenih usluga. Već prve četiri odredbe ovog zakonskog teksta imaju antidiskriminacioni karakter. U članu 1. Zakona kaže se da svako lice, bolesno ili zdravo, koje u zdravstvenoj ustanovi zatraži zdravstvenu uslugu ili mu se ona pruža, i to u cilju očuvanja i unapređivanja zdravlja, sprečavanja nastanka bolesti, liječenja i zdravstvene njege ili rehabilitacije, uživa sva prava utvrđena ovim pravnim aktom.

U članu 2. Zakona se ponavlja da se svakom pacijentu garantuje jednako pravo na kvalitetnu i kontinuiranu zdravstvenu zaštitu, u skladu sa njegovim zdravstvenim stanjem, i to na svim nivoima zdravstvene zaštite. Prema odredbi člana 3. Zakona, zakonska pravila se načelno odnose i na strance koji ostvaruju zdravstvenu zaštitu u zdravstvenim ustanovama u Crnoj Gori, dok se u članu 4. Zakona, krug adresata obaveze poštovanja zakonskih pravila proširuje na sve subjekte koji obavljaju zdravstvenu djelatnost na teritoriji Crne Gore.

U ovim dovoljno opštim antidiskriminacionim klauzulama Zakona, čini se da još samo nedostaje neposredno upućivanje na pojedina lična svojstva beneficijara zakonskih prava. Ova lična svojstva se, naravno, pretpostavljaju u tumačenju zakonskih odredbi, ali bi bilo svrsishodnije da ona u sljedećoj redakturi Zakona budu eksplicirana.

U posebnim odredbama zakonskog teksta, zakonodavac vodi računa i o osobenom položaju pojedinih kategorija korisnika usluga zdravstvene zaštite. Tako, specifični uslovi za uživanje i zaštitu prava u ovoj oblasti vezuju se za maloljetnike, lica lišena poslovne sposobnosti, osobe sa invaliditetom, mentalno oboljela lica i lica oboljela od zarazne bolesti.

Međutim, čini se da ovo, generalno antidiskriminaciono raspoloženje zakonodavca, nije prisutno u svim posebnim oblastima obezbjeđivanja usluga zdravstvene zaštite. Jedan od drastičnih slučajeva odstupanja od standarda jednakog tretmana vidljiv je, tako, u oblasti liječenja neplodnosti.

Prema članu 2. Zakona o liječenju neplodnosti i asistiranim reproduktivnim tehnologijama iz 2009. godine, svako lice ima pravo na liječenje od neplodnosti primjenom postupaka asistirane reproduktivne tehnologije (ART), pod jednakim uslovima, i u skladu sa zakonskim odredbama. U istom članu se, takođe, izražava načelan stav da se primjenom biomedicinskih dostignuća u liječenju neplodnosti, svakom licu obezbjeđuje pravo na poštovanje dostojanstva ljudske ličnosti, zaštita identiteta, poštovanje ličnog integriteta, pravičnosti, jednakosti i ostalih ličnih prava i sloboda.

Ipak, kad se upusti u formulisanje uslova za korišćenje ART u liječenju neplodnosti, zakonodavac odustaje od principa jednakog tretmana, praveći razliku između pojedinih kategorija

lica. Tako se u članu 11. Zakona, na prvom mjestu, kaže da pravo na liječenje neplodnosti, primjenom ART, imaju muškarac i žena koji žive u bračnoj ili vanbračnoj zajednici.

Da bi se kvalifikovali za uživanje prava na liječenje neplodnosti, a prema slovu člana 12. Zakona, bračni, to jest vanbračni supružnici moraju biti punoljetni, poslovno sposobni, i u starosnoj dobi koja omogućava obavljanje roditeljskih dužnosti, podizanje i osposobljavanje djeteta za samostalan život, te se moraju nalaziti u takvom psihosocijalnom stanju, na osnovu kojeg se može očekivati da će djetetu obezbijediti uslove za pravilan i potpun razvoj. Ovaj široki dijapazon posebnih kvalifikacija upozorava na potencijalnu opasnost od diskriminativne selekcije kandidata za liječenje.

Iako se ne može, do kraja, negirati paternalistička uloga države u tradicionalistički orijentisanim društvima, jer je ona prisutna, u izvjesnoj mjeri, čak i u onim državama kojima je dodijeljena minimalna društvena uloga, čini se, ipak, da je ovom zakonskom odredbom ostavljen prostor za neopravdano različit tretman onih lica koja, zbog svog zdravstvenog stanja, imaju potrebu za liječenjem neplodnosti i onih koji tu potrebu nemaju, a koji, kao potencijalni, budući ili stvarni roditelji, ne ispunjavaju stroge uslove za roditeljstvo, koji se nameću korisnicima zakonskog teksta.

Sa druge strane, i svakako još radikalnije, zakonodavac je intervenisao posebnim uslovima za liječenje neplodnosti, u slučaju kad se radi o ženi koja ne živi u bračnoj ili vanbračnoj zajednici. Prema odredbi člana 11. Zakona, saglasnost na zahtjev za liječenje neplodnosti ove žene daje lično ministar zdravlja, i to na osnovu prethodno pribavljenog mišljenja Komisije za primjenu postupaka ART, kao stručnog, savjetodavnog tijela ministarstva nadležnog za poslove zdravlja.

Na ovaj način je zakonodavac, neposredno, odustao od primjene principa jednakosti u oblasti liječenja neplodnosti, i to bez upućivanja na opravdan razlog za to. Dakle, pošto se ne može legitimisati opravdanim, i na Ustavu i zakonu zasnovanim, razlogom, postojanje ovako drastičnog i diskriminativnog upada u sferu privatnosti, to jest ličnog života pojedinaca, samo po sebi zahtijeva noveliranje zakonskog teksta, to jest njegovo usaglašavanje sa opštim principom zabrane diskriminacije prema zdravstvenom stanju koji je, eksplicitno, propisan odredbama Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o pravima pacijenata.

d) Diskriminacija manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica

Iako Zakon o zabrani diskriminacije ne sadrži posebne odredbe o nedozvoljenom pravljenju razlike u odnosu na nacionalnu pripadnost i etničko porijeklo, antidiskriminacione garancije ovih grupa lica ugrađene su, neposredno, u najviši pravni akt zemlje, u tekst Ustava iz 2007. godine (glava 5, članovi 79-80.). Osim toga, u Crnoj Gori je usvojen, i sa odredbama Ustava usaglašen, poseban Zakon o manjinskim pravima i slobodama.

U prvom članu ovog Zakona kaže se da se manjinskim narodima i drugim manjinskim nacionalnim zajednicama, to jest njihovim pripadnicima, obezbjeđuje zaštita ljudskih prava i sloboda, koje su garantovane i ostalim građanima, kao i zaštita posebnih manjinskih prava i sloboda. U daljem tekstu Zakona, ovo načelno opredjeljenje zakonodavca se uobličava u posebnim pravilima, koja se odnose na cjelokupnost pravnog položaja manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica u Crnoj Gori.

U tom kontekstu, od značaja je spomenuti tri pitanja. Prvo se odnosi na pravo njihove zastupljenosti u predstavničkim organima države i jedinica lokalne samouprave.

Jedno od značajnijih pitanja zaštite manjinskih prava je političko predstavljanje manjina. O političkoj zastupljenosti manjina veoma su važne preporuke iz Lunda za efektivnu participaciju nacionalnih manjina u javnom životu, koje je 1999. godine propisao OEBS-ov Visoki komesar za nacionalne manjine. Preporuke iz Lunda, a naročito one koje se odnose na izborno zakonodavstvo, a tiču se etnonacionalnih manjina, zauzimaju značajan dio ovog dokumenta. Odjeljak B (tačke 7-10) preporučuje da izborni sistem omogući reprezentaciju manjina i obezbijedi njihov uticaj u predstavničkim tijelima.

Prema članu 22a. Zakona, ovo pravo im se obezbjeđuje na temelju ideje o afirmativnim mjerama, i to u skladu sa pravilima izbornog zakonodavstva. U vezi sa tim, prelazne odredbe Zakona (član 40.), obavezuju zakonodavca da, u određenom roku, usaglasi postojeća pravila drugih propisa sa odredbama ovog Zakona, među njima i izborno zakonodavstvo.

Aktivnosti oko usaglašavanja izbornog zakonodavstva sa Ustavom Crne Gore i međunarodnim dokumentima završene su donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izboru odbornika i poslanika iz septembra 2011 godine, kojim je uređena politička participacija manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica u predstavničkim tijelima.

Drugo pitanje odnosi se na položaj pripadnika zajednice Roma, Aškalija i Egipćana, i to, prije svega, na one članove te zajednice koji se nazivaju pravno nevidljivi. Pravno nevidljiva lica su ona koja nijesu upisana u matične knjige rođenih, i koja nemaju identifikaciona obilježja, uključujući lične karte, zdravstvene knjižice i sl.

Pravno nevidljiva lica nijesu priznata kao subjekti prava, već su ostavljena da žive van pravnog sistema zemlje čiji su stanovnici. Zbog ove okolnosti, da se njihov pravni subjektivitet ne priznaje, oni ne mogu da uživaju ni ostala prava i slobode, garantovane međunarodnim dokumentima i nacionalnim zakonodavstvom.

Prema posljednjim procjenama UNICEF-a, broj pravno nevidljivih Roma, Aškalija i Egipćana u Crnoj Gori kreće se između 8.200 i 10.700. Među njima, većinu čine djeca, te se procjenjuje da se njihov broj kreće između 5.200 i 6.700.

Punoljetni pripadnici zajednice pravno nevidljivih Roma, Aškalija i Egipćana su, uglavnom, došli u Crnu Goru nakon oružanih sukoba 1999. godine, i to sa teritorije Kosova. Međutim, značajan dio ove populacije se rodio i odrastao na teritoriji Crne Gore, prije i nakon 1999. godine.

Takođe, najveći dio ove populacije živi u veoma lošim uslovima, u tzv. neformalnim naseljima. Među njima je najznačajnije nasilje Konik, u kome je smještena najveća grupa ovih lica.

Čini se da pravni problem, sa kojim se već godinama suočava ova kategorija lica, potiče, prije svega, od nespremnosti nadležnih organa izvršne i zakonodavne vlasti da obezbijede pozitivno rješenje njihovog pravnog statusa. Uporednopravna iskustva najrazvijenijih zemalja, poput SAD i Španije, ali i nerazvijenijih država, kao što je Venecuela, potvrđuju da se problem pravno nevidljivih lica, i njihove elementarne socijalne inkluzije, može pravno-tehnički riješiti u kratkom vremenskom periodu.

U regionu Jugoistočne Evrope mogu se, takođe, pronaći i praktični pravni modeli za

prevazilaženje ovih problema, koje Crna Gora dijeli sa drugim državama u okruženju. Ono što bi, stoga, trebalo preporučiti jeste neodložno i efikasno suočavanje sa realnim potrebama pravno nevidljivih članova Roma Aškalija i Egipćana u Crnoj Gori, putem usvajanja novih pravnih propisa, kojima bi se odgovorilo na otvorena pitanja njihovog položaja.

Treće pitanje na koje bi se osvrnuli je pitanje jezika. Upotreba službenog jezika i pisma u Crnoj Gori i zaštita identiteta manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica uređeni su Ustavom Crne Gore.

Naime, Ustavom Crne Gore određeno je:

“Službeni jezik u Crnoj Gori je crnogorski jezik;

Ćirilичno i latinično pismo su ravnopravni;

U službenoj upotrebi su i srpski, bosanski, albanski i hrvatski jezik.” (Član 13)

“Zakonom se, u skladu sa Ustavom, uređuju:

1) Način ostvarivanja ljudskih prava i sloboda, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje;

2) Način ostvarivanja posebnih manjinskih prava;...

5) Druga pitanja od interesa za Crnu Goru.” (Član 16, tačke 1, 2 i 5)

“Pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica jemče se prava i slobode koja mogu koristiti pojedinačno i u zajednici sa drugima:

... 3) na upotrebu svog jezika i pisma u privatnoj, javnoj i službenoj upotrebi;

... 5) da u sredinama sa značajnim učešćem u stanovništvu organi lokalne samouprave, državni i sudski organi vode postupak i na jeziku manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica; ...” (Član 79, tačke 3 i 5),

Ova ustavna rješenja su u skladu sa Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, Evropskom poveljom o regionalnim i manjinskim jezicima.

Crna Gora je pitanja upotrebe službenog jezika i pisma i upotrebi jezika i pisma u službenoj upotrebi, za pojedine oblasti regulisala: Opštim zakonom o obrazovanju i vaspitanju, Zakonom o putnim ispravama, Zakonom o ličnoj karti, Zakonom o manjinskim pravima i slobodama.

Medjutim, na ovaj način nije u potpunosti zakonom utvrđena upotreba službenog jezika i jezika u službenoj upotrebi, a u skladu sa Ustavom Crne Gore i međunarodnim dokumentima.

Naime, većina država Regiona opredijelila se za donošenja posebnog Zakona o upotrebi službenog jezika i pisma, kojim se na cjelovit način uređuje ovo pitanje. Smatramo, da je takav pristup cjelishodan, te da njihova iskustva treba koristiti. Na taj način smanjuje se rizik da pojedina pitanja ostanu neuredjena, ili da postoje nedosljednosti u regulativi ove veoma važne materije.

Da bi se ova pitanja uredila, smatramo da Zakonom treba regulisati naročito:

- Šta se smatra upotrebom službenog jezika i pisma i jezika i pisma u službenoj upotrebi (definisati);

- Upotreba službenog jezika i pisma i uputrbu jezika i pisma u službenoj upotrebi u komunikaciji državnih organa, organa lokalne samouprave, javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlašćenja sa građanima, kao i strankama u postupku koji se vode pred tim organima (upravni, sudski...);

- Ispisivanje naziva firmi i drugih javnih natpisa;
- Ispisivanje saobraćajnih znakova i putnih pravaca (magistralnih i međunarodnih), naziva mjesta i drugih geografskih naziva i druge oblasti od značaja kako bi se na cjelovit način uredilo ovo pitanje.

e) Diskriminacija u oblasti rada

Pravni režim zabrane diskriminacije u oblasti rada propisan je Zakonom o zabrani diskriminacije (član 16.), ali i posebnim radnopravnim zakonodavstvom. Tako, Zakon o radu iz 2008. godine, u svojim prvim članovima, propisuje opšte pravilo o zabrani diskriminacije po osnovu bilo kog ličnog svojstva, pravila o zabrani posredne i neposredne diskriminacije, zabranu diskriminacije po više osnova, zabranu uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja na osnovu ličnih svojstava, pravilo o dopuštenom preduzimanju mjera afirmativne akcije, kao i pravo na sudsku zaštitu od diskriminacije (članovi 5-10. Zakona).

I drugi radnopravni propisi sadrže posebne odredbe o zabrani diskriminacije. Već je navedeno da se zabrana diskriminacije propisuje odredbama Zakona o državnim službenicima i namještenicima. Ove odredbe Zakona shodno se primjenjuju i na položaj pripadnika Vojske Crne Gore (član 11. Zakona o Vojsci Crne Gore), kao i na zaposlene u policiji (član 4. Zakona o policiji).

Uz ovo upućivanje na shodnu primjenu opšteg pravnog režima, Zakon o Vojsci Crne Gore propisuje i posebnu garanciju jednakog tretmana za ona lica koja se prijavljuju za prijem u službu u Vojsci (član 52.). Međutim, radnopravnu zabranu diskriminacije sadrže i drugi posebni zakonski tekstovi u ovoj oblasti.

Tako, Zakon o zapošljavanju i ostvarivanju prava iz osiguranja od nezaposlenosti iz 2010. godine, eksplicitno određuje da se ostvarivanje prava iz ovog zakonskog teksta temelji na načelima zabrane diskriminacije, rodne ravnopravnosti i preduzimanju mjera afirmativne akcije u odnosu na teže zapošljiva lica (član 5.). Takođe, prema članu 10. Zakona o volonterskom radu iz 2010. godine, zabranjuje se diskriminacija volontera, kao i korisnika volonterskih radova, i to prema bilo kom njihovom ličnom svojstvu.

Na ovaj način, zakonodavac je, u značajnoj mjeri, zaokružio stvaranje posebnog radnopravnog režima zabrane diskriminacije. U okviru odredbi Zakona o radu, zakonodavac je, takođe, posvetio dužnu pažnju i specifičnim rješenjima, kojima se štite interesi posebno ugroženih kategorija zaposlenih, a naročito žena, omladine i osoba sa invaliditetom, te se, naprimjer, jedna grupa odredbi Glave VI Zakona, koja se odnosi na zaštitu zaposlenih, vezuje upravo za pravni položaj ove tri kategorije lica (članovi 103-118.).

U okviru ovih odredbi Zakona, čini se da posebnu pažnju zaslužuju ona pravila koja se odnose na položaj zaposlene žene u toku trudnoće i nakon rođenja djeteta, a naročito s obzirom na mogućnost njihovog unapređivanja. Naime, već u članu 18. Zakona, kaže se da poslodavac ne može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa, to jest zaključivanje ugovora o radu dostavljanjem dokaza o trudnoći žene, osim ako se radi o poslovima kod kojih postoji znatan rizik za zdravlje žene i djeteta, koji je utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa.

Da bi se smanjila mogućnost eventualnih zloupotreba ovog zakonskog rješenja od strane nesavjesnog poslodavca, čini se da je opravdano novelirati zakonsku odredbu, na taj način, što bi se u nju ugradila obaveza poslodavca da, u svakom slučaju ovog tipa, dostavi ženi, koja

traži zaposlenje, medicinski nalaz, to jest mišljenje nadležnog zdravstvenog organa o postojanju rizika po njeno zdravlje i zdravlje njenog djeteta, koji su vezani za konkretan posao koji ona želi da obavlja.

Dalje, prema članu 109. Zakona, na osnovu nalaza i preporuke nadležnog doktora medicine, žena za vrijeme trudnoće, i dok doji dijete, može biti privremeno raspoređena na druge poslove, ako je to u interesu očuvanja njenog zdravlja ili zdravlja njenog djeteta. U skladu sa stavom 3. ovog člana, u periodu za koji je privremeno raspoređena na druge poslove, žena zadržava pravo na zaradu koju je ostvarivala prije premještanja.

Ova zakonska pravila su nužna u cilju zaštite interesa žene u toku trudnoće i nakon porođaja, ali se takođe čini da bi i ona mogla biti unaprijeđena. Prvo, trebalo bi spisak ovih garancija proširiti onom koja predviđa da žena, koja spada u ovu kategoriju zaposlenih, može biti raspoređena na druge poslove u drugom mjestu, samo uz njenu saglasnost. Na ovaj način bi se dodatno mogao zaštititi njen posebno osjetljiv položaj u periodu trudnoće, i neposredno nakon njega.

Drugo, uz ove zakonske garancije, trebalo bi propisati i posebna ovlašćenja za zaposlenu ženu i poslodavca u postupku njihovog sprovođenja. Tako, trebalo bi predvidjeti pravilo prema kome se privremeno raspoređivanje žene na druge poslove vrši na osnovu njenog ličnog zahtjeva, ili po odluci poslodavca. Takođe, trebalo bi predvidjeti obavezu nadležnog zdravstvenog organa da, prema zahtjevu žene ili poslodavca, izda nalaz, to jest preporuku u vezi sa njenim i zdravljem njenog djeteta.

U članu 111. Zakona, uređuje se pitanje porodijskog odsustva, te se kaže da za vrijeme trudnoće, porođaja i njege djeteta, zaposlena žena ima pravo na porodijsko odsustvo u trajanju od 365 dana, od dana rođenja djeteta. Uz ovo pravilo, u istom članu se propisuje da zaposlena žena može da otpočne da radi i prije isteka porodijskog odsustva, na koje je zakonom ovlašćena, ali ne prije nego što protekne 45 dana od dana porođaja, te da, u tom slučaju, ima pravo da, pored dnevnog odmora, koristi još 60 minuta odsustva sa rada radi dojenja djeteta.

Čini se da bi bilo opravdano krug ovih zakonskih garancija proširiti i sa dvije nove garancije. Prvo, onom koja se odnosi na pravo žene da zahtijeva od poslodavca da joj omogući da, u toku porodijskog odsustva, radi sa polovinom radnog vremena. Drugo, posebna garancija produženog porodijskog odsustva trebalo bi da važi za žene koje rode blizance, dvoje ili više njih, kao i za žene koje rode treće i svako naredno dijete. Ovi standardi reflektuju poziciju Međunarodne organizacije rada u vezi sa statusom zaposlenih lica sa porodičnim obavezama.

Najzad, zakonodavac bi mogao da novelira Zakon o radu u smislu unošenja posebnih garancija za zaposlenu ženu, nakon korišćenja porodijskog odsustva. Tako bi bilo opravdano obezbijediti pravo ženi da se, nakon porodijskog odsustva, vrati na isto radno mjesto i poslove, na kojima je radila prije nego što je započela sa korišćenjem ovog odsustva.

Uz ovo, trebalo bi propisati i dopunsko pravilo po kome je, u slučaju prestanka potrebe za obavljanjem predašnjih poslova, poslodavac dužan da omogući zaposlenoj ženi rad na drugim odgovarajućim poslovima, sa istom zaradom koju je ona ostvarivala i prije nego što je započela sa korišćenjem porodijskog odsustva. Ova dva rješenja bila bi sasvim u skladu sa standardima Konvencije o zaštiti materinstva Međunarodne organizacije rada, i njenim pre-

porukama o potrebi zaštite prava žena nakon povratka sa porodijskog odsustva u nacionalnom zakonodavstvu.

f) Diskriminacija osoba sa invaliditetom

Crna Gora je stvorila normativne i institucionalne pretpostavke za zaštitu prava osoba sa invaliditetom. Crna Gora je 2009. godine ratifikovala Konvenciju UN o pravima lica sa invaliditetom sa Opcionim protokolom. Ova konvencija je zbir međunarodnih akata koji se bave zaštitom osoba sa invaliditetom.

Opcioni protokol je obezbijedio pravo na podnošenje individualnih predstavi protiv Crne Gore Komitetu za prava osoba sa invaliditetom, koji je uspostavljen na osnovu Konvencije da vrši nadzor nad njenom primjenom (član 34).

Zakonom o zabrani diskriminacije, Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda Crne Gore je određen kao središnje tijelo, odnosno centralni institucionalni mehanizam za zaštitu od diskriminacije, što podrazumijeva i zaštitu od diskriminacije osoba sa invaliditetom.

Problemu diskriminacije osoba sa invaliditetom posvećena je dužna pažnja u članu 18. Zakona o zabrani diskriminacije. U ovoj zakonskoj odredbi, na sveobuhvatan način, se određuje šta je to što se smatra diskriminatornim postupanjem prema ovoj kategoriji lica.

U cilju zaštite osoba sa invaliditetom, Crna Gora je donijela i posebne zakone, kao što su: Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom; Zakon o kretanju lica sa invaliditetom uz pomoć psa pomagača; Zakon o povlastici lica sa invaliditetom u unutrašnjem saobraćaju; Zakon o vaspitanju i obrazovanju djece sa posebnim obrazovnim potrebama, kao i Zakon o zabrani diskriminacije lica sa invaliditetom. Mišljenja smo da ovaj Zakon ne pruža dovoljne garancije za zaštitu prava ovih lica. Naime, ne sadrži kaznene odredbe, već u pogledu ovih odredbi upućuje na Zakon o zabrani diskriminacije, koji sadrži neznatan broj kaznenih odredbi u ovom smislu. Odredbe ovih zakona, nesumnjivo u ovom smislu treba unaprijediti i uzajamno ih usaglasiti. Tekodje, ono što je vazno je i usaglasavanje terminologije ostalih, gore pomenutih zakona sa Konvencijom UN o pravima osoba sa invaliditetom, npr. termin „lica sa invaliditetom“ zamijeniti terminom „osobe sa invaliditetom“, termin „posebne(obrazovne) potrebe“ ne prepoznaje ni jedna od pomenutih konvencija i slično.

U cilju unaprjeđenja položaja osoba sa invaliditetom, Vlada Crne Gore je 2007. godine usvojila Strategiju za integraciju lica sa invaliditetom, za period 2008. do 2016. godine. Strategija obuhvata oblasti zdravstvene zaštite, socijalne zaštite, penzijsko-invalidskog osiguranja, obrazovanja, profesionalnog osposobljavanja i zapošljavanja, kulturu, sport i rekreaciju itd. Strategijom je predviđeno da se akcioni planovi donose svake dvije godine, pa u skladu sa tim Vlada je donijela i akcione planove, kojima se određuju prioritete aktivnosti. Pri Vladi i Ministarstvu za rad i socijalno staranje formirana su i određena radna tijela za brigu o licima sa invaliditetom. Takodje, Vlada Crne Gore je osnovala i Savjet za brigu o osobama sa invaliditetom.

Vlada Crne Gore je osim zakonodavnih, preduzimala i mnoge druge mjere i aktivnosti, u cilju unaprjeđenja položaja ovih lica, ali postoji i dalje veoma mnogo problema i teškoća sa kojima se osobe sa invaliditetom svakodnevno suočavaju od nemogućnosti pristupa javnim objektima i prostoru (javne ustanove, škole, bolnice, centri za socijalni rad, kulturni i sportski

objekti). Stanje dodatno pogoršavaju i izazovi sa pristupom i dobijanjem ortopedskih i drugih pomagala, pa do nemogućnosti da se informišu kako o svojim pravima, tako i o dnevnim dešavanjima u okruženju, čime ostaju na marginama društvenih tokova.

Prema sprovedenom istraživanju nevladine organizacije Udruženje mladih sa hendikepom, evidentno je da se osobe sa invaliditetom u Crnoj Gori suočavaju sa diskriminacijom gotovo svakodnevno.

Dodatni izazov u borbi protiv diskriminacije predstavljaju brojne predrasude i stereotipi o osobama sa invaliditetom. Takvi pristupi dodatno ugrožavaju položaj ovih osoba i limitiraju njihovu socijalnu inkluziju. Jedan od uzroka je nedovoljna informisanost ukupne javnosti. Takođe, samopouzdanje kod samih osoba sa invaliditetom još uvijek nije na nivou koji bi pružilo poruku jasnog i snažnog protivljenja različitom tretmanu.

c) Diskriminacija djece i maloljetnika

Iako Zakon o zabrani diskriminacije ne govori eksplicitno o zabrani diskriminacije djece, čini se da je opravdano skrenuti pažnju na potrebu otklanjanja određenih diskriminatornih rješenja domaćeg zakonodavstva koja se odnose na ovu kategoriju lica. Ova rješenja, koja povređuju princip jednakog tretmana u odnosu na starosnu dob lica, sadržana su u odredbama Krivičnog zakonika.

Naime, deficiti krivičnog zakonodavstva, vezani za pravni položaj osoba sa invaliditetom, takođe su prisutni i kad se radi o položaju djece i maloljetnika. Tako, Krivični zakonik ponavlja neopravdan diskriminatorni pristup inkriminaciji krivičnih djela protiv polne slobode, koja su izvršena protiv djece i maloljetnika.

Na prvom mjestu, zakonodavac diskriminatorno tretira djecu, koja po slovu člana 142. KZ, čine lica koja nisu napunila 14 godina. Naime, u članu 206. KZ, kaže se da će se lice koje izvrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin sa djetetom, kazniti zatvorskom kaznom u trajanju od jedne do deset godina, iako je za ovo isto krivično djelo učinjeno prema punoljetnom licu, kao što je već rečeno, propisan raspon kazne zatvora u trajanju od dvije do deset godina zatvora (član 204. KZ).

Ako se, pak, radi o kvalifikovanom obliku ovog krivičnog djela, usljed čijeg izvršenja je nastupila teška tjelesna povreda djeteta, ili je djelo izvršeno od strane više lica, ili je imalo za posljedicu trudnoću djeteta, u istom članu 206. KZ, zaprećena je kazna zatvora u trajanju od dvije do dvanaest godina, a ne od tri do petnaest godina zatvora, kao u slučaju kad je žrtva ovog istog krivičnog djela punoljetna, ili se radi o maloljetniku. Pri tome, zakonodavac odstaje i od naziva djela koji se koristio u slučaju kad se radilo o silovanju osobe sa invaliditetom i nemoćnog lica, te ovo krivično djelo ne imenuje kao obljubu nad djetetom, već obljubu sa djetetom, što neopravdano jezički sugerise eventualni pristanak žrtve na izvršenje djela.

Na drugom mjestu, zakonodavac diskriminatorno tretira i maloljetnike, koje, po članu 142. KZ, čine lica starosti od četrnaest do osamnaest godina. Tako se u članu 207. KZ inkriminiše krivično djelo obljube zloupotrebom službenog položaja. Za kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela, po slovu istog člana, koje vrši nastavnik, vaspitač, staralac, usvojilac, roditelj, očuh, maćeha ili drugo lice, i to zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja nad maloljetnikom koji mu je povjeren na učenje, vaspitavanje, staranje ili njegu, zaprećena je kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina, a ne u trajanju od dvije do deset godina, kao u slučaju izvršenja osnovnog oblika silovanja punoljetnog lica.

Uzimajući u obzir naročitu opasnost od izvršenja osnovnog i kvalifikovanog oblika krivičnog djela obljube nad djetetom i maloljetnikom, a posebno poguban uticaj ovih djela na dalji razvoj njihove ličnosti, bilo bi neophodno, bez odlaganja, novelirati Krivični zakonik i značajno pooštriti pravnu reakciju zakonodavca na ova krivična djela. Na taj način bi se iz teksta Zakonika efikasno otklonila jedna od njegovih flagrantnijih diskriminatornih odredbi, ali bi se i adekvatno sankcionisao jedan od najtežih oblika zločina učinjenih s obzirom na lično svojstvo žrtve djela.

g) Diskriminacija po osnovu pola

Zakon o zabrani diskriminacije ne sadrži posebnu odredbu koja se odnosi na garancije principa jednakosti u odnosu na pol. Ipak, sam ustavni tekst eksplicira obavezu jednakog tretmana muškarca i žene (član 18.). Takođe, odgovarajući na obavezu obezbjeđivanja primjene principa jednakosti polova, zakonodavac je usvojio Zakon o rodnoj ravnopravnosti, kao poseban zakonski tekst antidiskriminacionog karaktera što, skupa uzevši, predstavlja dovoljan pravni okvir opšteg režima zabrane diskriminacije u odnosu na polnu pripadnost.

Zakon o rodnoj ravnopravnosti, na sveobuhvatan način, propisuje zabranu diskriminacije u odnosu na polnu pripadnost. On, takođe, propisuje opšte i posebne mjere koje je neophodno preduzeti u društvu, u cilju obezbjeđivanja primjene principa jednakog tretmana muškarca i žene. Najzad, Zakon sadrži i odredbe o specifičnom mehanizmu pravne zaštite od diskriminacije prema polnoj pripadnosti, koji se pokreće pred ministarstvom nadležnim za zaštitu ljudskih i manjinskih prava.

Čini se, međutim, da se ovom zakonskom tekstu mogu pripisati dva načelna nedostatka. Sa jedne strane, zakonodavac već u naslovu Zakona govori o rodnoj ravnopravnosti, a onda u članu 2. eksplicira da rodna ravnopravnost podrazumijeva ravnopravnost žene i muškarca. U skladu sa tim osnovnim opredjeljenjem, zakonski tekst sadrži odredbe koje se isključivo odnose na položaj biološki određenog muškarca i žene.

Neobičnost ovog pristupa vidljiva je ako se uzme u obzir činjenica da se kategorije polne i rodne pripadnosti značajno razlikuju, što prihvata i sam zakonodavac prilikom određivanja ovih pojmova u zakonskom tekstu (član 7.). Praktično odstupanje, pak, od ideje o zakonskom uređenju pitanja ravnopravnosti na osnovu roda, dalje dovodi do izuzimanja pojedinih kategorija lica, kao što su transseksualne i transrodne osobe, od primjene zakonskih odredbi, što se ne može smatrati opravdanim rješenjem.

Sa druge strane, Zakon o rodnoj ravnopravnosti propisuje osoben mehanizam pravne zaštite lica koja su pretrpjela diskriminatoran tretman na osnovu pola, a koji se sastoji u podnošenju predstavke ministarstvu nadležnom za zaštitu ljudskih i manjinskih prava. Problem koji ovo zakonsko rješenje implicira sastoji se u tome da je, gotovo, istovjetan mehanizam zaštite od diskriminacije, koji se može koristiti u i slučaju diskriminacije na osnovu pola, propisan Zakonom o zabrani diskriminacije, a sadržan je u pravu na podnošenje pritužbe Zaštitniku ljudskih prava i sloboda.

Sasvim je razumljiva bila intencija zakonodavca u periodu usvajanja Zakona o rodnoj ravnopravnosti, a to je bilo u toku 2007. godine, da proširi krug mehanizama pravne zaštite, i na taj način omogući efikasniju zaštitu principa jednakog tretmana muškarca i žene. Međutim, nakon usvajanja Zakona o zabrani diskriminacije iz 2010. godine, postojanje paralelnog i,

gotovo, istovjetnog mehanizma zaštite rodne ravnopravnosti više nije moguće opravdati, te je neophodno novelirati Zakon o rodnoj ravnopravnosti, i iz njega ukloniti odredbe koje se odnose na postupak pravne zaštite od diskriminacije pred nadležnim ministarstvom.

Uz ovaj opšti pravni režim zabrane diskriminacije na osnovu pola, propisan Zakonom o rodnoj ravnopravnosti, potrebno je, u okviru teme koja se vezuje za jednakost polova, usmjeriti, takođe, pažnju i na jedan poseban pravni režim koji se bavi problemom nasilja u porodici. Prema bezbrojnim dokumentima, nastalim u okviru rada međunarodnih organizacija, nasilje u porodici se, uglavnom, prepoznaje kao rodno, odnosno polno zasnovano nasilje, čije su žrtve, po pravilu, žene, odnosno lica ženskog pola.

Generalno, država Crna Gora je pravno odgovorila na svoju pozitivnu obavezu sprečavanja nasilja u porodici i obezbjeđivanja mehanizama pravne zaštite žrtvama ovog nasilja, i to upisivanjem posebnih pravila o nasilju u porodici u Krivični zakonik, kao i usvajanjem posebnog Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u toku 2010. godine. Ova zakonska rješenja su veoma moderna, ali se u njima, takođe, može naći i prostor za dalje unapređivanje sistema zaštite od porodičnog nasilja.

Što se tiče pravila upisanih u Krivični zakonik, ona se, prvenstveno, odnose na propisivanje krivičnopravne odgovornosti za krivično djelo koje se imenuje kao nasilje u porodici ili u porodičnoj zajednici. Prema članu 220. KZ, krivično je odgovoran onaj ko, primjenom grubog nasilja, naruši tjelesni ili duševni integritet članova svoje porodice ili porodične zajednice.

Osim onih članova porodice, odnosno porodične zajednice, koji se tradicionalno smatraju njenim članovima, kao što su bračni drugovi, njihova djeca i roditelji, odredbom člana 142. KZ propisuje se da u krug ovih lica spadaju i bivši bračni drugovi, krvni srodnici i srodnici iz potpunog usvojenja u pravoj liniji bez ograničenja, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, srodnici iz nepotpunog usvojenja, tazbinski srodnici, zaključno sa drugim stepenom, lica koja žive u istom porodičnom domaćinstvu, i lica koja imaju zajedničko dijete ili je dijete na putu da bude rođeno, iako nikad nijesu živjela u istom porodičnom domaćinstvu.

Osim osnovnog oblika krivičnog djela nasilja u porodici, zakonodavac u istom članu 220. KZ propisuje i kvalifikovane oblike ovog djela, koji se karakterišu upotrebom opasnih sredstava za izvršenje djela, ili teškim posljedicama koje su nastupile njegovim izvršenjem. U vezi sa ovim odredbama KZ, čini se da je potrebno ispraviti dva posebna nedostatka zakonske regulative.

Prvi nedostatak odnosi se na određivanje osnovnih konstitutivnih pojmova bića ovog krivičnog djela, koji se značajno razlikuje u odnosu na sadržinu istih pojmova u centralnom i sistemskom zakonskom tekstu u ovoj oblasti, u Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici. Tako, sa jedne strane, prema članu 2. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, pojam nasilja se definiše kao svako činjenje ili nečinjenje člana porodice kojim se ugrožava fizički, psihički, seksualni ili ekonomski integritet, mentalno zdravlje i spokojstvo drugog člana porodice, i to bez obzira na mjesto na kome je učinjeno, dok se, u odredbi člana 220. KZ, isti pojam definiše kao grubo nasilje kojim se narušava tjelesni ili duhovni integritet članova porodice, to jest porodične zajednice. Iz ovog upoređenja, jasno je vidljivo da je sadržaj pojma nasilja u porodici, koji se koristi u odredbi KZ, rudimentarnijeg karaktera, te bi ga, zbog toga, trebalo razviti na način na koji je to učinjeno u osnovnom zakonskom tekstu u ovoj oblasti.

Sa druge strane, dva zakonska teksta na različit način definišu krug članova porodice, odnosno porodične zajednice koji uživaju pravnu zaštitu od nasilja. Tako, krug lica, koja prema članu 220. KZ uživaju zaštitu od nasilja u porodici, uže je određen u odnosu na krug članova porodice koji su zaštićeni odredbom člana 3. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici. Ona lica koja su zaštićena u sistemskom zakonskom tekstu, a koje KZ eksplicitno ne pominje, su djeca koja ne dijele oba ista roditelja, bez obzira na to da li su rođena u braku ili van njega, kao i njihova djeca. U tom smislu bi i ova dva, različito određena, kruga beneficijara prava na pravnu zaštitu od porodičnog nasilja, trebalo bez odlaganja uskladiti, i to noveliranjem odredbe člana 220. KZ.

Drugi nedostatak krivičnopravne regulative u ovoj oblasti odnosi se na propisivanje sankcija za izvršenje djela. Naime, sa jedne strane, čini se da su zaprećene kazne za djelo porodičnog nasilja blage, te da postoji prostor za njihovo pooštavanje, a posebno s obzirom na već navedeni stav o opravdanosti strože pravne reakcije prema počiniocima krivičnih djela, koji su bili motivisani ličnim svojstvima oštećenog.

Sa druge strane, poseban problem predstavlja i karakter zaprećene kazne. Tako, za osnovni i kvalifikovani oblik krivičnog djela porodičnog nasilja, zakonodavac prijeti novčanom kaznom i kaznom zatvora, iako je iz uporednog prava poznata efikasnost i drugih krivičnopravnih mjera zaštite oštećenih, a posebno mjere bezbjednosti zabrane prilaska i komunikacije sa oštećenim.

U tom smislu, čini se da bi bilo opravdano u spisak mjera bezbjednosti, koje se po članu 67. KZ mogu izreći počiniocu, uvrstiti i mjeru zabrane prilaska i komunikacije sa oštećenim. Ovo rješenje bilo bi u skladu i sa odredbom iz člana 20. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, kojom se ova mjera zaštite izričito propisuje.

Takođe, propisivanjem nove mjere bezbjednosti u odredbama KZ, izbjeglo bi se neobično rješenje zakonodavca, prema kome se inkriminiše, kao posebno krivično djelo, kršenje mjere zaštite od nasilja u porodici koje je, na osnovu drugog zakona, odredio nadležni organ (član 220, stav 5. KZ), a istovremeno se, identičnom mjerom, krivičnopravno ne reaguje na djelo čije izvršenje je dalo povoda nadležnom organu za izricanje mjere bezbjednosti, čije se, zatim, nepoštovanje inkriminiše.

Što se tiče pravila upisanih u odredbe Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, na prvom mjestu, trebalo bi skrenuti pažnju na to da je izrada i usvajanje jedinstvenog zakona sistemskog karaktera u ovoj oblasti, ono što veoma brojni međunarodni forumi, ali i najrazvijeniji nacionalni pravni sistemi, prepoznaju kao posebno dostignuće u borbi protiv porodičnog nasilja. U tom smislu, zakonodavac u Crnoj Gori zaslužuje priznanje, a posebno s obzirom na činjenicu da u regionu Jugoistočne Evrope nema mnogo uzora za takvo unapređenje pravnog sistema.

Uobičajeno se, u uporednom pravu, ova vrsta zakonodavstva karakteriše sljedećim osobenostima: svojom jedinstvenošću, to jest sistemskim pristupom problemu porodičnog nasilja, razvijenošću mehanizama zaštite, međuresornom saradnjom u suzbijanju porodičnog nasilja i posebno naglašenom ulogom policije. Nema sumnje da ove osobenosti, u velikoj mjeri, odlikuju i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici.

Ovaj Zakon predstavlja centralni, to jest osnovni pravni dokument u oblasti koju uređuje. Dakle, osim navedenih krivičnopravnih odredbi, nema drugih zakonskih pravila koja bi konkurisala odredbama ovog Zakona.

Takođe, ovaj zakonski tekst se odlikuje odredbama, kojima se uspostavlja obaveza saradnje brojnih subjekata, u suzbijanju porodičnog nasilja, među kojima svoju profilisanu ulogu imaju državni organi, a posebno policija, centri za socijalni rad, zdravstvene i obrazovne ustanove i nevladine organizacije.

Međutim, čini se da je, u vezi sa mehanizmima pravne zaštite, moglo da se ode i korak dalje od odredbi koje su upisane u zakonski tekst. Naime, zakonodavac se zadovoljava propisivanjem samo jednog mehanizma pravne zaštite od porodičnog nasilja, i to onim koji ima kaznenopravni karakter.

Na taj način zakonodavac lišava žrtvu nasilja mogućnosti da koristi drugi, alternativni i klasični mehanizam građanskopravne zaštite. Pošto građanskopravni mehanizam zaštite od porodičnog nasilja nije propisan u drugom zakonskom tekstu, naprimjer u Porodičnom zakonu iz 2006. godine, čini se da bi bilo opravdano smjestiti ga u jedinstveni Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, a zatim ga pažljivo izdiferencirati od kaznenopravnog režima zaštite.

Takođe, i u vezi sa posebnom ulogom policije u suzbijanju porodičnog nasilja, čini se da postoje mogućnosti za dalje unapređivanje sadržaja odredbi ovog sistemskog Zakona. Brojne su, naime, mogućnosti za intervenciju policije prije, u toku, i nakon izvršenja porodičnog nasilja. Najveći broj ovih uloga vidljiv je u zakonskim odredbama.

Međutim, zakonodavac je neopravdano propustio da u spisak ovih uloga uvrsti i one koje se vezuju za neposredno suočavanje policije sa aktima porodičnog nasilja. Tako se u članu 10. Zakona propisuje opšta obaveza za policiju da, nakon saznanja za nasilje, preduzme neophodne radnje i mjere u cilju neposredne zaštite žrtve, ali se u daljem tekstu ne propisuju i specifične obaveze, koje su usmjerene na obezbjeđivanje dokaza o učinjenom protivpravnom djelu, i dalje postupanje prema žrtvi i nasilniku.

U tom smislu, bilo bi opravdano unijeti u zakonske odredbe, prije svega, pravilo o obavezama policijskog službenika da uzme izjavu o događaju od člana porodice prema kome je nasilje izvršeno, kao i da, na osnovu saznanja o događaju, do kojih je neposredno došao, posebno na osnovu izjava žrtve, počinio i svjedoka, sastavi službenu bilješku. Takođe, trebalo bi zakonskim odredbama obavezati policijskog službenika da informiše žrtvu nasilja o njenim pravima, a posebno o postupku određivanja i vrsti zaštitnih mjera, mogućnosti dobijanja besplatne pravne pomoći, mjerama koje se odnose na njenu sigurnost, koje policija može da preduzme prema počinio i nasilja, kao i adresama ustanova, institucija i drugih organizacija koje pružaju pomoć, podršku i zaštitu žrtvama nasilja u porodici.

Trebalo bi zakonskom odredbom propisati i obavezu objavljivanja informatora za žrtve porodičnog nasilja, u kojem bi bile sadržane sve ove informacije, a koju publikaciju bi policijski službenik trebalo da preda žrtvi nasilja u konkretnom slučaju. Osim toga, propisana pomoć policijskog službenika u obezbjeđivanju sigurnosti žrtvi nasilja, iz člana 14. Zakona, trebalo bi eksplicitno da obuhvati i obezbjeđivanje prevoza žrtvi, a na njen zahtjev, do medicinske ustanove ili drugog skloništa.

Najzad, od najvećeg značaja za dalji tok postupka bilo bi propisivanje pravila o obavezama policijskog službenika da upozori počinio i nasilja na nedozvoljenost i kažnjivost akta koje je izvršio, kao i na mjere koje protiv njega mogu biti preduzete. U pisanom obliku se ovo upozorenje može predati počinio i nasilja, a zatim se od njega može zahtijevati da svojim potpisom potvrdi da ga je prihvatio.

Misljenja smo da sve ove odredbe treba da sadrži zakon, a ne podzakonski akti. Međutim,

usvojen je Protokol o postupanju u slučaju nasilja u porodici, što je takodje korak dalje u prevazilaženju tog problema.

h) Diskriminacija po osnovu rodnog identiteta i seksualne orijentacije

Diskriminacija seksualnih i rodnih manjina (LGBT osoba) veoma je prisutna na području Juogistočne Evrope, i to u mjeri da je opravdano reći da se radi o jednoj od najugroženijih kategorija lica. Zbog toga je neophodno potrebno da pravni sistem izgradi pouzdane i efikasne mehanizme sprečavanja njihove diskriminacije.

Ovi pravni mehanizmi odnose se, jednako, na javnu i privatnu sferu života LGBT osoba. Sa jedne strane, pozitivno pravo Crne Gore se, čini se, uspješno može suočiti sa zahtjevom za zaštitu prava i sloboda, koje ove kategorije lica uživaju u javnoj sferi društvenog života zajednice.

U tom smislu, pravni sistem može efikasno da obezbijedi poštovanje negativne obaveze adresata, bez obzira na to da li se radi o pojedincima, grupama ili organima vlasti, da ne ometaju ili sprečavaju LGBT osobe u korišćenju javnih objekata i površina, izražavanju svojih stavova u medijima ili na javnim skupovima, udruživanju i organizovanju, zapošljavanju, obrazovanju, korišćenju usluga zdravstvene zaštite i sl. Da bi se ovaj cilj postigao, nije potrebno bitno izmijeniti odredbe postojećih zakona, već samo primijeniti opšte garancije jednakosti, u pojedinim oblastima pravnog regulisanja, na položaj ove kategorije lica.

Međutim, u odnosu na privatnu sferu života ove manjinske grupe, pravni sistem zemlje bi morao značajnije da se izmijeni, u cilju omogućavanja njihovog jednakog tretmana. Naime, propisi koji uređuju pojedine oblasti privatnog života ljudi, u najvećoj mjeri, reflektuju položaj i potrebe heteroseksualne većine. Tako, da bi se obezbijedio jednak tretman LGBT osoba, neophodno je da država savjesno postupi po svojoj pozitivnoj obavezi, i izmijeni zakonodavstvo na način koji će omogućiti ovim osobama puno uživanje prava i sloboda u svim oblastima društvenog života.

Pravni osnov za ovu, prijeko potrebnu, intervenciju u domaće zakonodavstvo nalazi se u odredbama Ustava i ratifikovanim međunarodnim dokumentima, a na prvom mjestu Evropske konvencije o ljudskim pravima i Međunarodnog pakta UN o građanskim i političkim pravima, kao i ostalim dokumentima Ujedinjenih Nacija, Savjeta Evrope i Evropske Unije. Naime, svi ovi pravni dokumenti, jemče jednakost u uživanju i zaštiti prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, bez obzira na lično svojstvo pojedinca.

Ustavni sud Crne Gore nije uvažio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti člana 12 Porodičnog zakona i na taj način još uvijek u Crnoj Gori nije dozvoljeno istopolnim parovima da uživaju bilo koje pravo koje proističe iz vanbračne zajednice, koja je u pogledu prava na međusobno izdržavanje i druge imovinsko-pravne odnose izjednačena sa brakom, pa prava iz vanbračne zajednice pripadaju samo heteroseksualnim osobama. Istopolni parovi koji žive u istim ili bitno sličnim emocionalnim i ekonomskim zajednicama, su u znatno nepovoljnijem položaju i to bez razumnog opravdanja. Ovo ukazuje na diskriminatorski odnos prema građanima zbog različite seksualne orijentacije, kao i neusklađenost zakonodavstva sa međunarodnim pravom.

Ustavni sud je između ostalog zaključio da odredbe Porodičnog zakona ne predstavljaju smetnju da se istopolne zajednice pravno urede donošenjem posebnog propisa što potvrđuje i uporedno iskustvo.

Imajući u vidu odluku Ustavnog suda Crne Gore, zakonodavac bi mogao da krene onim putem kojim su pojedina nacionalna zakonodavstva već prošla, uključujući i primjere zakonodavstava zemalja regiona, a to je da se, usvajanjem posebnog zakona o registraciji istopolnih zajednica, izbjegne dalji nejednak tretman istopolnih parova.

Donošenjem navedenog Zakona prava vanbračne istopolne zajednice izjednačila bi se sa vanbračnom heteroseksualnom i na taj način se omogućio, u ovom smislu, nesmetan zajednički život svih građana i građanki koji žive u Crnoj Gori. Donošenjem ovog zakona na jedinstven način bi se uredio položaj ovih osoba.

Ovo buduće zakonsko rješenje reflektovalo bi se dalje na čitav niz posebnih pravnih režima uživanja prava i sloboda, koji su trenutno rezervisani samo za članove heteroseksualnih zajednica. Među njima bi trebalo izdvojiti pravni režim imovinskih odnosa članova zajednice, a posebno prava u vezi sa sticanjem i raspolaganjem zajedničkom imovinom i uzajamnim izdržavanjem, zakonska nasljedna prava, uključujući i ona koja se odnose na prava iz socijalnog i penzionog osiguranja, zatim grupu prava iz radnog odnosa, pravo na zaštitu od porodičnog nasilja, prava koja se uživaju u posebnim slučajevima, kao što su prava člana zajednice u odnosu na drugog člana zajednice, koji se nalazi na bolničkom liječenju, ili odsluženju kazne zatvora i dr.

Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda Crne Gore je početkom 2012. godine, na prijedlog LGBT Forum Progres, jedine autentične nevladine organizacije koja se bavi unapređenjem prava seksualnih i rodni manjina u Crnoj Gori, podnio/podnijela Inicijativu Skupštini Crne Gore za donošenje pomenutog Zakona.

Sa druge strane, podjednako je važno izvršiti korjenite dopune postojećeg zakonodavstva, i u vezi sa pravnim položajem lica koja su promijenila pol. Naime, iz uporednog zakonodavstva je poznato da su pravne posljedice promjene pola tako složene, da je potrebno usvojiti poseban zakonski tekst, koji bi onda, na osnovu načela jednakog tretmana, omogućio ovim licima uživanje i zaštitu čitavog niza posebnih prava i sloboda. Takođe, potrebno je izmijeniti postojeće zakonodavstvo, što hitnije u dijelu uslova i postupka za promjenu pola, odnosno izmijeniti Zakon o matičnim registrima. Takođe je potrebno i usvojiti Protokol o postupanju u slučajevima promjene pola.

Dakle, pošto je dozvoljeno izvršiti medicinsku intervenciju promjene pola, na zakonodavcu leži obaveza da, posebnim pravilima, uredi pitanje pravnih posljedica ove medicinske intervencije. Na prvom mjestu, ove pravne posljedice vezuju se za pravo na izmjenu podataka, koji se odnose na pol u čitavom nizu ličnih dokumenata, a zatim i na porodični status lica, koji se onda, kao i u slučaju prava članova homoseksualne vanbračne zajednice, reflektuje na njihova imovinsko-pravna i druga prava i slobode.

Nadalje, Zakon o zabrani diskriminacije eksplicitno zabranjuje diskriminaciju osoba po osnovu njihovog rodno identiteta i seksualne orijentacije (član 19). Međutim, potrebno je ovaj Zakon unaprijediti, na način što bi se dodao član Zakona „značenje pojmova korišćenih u ovom zakonu“, kako bi svi razumjeli što znači „rodni identitet“, „seksualna orijentacija“ i sl.

IV Institucionalni mehanizmi zaštite od diskriminacije

Zakon o zabrani diskriminacije propisuje tri različita institucionalna mehanizma zaštite od diskriminacije. Prvi je institucija Zaštitnika/ce ljudskih prava i sloboda Crne Gore, kao centralna institucija, kojoj građani mogu da se obrate pritužbom. Drugi je sudska zaštita, odnosno pravo na podnošenje tužbe sudu, a treći prekršajno pravna zaštita od diskriminacije. Takođe, Zakon sadrži i pravila koja se odnose na vršenje inspekcijskog nadzora nad primjenom zakonskih odredbi, što takođe predstavlja jedan od mehanizama kojima se obezbjeđuje poštovanje zakonskog teksta.

4.1 Zaštita pred institucijom Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore

Ustavom Crne Gore od 2007. godine, Zaštitnik ljudskih prava i sloboda Crne Gore je postao ustavna kategorija, a time dobio i institucionalnu trajnost. Član 81. propisuje da je Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda Crne Gore samostalan i nezavisan organ, koji preduzima mjere za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Daju mu se ovlaštenja da na, osnovu Ustava, zakona i potvrđenih međunarodnih ugovora, pridržavajući se načela pravde i pravičnosti, vrši svoju funkciju. Zaštitniku/ci je mandat šest godina, a ne može biti razriješen, osim u slučajevima propisanim zakonom.

Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda Crne Gore je, Zakonom o zabrani diskriminacije, postao centralni institucionalni mehanizam za zaštitu od svih oblika diskriminacije. Navešćemo odredbe Zakona koje se odnose na postupanje Zaštitnika/ce:

“Pored nadležnosti i ovlaštenja propisanih posebnim zakonom, Zaštitnik/ca ljudskih prava i sloboda je nadležan/na i da:

- 1) podnosiocu/teljki pritužbe koji/a smatra da je diskriminisan/na od strane fizičkog ili pravnog lica daje potrebna obavještenja o njegovim/njenim pravima i obavezama, kao i mogućnostima sudske i druge zaštite;
- 2) sprovodi postupak mirenja, uz pristanak lica koje smatra da je diskriminirano i organa, drugog pravnog i fizičkog lica, za koje ono smatra da je izvršilo diskriminaciju, uz mogućnost zaključivanja vanskudskog poravnjanja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak posredovanja;
- 3) informiše javnost o značajnijim pojavama diskriminacije;
- 4) po potrebi, vrši istraživanja u oblasti diskriminacije;
- 5) vodi posebnu evidenciju o podnijetim pritužbama u vezi sa diskriminacijom;
- 6) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije;
- 7) preduzima aktivnosti radi podizanja svijesti o pitanjima u vezi sa diskriminacijom..” (član 21)

“Svako ko smatra da je diskriminisan aktom, radnjom ili nepostupanjem organa i drugih pravnih i fizičkih lica, može se obratiti pritužbom Zaštitniku/ci.

Pritužbu iz stava 1 ovog člana Zaštitniku/ci mogu podnijeti i organizacije ili pojedinci/ke koji/e se bave zaštitom ljudskih prava, uz saglasnost diskriminisanog lica ili grupe lica.

Postupanje po pritužbama iz st. 1 i 2 ovog člana, sprovodi se u skladu sa propisima kojima je uređen način rada Zaštitnika/ce, ukoliko ovim zakonom nije drukčije uređeno.” (član 22)

“Zaštitnik/ca, u posebnoj dijelu godišnjeg izvještaja, obavještava Skupštinu Crne Gore o

uočenim pojavama diskriminacije i preduzetim aktivnostima i predlaže preporuke i mjere za otklanjanje diskriminacije.

O uočenim pojavama diskriminacije Zaštitnik/ca može da podnese Skupštini Crne Gore poseban izvještaj, ako to od njega zatraži nadležno radno tijelo Skupštine Crne Gore ili ako Zaštitnik/ca ocijeni da to zahtijevaju naročito važni razlozi." (član 23)

Odredbom člana 21 tačka 2 propisano je da " Zaštitnik/ca sprovodi postupak mirenja... u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak posredovanja". Zakon o posredovanju propisuje ko mogu biti posrednici, način njihovog postavljenja i razrađuje postupak posredovanja. Takođe i Zakon o zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore propisuje postupak imenovanja Zamjenika Zaštitnika, koje ni u kom slučaju ne može postavljati Ministar, a u skladu sa tim i ne mogu sprovoditi postupak posredovanja po tom Zakonu. S tim u vezi čini se opravdanim da se iz člana 21 tačka 2 briše..." u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak posredovanja." Ovo i sa razloga jer je postupak posredovanja uglavnom neformalan postupak, a i praksa je pokazala da u mnogim državama gdje je najveći broj slučajeva uspješnog posredovanja, nije donesen taj Zakon.

4.1.1 Zakon o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore

Stupanjem na snagu novog Zakona o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore, u avgustu 2011 godine, u potpunosti je zaokružena nadležnost Zaštitnika u oblasti zaštite od diskriminacije.

Nadležnosti Zaštitnika su, pored diskriminacije koja je počinjena od strane državnih organa, organa lokalnih samouprava, javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlašćenja, proširene i u odnosu na diskriminaciju koja je počinjena od strane svih pravnih i fizičkih lica, što zahtijeva poseban pristup Zaštitnika u preventivnom djelovanju, ali i otklanjanju svih oblika diskriminacije. Kada ocijeni da je neophodno, Zaštitnik pred sudom pokreće postupak za zaštitu od diskriminacije, ili se u tom postupku, kao umještač, pridružuje diskriminisanom licu.

Navešćemo neke od odredbi Zakona o zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore koje se odnose na zaštitu od diskriminacije:

"Zaštitnik/ca samostalno i nezavisno, na načelima pravde i pravičnosti, preduzima mjere za zaštitu ljudskih prava i sloboda, kad su povrijeđena aktom, radnjom ili nepostupanjem državnih organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave i lokalne uprave, javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlašćenja kao i mjere za sprječavanje mučenja i drugih oblika nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja i mjere za zaštitu od diskriminacije.

Zaštitnik/ca nema ovlašćenje u odnosu na rad sudova, osim u slučajevima utvrđenim ovim zakonom." (član 2)

"Zaštitniku/ci se može obratiti svako ko smatra da su aktom, radnjom ili nepostupanjem organa povrijeđena njegova/njena prava ili slobode. Zaštitnik/ca postupa i po sopstvenoj inicijativi.

Postupak pred Zaštitnikom/com je besplatan." (član 3)

"Rad Zaštitnika/ce je javan, ako zakonom nije drukčije određeno. Javnost rada Zaštitnika/ce obezbjeđuje se podnošenjem i objavljivanjem godišnjeg i posebnog izvještaja i na drugi način, u skladu sa zakonom." (član 4)

"Zaštitnik/ca ima jednog ili više zamjenika/ca.

Zamjenik/ca obavlja poslove iz nadležnosti Zaštitnika/ce.

Jedan od zamjenika/ca bavi se zaštitom od diskriminacije.

Odluku o broju zamjenika/ca Zaštitnika/ce donosi Skupština Crne Gore." (član 9)

“Zaštitnik/ca je ovlašten/a da postupa po pritužbama koje se odnose na rad sudova u slučaju odugovlačenja postupka, zloupotrebe procesnih ovlaštenja ili neizvršavanja sudskih odluka.” (član 17)

“Zaštitnik/ca može dati inicijativu za donošenje zakona, drugih propisa i opštih akata radi usaglašavanja sa međunarodno priznatim standardima u oblasti ljudskih prava i sloboda.

Organ kojem je podnijeta inicijativa iz stava 1 ovog člana dužan je da se o toj inicijativi izjasni. Ukoliko smatra da je to potrebno radi zaštite i unaprjeđenja ljudskih prava i sloboda, Zaštitnik/ca daje mišljenje na predlog zakona, drugog propisa ili opšteg akta.” (član 18)

“Zaštitnik/ca može da pokrene postupak pred Ustavnim sudom Crne Gore za ocjenu saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, odnosno saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom.” (član 19)

“Zaštitnik/ca se bavi i opštim pitanjima od značaja za zaštitu i unaprjeđenje ljudskih prava i sloboda i sarađuje sa organizacijama i institucijama koje se bave ljudskim pravima i slobodama.” (član 21)

“Zaštitnik/ca nije ovlašten/a da mijenja, ukida ili poništava akte organa. Zaštitnik/ca ne može da zastupa stranke u postupku, niti da u njihovo ime ulaže pravna sredstva, osim u slučaju iz člana 27 stav 2 ovog zakona.” (član 22)

“Zaštitnik/ca je institucionalni mehanizam za zaštitu od diskriminacije.

Zaštitnik/ca, uz saglasnost diskriminisanog lica, postupa i preduzima mjere za zaštitu od diskriminacije, u skladu sa ovim zakonom i posebnim zakonom kojim je uređena zabrana diskriminacije.

Kad ocijeni da je neophodno, Zaštitnik/ca pred sudom pokreće postupak za zaštitu od diskriminacije ili se u tom postupku, kao umješak, pridružuje diskriminisanom licu.

U postupanju Zaštitnika/ce u slučajevima diskriminacije od strane fizičkog ili pravnog lica shodno se primjenjuju odredbe ovog zakona.” (član 27)

“Postupak ispitivanja povrede ljudskih prava i sloboda pokreće se povodom pritužbe ili po sopstvenoj inicijativi.

Zaštitnik/ca ispituje povrede ljudskih prava i sloboda po sopstvenoj inicijativi kad sazna da su aktom, radnjom ili nepostupanjem organa povrijeđena ljudska prava i slobode.

Za postupanje po sopstvenoj inicijativi neophodna je saglasnost oštećenog/ne.” (član 28)

Dakle, imajući u vidu zakonske naredbe, aktivnosti Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore mogu se podijeliti na: reaktivno djelovanje po pojedinačnim pritužbama građana i praćenje pojava diskriminacije i trendova u društvu, kroz druge izvore saznanja i proaktivno djelovanje koje je uglavnom usmjereno na podizanje svijesti građana i državnih službenika kroz učešće na brojnim okruglim stolovima, konferencijama, televizijskim i radio emisijama na temu zabrana diskriminacije i razvijanju tolerancije.

Kroz ove aktivnosti, kao i prikupljanjem podataka o slučajevima diskriminacije od sudova, područnih organa za prekršaje i inspeksijskih organa, Zaštitnik prati pojave diskriminacije u društvu sa ciljem sagledavanja stanja ostvarivanja i stepena zaštite ljudskih prava i sloboda, razvoja i unaprjeđenja javne svijesti, poštovanja standarda zaštite od diskriminacije, kao i njenog otklanjanja.

U skladu sa Zakonom o zabrani diskriminacije, Zaštitnik ljudskih prava i sloboda Crne Gore, u posebnom dijelu Godišnjeg izvještaja o radu, obavještava Skupštinu Crne Gore o uočenim pojavama diskriminacije i preduzetim aktivnostima, kao i preporukama i mjerama za otklanjanje diskriminacije (član 23 stav 1).

4.2 Zaštita pred sudom

Pored zaštite koju pruža institucija Zaštitnika/ce ljudskih prava i sloboda Crne Gore, sa svojim nadležnostima i ovlaštenjima uređena je i oblast sudske zaštite od diskriminacije.

Naime, razvijena i jasno ustrojena oblast sudske zaštite neophodan je instrument u borbi protiv diskriminacije. Uređen je postupak pred sudom, tužba, rok za podnošenje tužbe, podnošenje tužbe od strane drugih lica i obavješćavanje Zaštitnika/ce.

Veoma je važno istaći i da je teret dokazivanja da nije došlo do diskriminatornog ponašanja na tuženoga/tužene, što predstavlja standard razvijenih demokratskih država u borbi protiv diskriminatornog ponašanja, a koji proizilazi iz primarnog i sekundarnog evropskog zakonodavstva.

Navešćemo neke od odredbi Zakona:

4.2.1 Postupak pred sudom

Svako ko smatra da je povrijeđen diskriminatornim postupanjem organa, drugog pravnog ili fizičkog lica ima pravo na zaštitu pred sudom, u skladu sa zakonom.

Postupak se pokreće tužbom.

Na postupak iz stava 2 ovog člana shodno se primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak, ako ovim zakonom nije drugačije određeno.

Postupak iz stava 2 ovog člana je hitan.

U sporu za zaštitu od diskrimi. revizija je uvijek dozvoljena (član 24).

4.2.2 Mjesna nadležnost

U postupku za zaštitu od diskriminacije mjesno je nadležan, pored suda opšte mjesne nadležnosti, i sud na čijem području je prebivalište, odnosno sjedište tužioca/teljke (član 25).

4.2.3 Tužba

Tužbom iz člana 24 stav 2 ovog zakona može se tražiti i:

- 1) utvrđenje da je tuženi/a diskriminatorski postupao/la prema tužiocu/teljki;
- 2) zabrana vršenja radnje od koje prijeti diskriminacija, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije;
- 3) naknada štete, u skladu sa zakonom;
- 4) objavljivanje presude kojom je utvrđena diskriminacija na trošak tuženog/e u medijima, ukoliko je diskriminacija izvršena putem medija.

U slučajevima iz stava 1 tač. 1 i 2 ovog člana tužbeni zahtjev se ističe zajedno sa zahtjevima za zaštitu prava o kojima se odlučuje u parničnom postupku, ako su ovi zahtjevi u međusobnoj vezi i zasnivaju se na istom činjeničnom i pravnom osnovu.

Tužba iz stava 1 tač. 1 i 2 ovog člana može se podnijeti samostalno samo ako akt ili radnja diskriminacije nije imala za posljedicu gubitak ili povredu nekog prava (član 26).

4.2.4 Rok za podnošenje tužbe

Tužba iz člana 24 stav 2 ovog zakona može se podnijeti u roku od 90 dana od dana saznanja za učinjenu diskriminaciju (član 27).

4.2.5 Privremene mjere

Prije pokretanja, ili u toku postupka po tužbi iz člana 24 ovog zakona, sud može, na predlog stranke, odrediti privremene mjere. U predlogu za izdavanje privremene mjere mora se učiniti vjerovatnim da je mjera potrebna da bi se spriječila opasnost od nastupanja nenadoknadive štete, osobito teške povrede prava na jednako postupanje ili sprječavanje nasilja.

O predlogu za izdavanje privremene mjere sud je dužan da donese odluku bez odlaganja. Na postupak iz stava 1 ovog člana shodno se primjenjuju odredbe Zakona o izvršnom postupku.(član 28)

4.2.6 Teret dokazivanja

Ukoliko tužilac/teljka učini vjerovatnim da je tuženi/a izvršio/la akt diskriminacije, teret dokazivanja da usljed tog akta nije došlo do povrede jednakosti u pravima i pred zakonom prelazi na tuženog/u.

Odredba stava 1 ovog člana ne odnosi se na prekršajni i krivični postupak (član 29).

4.2.7 Druga lica koja mogu podnijeti tužbu

Tužbu iz člana 26 stav 1 tač. 1, 2 i 4 ovog zakona, u ime diskriminisanog lica, mogu podnijeti i organizacije ili pojedinci/ke koji/e se bave zaštitom ljudskih prava.

Tužba iz stava 1 ovog člana može se podnijeti samo uz pisani pristanak diskriminisanog lica ili grupe lica (član 30).

4.2.8 Obavješćavanje Zaštitnika/ce

Podnosilac/teljka tužbe iz čl. 24 i 30 ovog zakona koji/a je podnio/la i pritužbu Zaštitniku/ci dužan/na je da pisanim putem obavijesti Zaštitnika/cu o pokretanju sudskog postupka (član 31).

Odredbe Zakona koje se odnose na sudsku zaštitu od diskriminacije nesumnjivo bi trebalo unaprijediti u cilju otklanjanja određenih nedostataka koji otežavaju ostvarenje efikasne zaštite od diskriminacije. Tako, popis tužbenih zahtjeva na osnovu kojih je moguće tražiti sudsku zaštitu iz člana 26 Zakona, trebalo bi upotpuniti zahtjevom za uklanjanje posljedica diskriminatornog postupanja. Isto tako, korišćenje supsidijernog zahtjeva da se odluka o glavnim zahtjevima povodom diskriminatornog postupka objavi u medijima, ne bi trebalo ograničavati na one slučajeve diskriminacije koji su učinjeni u javnim glasilima, kao što se to kaže u članu 26 Zakona, jer za tim ograničenjem nema nikakve praktične potrebe.

Pravo na podnošenje tužbe za utvrđenje i tužbe za zabranu izvršenja diskriminatorne radnje ili akta, ne bi trebalo da bude ničim ograničeno, već samostalno pravo žrtve diskriminacije, a ne pravo koje se može koristiti samo u slučajevima kad nije došlo do gubitka ili povrede nekog prava, kako se to propisuje u članu 26 Zakona, jer svaka stranka ima pravo da slobodno raspolaže svojim tužbenim zahtjevom. Naime, nije jasno koja bi to bila situacija kad se diskriminatornim postupanjem ne povređuje pravo pojedinca ili grupe, s obzirom na to da svaki akt diskriminacije predstavlja kršenje ustavnog prava na jednak tretman, odnosno slobodu od diskriminacije.

Rok za podnošenje tužbe za zaštitu od diskriminacije ne bi trebalo određivati,ili ako se već određuje onda ne tako kratak rok kao što je onaj od 90 dana propisan članom 27 Zakona(možda bi rok od 9 mjeseci bio primjeren). Naime, ova odredba o roku otvara pitanje o cilju koji se želi postići ovim pravilom, a posebno o opravdanosti pravljenja razlike između opšteg zakonskog roka za potraživanje naknade štete i roka za podnošenje tužbe za naknadu štete izvršene diskriminatornim postupanjem.

Takođe, zakonodavac, umjesto da testerima neposredno garantuje pravo na tužbu, kao i da dozvoli prikupljanje dokaza putem tzv. situacionog testiranja, i to u dijelu Zakona koji govori o sudskoj zaštiti, zakonodavac se opredijelio za skrivenu i posrednu garanciju ovog instituta, ugradivši je u član 6 Zakona, koji govori o tome da pristanak lica na diskriminaciju, ne oslobađa odgovornosti onoga koji je ovaj akt izvršio.

4.3 Prekršajno pravna zaštita od diskriminacije

Prekršaj je povreda javnog poretka, koja je utvrđena zakonom, i za koju je propisana sankcija. Zakonom o prekršajima utvrđuju se uslovi za propisivanje prekršaja i prekršajnih sankcija, prekršajna odgovornost, prekršajni postupak i postupak izvršenja prekršajnih sankcija. Opšta svrha propisivanja, izricanja i primjene prekršajnih sankcija je da građani poštuju pravni sistem, da se izrazi društveni prekor učiniocu zbog izvršenog prekršaja, i da se utiče na njega i sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaj.

Zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka mogu, osim nadležnih organa, podnijeti i lica koja su žrtve diskriminacije i to, kako pismenim putem nadležnom organu za prekršaje, tako i usmeno na zapisnik pred nadležnim organom za prekršaje, u skladu sa Zakonom o prekršajima.

Zahtjev treba da bude jasan kako bi se prema njemu moglo postupiti, i treba da sadrži ime i prezime lica protiv koga se podnosi zahtjev, to jest naziv ili firmu pravnog lica, vrijeme, mjesto i način izvršenja prekršaja, kao i dokaze iz kojih proizilazi da se radi o prekršaju.

Prekršajne sankcije su: kazne, mjere upozorenja, zaštitne mjere i vaspitne mjere.

4.3.1 Kaznene odredbe u Zakonu o zabrani diskriminacije

Novčanom kaznom od dvjestostrukog do tristostrukog iznosa minimalne zarade u Crnoj Gori kazniće se za prekršaj pravno lice ili preduzetnik, ako:

- 1) odbije pružanje javnih usluga, uslovi pružanje usluga uslovima koji se ne traže od drugih lica ili grupe lica ili namjerno kasni ili odlaže pružanje usluga, iako su lice ili grupa lica zatražili i ispunili uslove za pravovremeno pružanje usluga prije drugih lica (član 11 stav 1 tač. 2, 3 i 4);
- 2) onemogućiti, ograničiti ili otežati korišćenje prilaza objektima i površinama u javnoj upotrebi licima smanjene pokretljivosti i licima sa invaliditetom (član 18 stav 2);
- 3) podnese tužbu bez pisanog pristanka diskriminisanog lica ili grupe lica (član 30 stav 2);
- 4) ne vodi posebnu evidenciju o svim slučajevima prijavljene diskriminacije ili podatke iz evidencije blagovremeno ne dostavi Zaštitniku/ci (član 33 stav 1);
- 5) ne vodi posebnu evidenciju o podnijetim tužbama u vezi sa diskriminacijom ili podatke iz evidencije blagovremeno ne dostavi Zaštitniku/ci (član 33 stav 2).

Za prekršaj iz stava 1 ovog člana kazniće se i odgovorno lice u organu ili pravnom lice i fizičko lice novčanom kaznom u visini dvadesetostrukog iznosa minimalne zarade u Crnoj Gori (član 34).

Kaznene prekršajne odredbe u Zakonu o zabrani diskriminacije su veoma oskudne, bez značajnijeg antidiskriminacionog kapaciteta. U moru mogućnosti diskriminatornog postupanja, koje prijete u svakodnevnom životu, Zakon o zabrani diskriminacije, van razloga racionalne pravne politike, određuje prekršajnu odgovornost samo za dva propisana slučaja diskriminatornog ponašanja i to, za zabranu diskriminacije u pružanju javnih usluga, i u korišćenju javnih objekata i površina. Pri tome se sankcioniše diskriminatorno postupanje u korišćenju javnih objekata i površina samo u odnosu prema licima sa invaliditetom, a ne i svim drugim licima koja mogu biti žrtve diskriminacije po osnovu nekog drugog ličnog svojstva (npr. zabrana pristupa javnim objektima građanima romske nacionalnosti), što je

potpuno neprihvatljivo u demokratskom društvu.

Ovako definisane odredbe Zakona o zabrani diskriminacije, same po sebi, predstavljaju kršenje prava na jednak tretman.

Zakonodavac je u Zakonu o zabrani diskriminacije propustio da propiše i mogućnost izricanja zaštitnih mjera u slučaju diskriminacije, u skladu sa članom 42. stav 2. Zakona o prekršajima, koji određuje mogućnost propisivanja odgovarajućih zaštitnih mjera zakonima kojima se propisuju prekršaji, što bi bilo primjenjivo npr. kod zloupotrebe vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti radi vršenja diskriminacije sa elementima prekršaja.

Čini se da je ovo zakonsko rješenje sasvim neopravdano. Naime, nema nikakvog smisla iz cjelokupnog koprusa odredbi o zabrani diskriminacije u pojedinačnim slučajevima, izdvojiti samo neke, i u odnosu na njih propisati prekršajnu zaštitu. Umjesto ovog selektivnog pristupa, trebalo bi svaki slučaj diskriminacije tretirati ravnopravno i beneficijarima Zakona obezbijediti prekršajnu zaštitu u svakom od njih, a na osnovu ustavnog i zakonskog principa jednake zaštite.

4.3.2 Zakon o javnom redu i miru

Januara 2012 godine stupio je na snagu Zakon o javnom redu i miru kojim se određuju prekršaji kojima se narušava javni red i mir na javnom mjestu I propisuju kazne i zaštitne mjere za te prekršaje.

Navešćemo neke članove zakona

Član 19

Ko na javnom mjestu govorom, natpisom, znakom ili na drugi nacin vrijedja drugog po osnovu nacionalne, rasne ili vjerske pripadnosti, etnickog porijekla ili drugog licnog svojstva, kaznice se za prekršaj novcanom kaznom od 250 eura do 1.500 eura ili kaznom zatvora do 60 dana.

Član 20

Pravno lice koje proizvede ili stavi u promet ili na drugi način ucini dostupnim javnosti znak, crtež ili predmet kojim vrijedja drugog po osnovu nacionalne, rasne ili vjerske pripadnosti, etnickog porijekla ili drugog licnog svojstva, kazniće se za prekršaj novčanom kaznom od 1.000 eura do 15.000 eura.

Preduzetnik koji učini prekršaj iz stava 1 ovog clana kaznice se novcanom kaznom od 200 eura do 3.000 eura.

Odgovorno lice u pravnom licu koje učini prekršaj iz stava 1 ovog člana kazniće se novcanom kaznom od 500 eura do 2.000 eura.

4.4 Inspekcijski nadzor

4.4.1 Uloga inspekcija

Inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ovog zakona u odnosu na diskriminaciju u oblasti rada i zapošljavanja, zaštite na radu, zdravstvene zaštite, obrazovanja, građevinarstva, saobraćaja, turizma i u drugim oblastima vrše inspekcije nadležne za te oblasti, u skladu sa zakonom (član 32).

U vezi sa pitanjem o obavezama organa javne vlasti u sprovođenju pravnog režima zabrane diskriminacije, dolazi do izražaja još jedan nedostatak Zakona, a to je onaj koji se odnosi na pitanje nadzora nad sprovođenjem zakonskih odredbi. Naime, zakonodavac propisuje

nadležnost za tzv. inspekcijski nadzor, koji može u konkretnom slučaju da rezultira pokretanjem prekršajnog ili eventualno i nekog drugog postupka utvrđivanja pravne odgovornosti. Međutim, i u pogledu ovog pitanja, on postupa selektivno, tretirajući samo nadležnost organa u nekim oblastima, i to rada, zapošljavanja i zaštite na radu, zatim zdravstvene zaštite, obrazovanja, građevinarstva, saobraćaja i turizma, a zatim kaže da u drugim oblastima inspekcijski nadzor vrše organi nadležni za inspekcijske poslove u tim drugim oblastima.

Na ovaj način, pomoću generalne klauzule, odnosno riječima „u drugim oblastima“, ne može se propisati nadležnost organa da vrši inspekcijske poslove, jer se pouzdano ne zna na koje druge oblasti se misli. Drugim riječima, propisivanje nadležnosti pravno-tehnički može se izvršiti samo takstativnim nabranjem oblasti društvenog života, na osnovu kojeg nabranja je dalje moguće i identifikovati organe koji će postati nadležni za konkretni inspekcijski nadzor.

4.5 Vođenje evidencije

Sudovi, inspekcijski organi i organi za prekršaje su po Zakonu o zabrani diskriminacije obavezni da vode posebnu evidenciju o podnijetim tužbama u vezi sa diskriminacijom i da podatke iz evidencije blagovremeno dostave Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore. Bliži sadržaj i način vođenja ovih evidencija, uređen je Pravilnikom o sadržaju i načinu vođenja evidencije o slučajevima prijavljene diskriminacije („Službeni list CG“, br. 23/11), koji je donijelo Ministarstvo za ljudska i manjinska prava. koju se upisuju sledeći podaci: podnosilac tužbe odnosno prijave, osnov diskriminacije, pol i godine života diskriminisanog lica, datum podnošenja tužbe odnosno prijave, datum donošenja pravosnažne odluke, izjavljena revizija, vrijeme odlučivanja, broj primljenih predmeta, broj odbijenih tužbi odnosno prijava, i broj prihvaćenih tužbi odnosno prijava.

Članom 3 navedenog Pravilnika, propisano je da evidencija predstavlja elektronski vođenu bazu podataka koja omogućava neposredan pristup podacima Zaštitniku ljudskih prava i sloboda Crne Gore i da se podaci u evidenciji sistematizuju i vode u obliku registra. Elektronska baza podataka, koja omogućava neposredan pristup podacima Zaštitniku, još uvijek nije uspostavljena.

Zaštitnik/ca ovu situaciju prevazilazi traženjem od sudova, organa za prekršaje i inspekcijskih organa da mu/joj dostavi informacije u skladu sa gore navedenim Pravilnikom. Ovi organi Zaštitniku/ci dostavljaju podatke koji su, uglavnom nepotpuni.

Propisujući obaveze evidentiranja slučajeva diskriminacije od strane sudova, inspekcijskih organa i ograna za prekršaje, Zakon o zabrani diskriminacije određuje obavezu blagovremenog dostavljanja podataka iz evidencija Zaštitniku/ci ljudskih sloboda i prava Crne Gore, ne samo za organe javne vlasti, već i za pravne subjekte (fizička i pravna lica), koja ne vrše javna ovlašćenja.

Čini se potrebnim, proširiti obavezu dostavljanja podataka o prijavljenim slučajevima diskriminacije od strane Uprave policije i Državnog tužilaštva Crne Gore, jer je intencija da Zaštitnik objedinjava podatke o prijavljenim slučajevima i podnesenim tužbama koji se odnose na diskriminaciju.

Takođe, normiranjem obaveze dostavljanja podataka, i u odnosu na drugu kategoriju pravnih subjekata, koja nijesu javna tijela, obesmišlava se prekršajna odgovornost u ovim slučajevima, jer je izvjesno da će izostati valjana implementacija zakona u ovom dijelu, koji ne nudi nikakve mehanizme za efikasno vođenje ovakvih prekršajnih postupaka.

V Krivičnopravna zaštita od diskriminacije

5.1 Normativno pravni okvir

Demokratsko ustrojstvo društva nužno se zasniva na izvornom suverenitetu građanina. Zato su principi jednakosti i zabrane diskriminacije, po bilo kom osnovu, esencijalna pretpostavka za ocjenu legitimiteta pravnog poretka i političkog sistema, posebno demokratskog karaktera vlasti, zakonodavne, izvršne i sudske, koju organi javne vlasti vrše, nota bene, u ime svih građana, bez obzira na njihova lična svojstva.

Njegovati sklad u razlikama, jedan je od najznačajnijih imperativa savremenog, otvorenog, građanskog i demokratskog društva. Zato ne čudi da je oficijelni moto Evropske unije, počev od maja 2000.godine, upravo, „ujedinjeni u različitosti“ (united in diversity-eng; in variatate concordia-lat.).

Stoga je redovan manir ustavotvoraca, u savremenom demokratskom društvu da principu zabrane diskriminacije, to jest slobodi od diskriminacije, daju značaj jedne od centralnih vrijednosti ustavnog sistema.

Tako i Ustav Crne Gore u samoj preambuli, inter alia, izdvaja principe jednakosti, multikulturalnosti i tolerancije, kao konstitucionalnu okosnicu crnogorskog pravnog poretka.

Krivično pravo je sistem zakonskih propisa kojima se, u cilju zaštite najznačajnijih vrijednosti društva, utvrđuju uslovi za primjenu kazni i drugih krivičnih sankcija prema učinocima krivičnih djela.

Zaštita čovjeka i drugih osnovnih vrijednosti društva predstavljaju osnov i granice za određivanje krivičnih djela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primjenu, u mjeri u kojoj je to nužno za suzbijanje tih djela.

Posebnu društvenu opasnost, izvjesno, predstavljaju krivična djela čiji je motiv mržnja zbog pripadnosti rasi, boje kože, etničkog, nacionalnog, ili socijalnog porijekla, religijskog ili drugog uvjerenja, pola, rodnog identiteta, seksualne orijentacije, političkog ili drugog mišljenja, zdravstvenog stanja, invaliditeta, pripadnosti grupi, ili drugog ličnog svojstva. Zaštita od diskriminacije zahtijeva efikasnu krivično-pravnu reakciju u svim slučajevima tzv. „zločina mržnje“.

Krivični zakonik zločin, čija je pobuda mržnja, kao kvalifikatorna okolnost, vezuje za krivično djelo povrede ravnopravnosti iz člana 159. KZ, ali ova kvalifikacija nema opšti karakter. De lege ferenda opšte pravilo o inkriminaciji zločina iz mržnje, koja za povod ima neko od ličnih svojstava žrtve, kao kvalifikatorne okolnosti, treba naći svoje mjesto u Krivičnom zakoniku, a rezultat krivično pravne represije, u ovim krivičnim slučajevima, mora biti stroža kaznena politika.

Dosadašnja iskustva Crne Gore u kreiranju antikriminalne politike pokazuju da je krivično pravna zaštita diskriminiranih malo zastupljena u statističkim izvještajima o radu pravosudnih organa, što ne bi smjelo biti povod za zaključak da u društvu nema negativnog fenomena diskriminacije. Naprotiv, to mora biti povod za dodatni napor društva sa ciljem unapređenja normativnog pravnog okvira, i implementaciju zakona, radi prevazilaženja prepreka i uskih grla, za stvaranje efikasnog sistema krivično-sudske zaštite koji će prava diskriminiranih lica učiniti djelotvornim i stvarnim. U tom smislu, neophodno je unaprijediti metodologiju periodičnih statističkih izvještaja pravosudnih organa, a postupci u predmetima diskriminacije, zbog svoje pravne prirode, morali bi biti tretirani kao hitni, što zahtijeva odgovarajući normativni zahvat u propise kojima se uređuje rad, kako pravosudnih organa, tako i policije.

5.1.1 Krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom iz glave XXV Krivičnog zakonika

Rasna i druga diskriminacija

Član 443

(1) Ko na osnovu razlike u rasi, boji kože, nacionalnosti, etničkom porijeklu ili nekom drugom ličnom svojstvu krši osnovna ljudska prava i slobode zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ratifikovanim međunarodnim ugovorima od strane Crne Gore, kazniće se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

(2) Kaznom iz stava 1 ovog člana kazniće se ko vrši proganjanje organizacija ili pojedinaca zbog njihovog zalaganja za ravnopravnost ljudi.

(3) Ko širi ideje o superiornosti jedne rase nad drugom ili propagira rasnu mržnju ili podstiče na rasnu i drugu diskriminaciju, kazniće se zatvorom od tri mjeseca do tri godine.

Prvobitno unošenje ovog krivičnog djela u crnogorsko (KZ SFRJ) zakonodavstvo odnosilo se samo na međunarodno pravnu obavezu, po osnovu zabrane svih oblika rasne diskriminacije, ali se razvojem krivično-pravne teorije i prakse, inkriminacija proširila na sve oblike diskriminacije, po bilo kom ličnom svojstvu diskriminisanog, što je u jednom dijelu stručne javnosti podstaklo raspravu o razlikovanju ovog krivičnog djela u odnosu na krivično djelo povrede ravnopravnosti iz člana 159. Krivičnog zakonika.

Prije svega, treba imati u vidu da krivično djelo povrede ravnopravnosti iz člana 159. Krivičnog zakonika ima širi domen primjene, jer pruža zaštitu građanima u odnosu na sva prava koja im pripadaju (saglasno protokolu 12 uz Evropsku konvenciju), ne samo prema međunarodnim ugovorima koji su obavezujući za Crnu Goru, već i prema Ustavu, zakonima i drugim propisima.

Za razliku od navedenog, član 443. se odnosi, prvenstveno, na „osnovna ljudska prava“ zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim ugovorima. U stavu 2. inkriminisano je proganjanje organizacija ili pojedinaca koji se zalažu za ravnopravnost ljudi, pri čemu se pod proganjanjem može podrazumijevati svaki vid sistematskog zlostavljanja, poput uznemiravanja, zastrašivanja, otpuštanja sa posla, nanošenja patnji, isključivanja iz određenih udruženja i slično, a što se zasniva na pripadnosti određenoj naciji, vjeri, političkom uvjerenju ili drugim ličnim svojstvima onoga ko se proganja.

Stavom 3. propisani su oblici radnje izvršenja koji se odnose na rasističku propagandu.

5.1.2 Krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina iz glave XV Krivičnog zakonika

Povreda ravnopravnosti

Član 159

(1) Ko zbog nacionalne ili etničke pripadnosti, pripadnosti rasi ili vjeroispovijesti ili zbog odsustva te pripadnosti ili zbog razlika u pogledu političkog ili drugog ubjeđenja, pola, jezika, obrazovanja, društvenog položaja, socijalnog porijekla, imovnog stanja ili nekog drugog ličnog svojstva, drugome uskrati ili ograniči ljudska prava i slobode utvrđena Ustavom, zakonima ili drugim propisima ili opštim aktima ili potvrđenim međunarodnim ugovorima ili mu na osnovu ove razlike daje povlastice ili pogodnosti, kazniće se zatvorom do tri godine.

(2) Ako je djelo iz stava 1 ovog člana učinjeno zbog mržnje prema pripadniku grupe određene na osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, državne ili nacionalne pripadnosti, kazniće se zatvorom od tri mjeseca do pet godina.

(3) Ako djelo iz stava 2 ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina.

Zaštitni objekt inkriminacije je pravna jednakost, u skladu sa članom 8. Ustava Crne Gore koji zabranjuje svaku diskriminaciju, neposrednu ili posrednu, po bilo kom osnovu, članom 17. Ustava Crne Gore koji propisuje da su svi pred zakonom jednaki, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo, i članom 19. Ustava Crne Gore koji određuje da svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava i sloboda. Radnja izvršenja ovog krivičnog djela određena je alternativno, uskraćivanjem ili ograničavanjem prava građana, kao jedan oblik, ili davanjem građanima povlastica ili pogodnosti, kao drugi oblik. Posljedica krivičnog djela sastoji se u povredi prava građana ili u povredi njihovog interesa. Pokušaj krivičnog djela postoji u situaciji kada nije došlo do ograničavanja ili uskraćivanja prava, odnosno davanja povlastica ili pogodnosti, ali su preduzete određene radnje sa tim ciljem.

Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2010.godine zakonodavac je uveo novi vid povrede ravnopravnosti, što je pozitivan iskorak u razvijanju antidiskriminacionog zakonodavstva, jer je propisao teži oblik krivičnog djela, kod kojeg kvalifikatornu okolnost predstavlja ako je krivično djelo učinjeno iz mržnje prema nekoj od navedenih društvenih grupa, za što je propisana i stroža kazna.

Najteži oblik ovog krivičnog djela postoji ako teži oblik (zločin iz mržnje) izvrši službeno lice u vršenju službe, kom obliku krivičnog djela odgovara i najstroža kazna.

Iako zakon nije propisao kao teži oblik ukoliko službeno lice izvrši osnovni oblik ovog krivičnog djela, izvjesno je da činjenica, da je krivično djelo učinjeno od službenog lica prilikom odmjeravanja kazne, može biti tretirana kao otežavajuća okolnost.

Povreda ravnopravnosti u zapošljavanju

Član 225

Ko svjesnim kršenjem propisa ili na drugi protivpravan način uskrati ili ograniči pravo građana na slobodno zapošljavanje na teritoriji Crne Gore pod jednakim uslovima, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

Ovim krivičnim djelom zabranjena je diskriminacija prilikom zapošljavanja na teritoriji Crne Gore, a štiti se pravo na rad i njegovo ostvarenje u praksi. Propisivanje ovog krivičnog djela izraz je razrade ustavnog prava iz člana 62. Ustava Crne Gore, koji propisuje da svako ima pravo na rad, na slobodan izbor zanimanja i zapošljavanja, na pravične i humane uslove rada i na zaštitu za vrijeme nezaposlenosti, dok član 5. i član 6. Zakona o radu zabranjuje, kako neposrednu, tako i posrednu diskriminaciju lica koja traže zaposlenje. U konkretnom slučaju, radi se o krivičnom djelu sa blanketnom dispozicijom, s obzirom na to da je radnja izvršenja uskraćivanje ili ograničavanje prava građana na slobodno zapošljavanje na teritoriji Crne Gore, i to kršenjem propisa ili na drugi protivpravni način, poput dovođenjem ili održavanjem u zabludi, uklanjanjem dokumentacije kandidata za zapošljenje i sl.

Za postojanje krivičnog djela nije dovoljan nehat, odnosno nemaran odnos prema pravnim licima koja traže zapošljenje, već je potreban umišljaj u vidu svjesnog kršenja ili nepridržavanja propisa. Diskriminaciju prilikom zapošljavanja zabranjuju, i Konvencija Međunarodne organizacije rada o zabrani diskriminacije u oblasti zapošljavanja i zanimanja, i Direktiva Evropske unije o jednakosti pri zapošljavanju.

Povreda prava upotrebe jezika i pisma

Član 158

Ko suprotno propisima o upotrebi jezika i pisma naroda ili pripadnika manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica koji žive u Crnoj Gori uskrati ili ograniči građaninu da pri ostvarivanju svojih prava ili pri obraćanju organima ili organizacijama upotrijebi jezik ili pismo kojim se služi, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

Sloboda upotrebe svog jezika i pisma jeste pravo svakog građanina. Međutim, ovo krivično djelo se ne odnosi na povredu prava upotrebe jezika ili pisma uopšte, već samo na njihovu službenu upotrebu, i to samo pri ostvarivanju svojih prava, ili pri obraćanju organima ili organizacijama. U skladu sa članom 13. Ustava Crne Gore, službeni jezik u Crnoj Gori je crnogorski jezik, a ćirilično i latinično pismo su ravnopravni. U službenoj upotrebi su i srpski, bosanski, albanski i hrvatski jezik. Saglasno odredbi člana 11. Zakona o manjinama, manjine i njihovi pripadnici imaju pravo upotrebe svog jezika i pisma, a u jedinicama lokalne samouprave, u kojima pripadnici manjine čine većinu ili značajan dio stanovništva, u službenoj upotrebi je i jezik te manjine, što, između ostalog, podrazumijeva korišćenje jezika u upravnom i sudskom postupku, vođenje samog upravnog i sudskog postupka, izdavanje javnih isprava i vođenje službenih evidencija.

Radnja izvršenja je propisana alternativno u vidu uskraćivanja prava građanima na upotrebu svog jezika, čime se u potpunosti onemogućava upotreba jezika i pisma, ili u vidu ograničavanja upotrebe jezika ili pisma, kojim se upotreba djelimično dozvoljava, ali ne u obimu i na način propisan odgovarajućim propisima.

Povreda slobode izražavanja nacionalne ili etničke pripadnosti

Član 160

(1) Ko sprečava drugog da izražava svoju nacionalnu ili etničku pripadnost ili kulturu, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

(2) Kaznom iz stava 1 ovog člana kazniće se i ko prinuđava drugog da se izjašnjava o svojoj nacionalnoj ili etničkoj pripadnosti.

(3) Ako djelo iz st. 1 i 2 ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se zatvorom do tri godine.

Ovo krivično djelo ima dva osnovna oblika i kvalifikovani oblik. Prvi osnovni oblik (stav 1.) vrši se sprečavanjem drugog da izvršava svoju nacionalnu ili etničku pripadnost ili kulturu na različite načine. Jedino ograničenje u pravu izražavanja svoje nacionalne ili etničke pripadnosti ili culture, koje može biti legitimno, jeste zahtjev da se to ne čini na način koji bi predstavljao zloupotrebu ovog prava – kršenjem propisa, ili vrijeđanjem osjećanja pripadnosti građana drugim nacijama, odnosno etničkim grupama. Za postojanje dovršenog oblika krivičnog djela nije potrebno da je neko spriječen u svom izražavanju nacionalne ili etničke pripadnosti ili kulture, već je dovoljno da je preduzeta radnja sprečavanja sa ciljem onemogućavanja tog izražavanja.

Drugi oblik ovog krivičnog djela podrazumijeva prinudu sa ciljem da se neko izjasni o svojoj nacionalnoj ili etničkoj pripadnosti, a pod prinudom se podrazumijeva sila ili prijetnja. Nije potrebno da je cilj i ostvaren, već je dovoljno da je sa tim ciljem upotrijebljena sila ili prijetnja.

Kvalifikovani oblik postoji u slučaju kada se kao izvršilac krivičnog djela javlja službeno lice.

Kvalifikovani oblik postojaće i onda kada se prekorače ovlašćenja koja, inače, dozvoljavaju ograničavanje ovog prava u slučaju njegove zloupotrebe.

Povreda slobode ispovijedanja vjere i vršenja vjerskih obreda

Član 161

(1) Ko sprečava ili ograničava slobodu vjerovanja ili ispovijedanja vjere, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dvije godine.

(2) Kaznom iz stava 1 ovog člana kazniće se i ko sprečava ili ometa vršenje vjerskih obreda.

(3) Ko prinudava drugog da se izjašnjava o svom vjerskom uvjerenju, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

(4) Službeno lice koje učini djelo iz st. 1 do 3 ovog člana, kazniće se zatvorom do tri godine.

Jedno od značajnih sloboda i prava u korpusu građanskih i političkih prava jeste sloboda savjesti i vjeroispovijesti, zbog čega je ovo pravo garantovano članom 46. Ustava Crne Gore, te članom 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Radnja izvršenja ovog krivičnog djela jeste sprečavanje ili ograničavanje slobode vjerovanja ili ispovijedanja vjere, a pod slobodom vjerovanja podrazumijeva se i sloboda da se ne vjeruje. Sprečavanje ili ograničavanje slobode vjerovanja ili ispovijedanja vjere može poprimiti različite načine izvršenja, poput zatvaranja vjerskih objekata, što bi bilo sprečavanje na direktan način, ali i indirektnim ograničavanjem slobode vjerovanja, poput uskraćivanja građevinske dozvole za izgradnju vjerskih objekata i sl.

O ovom krivičnom djelu radiće se i u slučaju sprečavanja ili ograničavanja slobode vjerovanja ili ispovijedanja vjere, i kada nije riječ o nekoj od službeno priznatih religija. Samo u slučaju ukoliko određena vjerska sekta propagira ponašanja koja se mogu okvalifikovati kao krivična djela, ili čiji vjerski obredi uključuju ponašanja koja predstavljaju krivična djela, što bi predstavljalo zloupotrebu slobode vjerovanja, nadležni organi bi bili ovlašćeni da to spriječe, u kom slučaju se ne bi radilo o krivičnom djelu, usljed izostanka protivpravnosti.

Drugi oblik ovog krivičnog djela postoji onda kada se sprečava ili ometa vršenje vjerskih obreda, pri čemu je djelo dovršeno preduzimanjem radnje sprečavanja ili ometanja, a nije neophodno da je došlo i do prekidanja vjerskog obreda.

Treći oblik ovog krivičnog djela (stav 3.) postoji kada se neko lice prinudava da se izjasni o svom vjerskom uvjerenju, što je jedan od segmenata slobode vjerovanja, a pod prinudom se podrazumijeva korišćenje sile ili prijetnje.

Sva tri oblika ovog krivičnog djela imaju svoj kvalifikovani oblik koji postoji ukoliko se, kao izvršilac, javlja službeno lice (stav 4.).

Mučenje

Član 167

(1) Ko drugom nanese veliki bol ili teške patnje, bilo da su tjelesne ili duševne, sa ciljem da od njega ili trećeg lica dobije priznanje ili drugo obavještenje, ili da ga nezakonito kazni ili da ga zastraši, ili da na njega izvrši pritisak, ili da zastraši ili izvrši pritisak na neko treće lice, ili iz nekog drugog razloga koji se zasniva na diskriminaciji, kazniće se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

(2) Ako djelo iz stava 1 ovog člana izvrši službeno lice u vršenju službe ili je djelo izvršeno uz njegov izričiti ili prećutni pristanak ili ako je službeno lice podstrekavalo drugo lice na izvršenje djela iz stava 1 ovog člana, kazniće se za djelo iz stava 1 ovog člana zatvorom od jedne do osam godina.

Konvencija OUN protiv torture i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih kazni i postupanja, Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju mučenja, nečovječnih i ponižavajućih postupanja i kažnjavanja, kao i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, apsolutno zabranjuju svaki vid torture.

Unošenjem ove inkriminacije Crna Gora je izašla u susret međunarodnim obavezama koje podrazumijeva članstvo u ovim međunarodnim organizacijama.

Radnja izvršenja se odnosi na nanošenje velikog bola ili teških patnji (tjelesnih ili duhovnih) nekom licu, sa ciljem da se od njega ili od trećeg lica dobije priznanje ili drugo obavještenje, ili da njega ili treće lice nezakonito kazni ili zastraši, ili da na njega ili treće lice izvrši pritisak. Alternativno, određeno je da se ovo krivično djelo može učiniti i iz nekog drugog razloga, ali se taj razlog mora zasnivati na nekom obliku diskriminacije, polazeći od nekog ličnog svojstva žrtve.

Krivični zakonik proširuje odgovornost sa službenih lica, kako to uređuju citirani međunarodni dokumenti, propisujući da izvršilac osnovnog oblika krivičnog djela može biti bilo koje lice, što je u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.

5.1.3 Krivična djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore iz glave XXIX Krivičnog zakonika

Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje

Član 370

(1) Ko javno podstiče na nasilje ili mržnju prema grupi ili članu grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, državne ili nacionalne pripadnosti, kazniće se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

(2) Kaznom iz stava 1 ovog člana kazniće se i ko javno odobrava, negira postojanje ili značajno umanjuje težinu krivičnih djela genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe ili člana grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, državne ili nacionalne pripadnosti, na način koji može dovesti do nasilja ili izazvati mržnju prema grupi lica ili članu takve grupe, ukoliko su ta krivična djela utvrđena pravosnažnom presudom suda u Crnoj Gori ili međunarodnog krivičnog suda.

(3) Ako je djelo iz st. 1 i 2 ovog člana učinjeno prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obilježja ili grobova, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

(4) Ko djelo iz st. 1 do 3 ovog člana vrši zloupotrebom položaja ili ako je usljed tih djela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život naroda, nacionalnih manjina ili etičnih grupa koje žive u Crnoj Gori, kazniće se za djelo iz stava 1 ovog člana zatvorom od jedne do osam godina, a za djelo iz st. 2 i 3 zatvorom od dvije do deset godina.

Radnja izvršenja kod osnovnog oblika (stav 1.) postavljena je alternativno kao podsticanje na nasilje ili mržnju prema grupi ili članu grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, državne ili nacionalne pripadnosti.

Za postojanje dovršenog djela nije neophodno da je došlo do nasilja, ili da je podsticanjem dovelo do mržnje, to jest ne traži se posljedica u tom smislu, niti je za postojanje ovog krivičnog djela od značaja koji se cilj želi postići javnim podsticanjem na nasilje ili mržnju.

U stavu 2. predviđen je drugi oblik izvršenja krivičnog djela koji postoji ukoliko se javno odobrava, negira postojanje ili značajno umanjuje težina krivičnih djela genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe ili člana grupe koja je određena na

osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, državne ili nacionalne pripadnosti, na način koji može dovesti do nasilja ili izazvati mržnju prema grupi lica ili članu takve grupe. Pri tome je potrebno da su ta krivična djela utvrđena pravosnažnom presudom nacionalnih sudova u Crnoj Gori ili međunarodnog krivičnog suda.

Teži oblik krivičnog djela propisan je u stavu 3., s obzirom na sredstvo i način izvršenja, a teži oblik postoji kad je djelo učinjeno prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenju tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen obilježja ili grobova.

Stav 3. predviđa najteži oblik, imajući u vidu dvije okolnosti – vršenjem djela zloupotrebom položaja, ili s obzirom na posljedice do kojih je došlo u vidu nereda, nasilja, i drugih teških posljedica za zajednički život naroda, nacionalnih manjina ili etničkih grupa.

5.1.4 Krivična djela protiv časti i ugleda iz glave XVII Krivičnog zakonika

Povreda ugleda naroda, manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica

Član 199

Ko javno izloži poruzi narod, manjinski narod i drugu manjinsku nacionalnu zajednicu koji žive u Crnoj Gori, kazniće se novčanom kaznom od tri hiljade do deset hiljada eura.

Ugled naroda, manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica koje žive u Crnoj Gori štiti se kao cjelina, a ne kao ugled pojedinih njihovih pripadnika, u kom slučaju bi se radilo o uvredi ili kleveti. Ovim krivičnim djelom štiti se ugled samo naroda, manjinskih naroda ili drugih manjinskih nacionalnih zajednica koje žive u Crnoj Gori, a ne nekih drugih zajednica ili društvenih grupa, poput rasnih ili vjerskih, ali bi se, u slučaju povrede njihovog ugleda, moglo raditi o krivičnom djelu izazivanja nacionalne, rasne i vjeske mržnje iz člana 370. Krivičnog zakonika.

Za pojam naroda i manjinskog naroda odlučujuća je okolnost da li njihovi pripadnici žive u svojoj državi u kom se slučaju radi o narodu, ili većina tog naroda živi u nekoj drugoj državi, u kom slučaju se radi o manjinskom narodu. Za razliku od naroda i manjinskih naroda, druga manjinska nacionalna zajednica uopšte nema svoju matičnu državu, ali po svom etničkom porijeklu, osjećaju pripadnosti određenoj etničkoj grupi, običajima i drugim svojim obilježjima čine jasno prepoznatljiv dio stanovništva (npr. Romi).

5.1.5 Nekonzistentnost krivično pravne zaštite osoba sa invaliditetom

Odredbe Krivičnog zakonika iz glave XVIII, koje se odnose na krivična djela protiv polne slobode, s obzirom na diskriminatorni sadržaj u odnosu na osobe sa invaliditetom, moraju biti urgentno izmijenjene. Naime, Krivični zakonik, bez objektivnog i razumnog opravdanja, argumentum a fortiori, apsolutno neprihvatljivo u demokratskom društvu, na štetu osoba sa invaliditetom, pravi razliku u zaprijećenim kaznama, kad je u pitanju krivično djelo silovanja iz člana 204. Krivičnog zakonika, polazeći od toga da li je žrtva ovog krivičnog djela osoba sa invaliditetom ili ne.

Tako, za krivično djelo silovanja iz člana 204. Krivičnog zakonika, koje se vrši obljubom ili sa njom izjednačenim činom, zapriječena je kazna od dvije do deset godina zatvora, i to za osnovni oblik ovog krivičnog djela. Nasuprot tome, ako se radi o djelu čije se biće određuje na isti način, kao obljoba ili sa njom izjednačeni čin, ali je izvršeno nad osobom sa invaliditetom ili drugim nemoćnim licem, te se zbog toga u članu 205. Krivičnog zakonika određuje kao krivično djelo obljobe nad nemoćnim licem, zapriječena kazna se određuje u rasponu od jedne do deset godina zatvora.

Neopravdanu razliku zakonodavac pravi i kada se radi o kvalifikovanim oblicima ovih krivičnih djela. Tako, ako je usljed silovanja nastupila teška tjelesna povreda lica prema kome je djelo izvršeno, ili ako je ovo djelo izvršeno od strane više lica, ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući način, ili prema maloljetniku, ili je imalo za posljedicu trudnoću, zapriječena je kazna zatvora od tri do petnaest godina. Za potpuno isti kvalifikovani oblik obljube nad nemoćnim licem, zakonodavac prijeti nižom kaznom, i to u rasponu od dvije do dvanaest godina zatvora.

Dakle, umjesto da silovanje, odnosno obljubu nad nemoćnom osobom kvalifikuje kao teži oblik osnovnog oblika krivičnog djela silovanja, a na temelju potrebe strožeg kažnjavanja krivičnih djela učinjenih iz mržnje, zakonodavac za ovo djelo propisuje blaže kazne i time, neposredno, izražava svoj diskriminatorni stav.

Pored navedenog, treba ukazati i na to da za punu pravnu zaštitu od diskriminacije lica sa invaliditetom nije dovoljan Zakon o kretanju lica sa invaliditetom uz pomoć psa pomagača, kojim se obezbjeđuje pravo osobe sa invaliditetom, i to slijepe, gluve i osobe koja se kreće u invalidskim kolicima, da koristi psa pomagača u saobraćaju, pristupu javnom mjestu i u radnom okruženju.

Stoga je neophodno unapređenje pravnog okvira za zaštitu lica sa invaliditetom od diskriminacije donošenjem, bez odlaganja, novih antidiskriminacionih propisa u ovoj oblasti.

5.1.6 Zabrana diskriminacije djece

Primjedbe u odnosu na deficit antidiskriminacionog zakonodavstva u pogledu ostvarenja prava osoba sa invaliditetom, prisutne su i u pogledu pravnog položaja djece i maloljetnika. Posebno su zabrinjavajuće odredbe Krivičnog zakonika koje u pogledu kaznene politike, kada su u pitanju žrtve krivičnog djela protiv polne slobode, diskriminatorno tretiraju djecu, odnosno maloljetnike. Ovakav pristup zakonodavca vrijeđa obavezu jednakog tretmana građana u odnosu na starosnu dob.

Na prvom mjestu, zakonodavac diskriminatorno tretira djecu, koja po slovu člana 142. KZ, čine lica koja nisu napunila 14 godina. Naime, u članu 206. KZ, kaže se da će se lice koje izvrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin sa djetetom, kazniti zatvorskom kaznom u trajanju od jedne do deset godina, iako je za ovo isto krivično djelo, učinjeno prema punoljetnom licu, kao što je već rečeno, propisan raspon kazne zatvora u trajanju od dvije do deset godina zatvora (član 204. KZ).

Ako se, pak, radi o kvalifikovanom obliku ovog krivičnog djela, usljed čijeg izvršenja je nastupila teška tjelesna povreda djeteta, ili je djelo izvršeno od strane više lica, ili je imalo za posljedicu trudnoću djeteta, u istom članu 206. KZ, zapriječena je kazna zatvora u trajanju od dvije do dvanest godina, a ne od tri do petnaest godina zatvora, kao u slučaju kad je žrtva ovog istog krivičnog djela punoljetna ili se radi o maloljetniku. Pri tome, zakonodavac odstaje i od naziva djela koji se koristio u slučaju kad se radilo o silovanju osobe sa invaliditetom i nemoćnog lica, te ovo krivično djelo ne imenuje kao obljubu nad djetetom, već obljubu sa djetetom, što neopravdano jezički sugerije eventualni pristanak žrtve na izvršenje djela. Na drugom mjestu, zakonodavac diskriminatorno tretira i maloljetnike, koje po članu 142. KZ čine lica starosti od četrnaest do osamnaest godina. Tako se u članu 207. KZ inkriminiše krivično djelo obljube zloupotrebom položaja. Za kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela, po slovu istog člana, koje vrši nastavnik, vaspitač, staralac, usvojilac, roditelj, očuh, maćeha ili drugo lice, i to zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja nad maloljetnikom koji mu je povjeren na učenje, vaspitavanje, staranje ili njegu, zapriječena je kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina, a ne u trajanju od dvije do deset godina, kao u slučaju izvršenja osnovnog oblika silovanja punoljetnog lica.

Uzimajući u obzir naročitu opasnost od izvršenja osnovnog i kvalifikovanog oblika krivičnog djela obljuje nad djetetom i maloljetnikom, a posebno poguban uticaj ovih djela na dalji razvoj njihove ličnosti, bilo bi neophodno, bez odlaganja, novelirati Krivični zakonik, i značajno pooštriti pravnu reakciju zakonodavca na ova krivična djela. Na taj način bi se iz teksta Zakonika efikasno otklonila jedna od njegovih flagrantnijih diskriminatornih odredbi, ali bi se i adekvatno sankcionisao jedan od najtežih oblika zločina učinjenih s obzirom na lično svojstvo žrtve djela.

5.1.7 Kaznene odredbe prema Zakonu o kretanja lica sa invaliditetom uz pomoć psa pomagača

U svakodnevnoj praksi ukazuje se nužnim daljnje unapređenje normativno pravnog okvira, sa ciljem pune zaštite od diskriminacije osoba sa invaliditetom. Zakon o kretanju lica sa invaliditetom uz pomoć psa pomagača, tek je jedan od segmenata potrebne cjelovite antidiskriminacione zaštite ove kategorije stanovništva. Ovaj Zakon sadrži samo jedan član koji propisuje prekršajnu odgovornost pravnih subjekata u slučaju kršenja prava osoba sa invaliditetom.

Član 10

Novčanom kaznom od 1.500 eura do 10.000 eura kazniće se za prekršaj pravno lice ako licu sa invaliditetom sa psom pomagačem, licu sa invaliditetom sa psom pomagačem-stranom državljaninu i instruktoru sa psom pomagačem zabrani ili onemogući:

1) korišćenje prevoznih sredstava u drumskom, željezničkom, pomorskom i vazdušnom saobraćaju, uključujući i zadržavanje na svim prostorima koji su predviđeni za putnike u skladu sa članom 3 ovog zakona;

2) slobodan pristup i boravak na javnom mjestu, kao što su: službene prostorije, zdravstvene ustanove, hoteli, restorani, banke, pošte, pozorišta, sportski objekti, tržnice, prodavnice, škole, fakulteti i sl. u skladu sa članom 4 ovog zakona;

3) slobodan pristup i boravak u radnom prostoru u skladu sa članom 5 ovog zakona.

Za prekršaj iz stava 1. ovog člana kazniće se i odgovorno lice u pravnom licu novčanom kaznom od 500 eura do 1.500 eura.

Za prekršaj iz stava 1. ovog člana kazniće se preduzetnik novčanom kaznom od 500 eura do 3.000 eura.

VI USTAVNA ŽALBA KAO PRAVNO SREDSTVO ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE

6.1 Ustav i ustavne garancije slobode od diskriminacije

Ljudska prava i slobode, zajemčene Ustavom Crne Gore, ostvaruju se neposredno, na osnovu samog Ustava. Zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to predviđeno samim Ustavom ili, ako je to neophodno za ostvarenje pojedinih prava, pri čemu se zakonom ne smije dirati u suštinu ustavom garantovanih prava. Član 9. Ustava uređuje hijerarhiju pravnih propisa unutar pravnog poretka Crne Gore, propisujući da su, potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom, i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva.

Ustavne garancije ljudskih prava imaju za cilj zaštitu ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, koje su vrijednosti od suštinskog značaja za otvoreno, građansko i demokratsko društvo, zasnovano na vladavini prava.

Ustav izričito zabranjuje svaki vid diskriminacije, neposredne ili posredne, kao i izazivanje ili podsticanje mržnje, po bilo kom osnovu. Istovremeno, Ustav propisuje da se neće smatrati diskriminacijom propisi i posebne mjere usmjerene na stvaranje uslova za ostvarenje ravnopravnosti i zaštite lica koja su, po bilo kom osnovu, u nejednakom položaju, čime se uvodi mogućnost tzv. afirmativne akcije, radi stvaranja uslova stvarne i djelotvorne ravnopravnosti svih subjekata u društvu. S tim u vezi je i ustavna odredba koja uređuje jednakost pred zakonom, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo, a svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava i sloboda.

Država jemči ravnopravnost žene i muškarca, i dužna je da razvija politiku jednakih mogućnosti, što je garancija propisana Ustavom.

Vjerske zajednice su ravnopravne i slobodne u vršenju vjerskih obreda i vjerskih poslova, a odvojene su od države, kako to uređuje Ustav.

Iako je cenzura u Crnoj Gori zabranjena, nadležni sud može, pozivom na Ustav, spriječiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obavještanja, ako je to neophodno, između ostalog i radi sprečavanja propagiranja rasne, nacionalne i vjerske mržnje ili diskriminacije, ili podstrekavanja na nasilje ili vršenje krivičnih djela. Ujedno je samim Ustavom zabranjeno djelovanje političkih i drugih organizacija koje je usmjereno na izazivanje nacionalne, rasne, vjerske i druge mržnje i netrpeljivosti,

Ustavni sud je samostalan i nezavistan organ državne vlasti, kome je Ustavom povjerena kontrola ustavnosti i zakonitosti.

Svako ima pravo obraćanja međunarodnim organizacijama radi zaštite svojih prava i sloboda zajemčenih Ustavom.

6.2 Ustavna žalba

Iako primarni aspekt u ispunjavanju međunarodnih obaveza, po pitanju poštovanja ljudskih prava, zahtijeva uzdržavanje države od miješanja u ova prava, ciljno tumačenje člana 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda nudi pouzdan zaključak da

je država dužna i da „obezbjedi prava“, što podrazumijeva obavezu preduzimanja tzv. pozitivnih mjera. Svojim značajem, svakako se izdvaja obaveza nacionalnih vlasti da obezbijedi, u okviru nacionalnog pravnog poretka, pravo na djelotvoran pravni lijek za zaštitu ljudskih sloboda i prava.

Neposredna ustavno-sudska zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina data je u nadležnost Ustavnom sudu Crne Gore, donošenjem Ustava Crne Gore iz 2007. godine, kroz institut ustavne žalbe zbog povrede ljudskih prava i sloboda, zajemčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava, kako to uređuje član 149. stav 1. tačka 3. Ustava.

Postupak po ustavnoj žalbi uređen je Zakonom o Ustavnom sudu, koji u članu 48. propisuje da se ustavna žalba može podnijeti protiv pojedinačnog akta državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave ili pravnog lica koje vrši javna ovlašćenja, zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava, što podrazumijeva da je podnosilac ustavne žalbe, u postupku, iskoristio sva pravna sredstva na koja je imao pravo u skladu sa zakonom.

Postupak Ustavnog suda po ustavnim žalbama, u praksi, bi trebalo da predstavlja nacionalni pravni mehanizam prevencije međunarodno pravnih postupaka protiv Crne Gore po predstavkama koje pojedinci, fizička i pravna lica i nevladine organizacije, shodno članu 34 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, podnose Evropskom sudu za ljudska prava. Ustavna žalba bi, ujedno, trebala biti posljednje pravno sredstvo koje bi bilo potrebno iscrpiti unutar pravnog sistema Crne Gore, kao procesne pretpostavke za obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, ili uslov prihvatljivosti predstavke, ali samo ukoliko to pravno sredstvo jeste djelotvorno, u značenju koje ovom terminu daje praksa Suda.

Ustavna žalba se podnosi u roku od 60 dana od dana dostavljanja pojedinačnog akta protiv kojeg se može podnijeti ustavna žalba, u skladu sa članom 50. Zakona o Ustavnom sudu. Lice koje, iz opravdanih razloga, propusti rok za podnošenje ustavne žalbe, može zatražiti povraćaj u predašnje stanje, ako u roku od 15 dana od dana prestanka razloga koji je izazvao propuštanje podnese predlog u tom smislu, zajedno sa ustavnom žalbom. Poslije isteka roka od tri mjeseca od dana propuštanja roka od 60 dana ne može se tražiti povraćaj u predašnje stanje.

Ustavnu žalbu u ime oštećenog, na osnovu njegovog ovlašćenja, može izjaviti i drugo lice, a zaštitnik ljudskih prava i sloboda (ombudsman) može, povodom pritužbe koja je u radu, podnijeti ustavnu žalbu, ako se podnosilac pritužbe sa tim saglasi.

U skladu sa članom 51. Zakona o Ustavnom sudu, ustavna žalba mora da sadrži ime i prezime, jedinstveni matični broj građanina, prebivalište ili boravište i adresu, to jest naziv i sjedište podnosioca ustavne žalbe, broj i datum akta protiv kojeg je ustavna žalba izjavljena i naziv organa koji ga je donio, ljudsko pravo ili slobodu zajemčene Ustavom za koje se tvrdi da su povrijeđeni, sa navođenjem odredbe Ustava kojim se to pravo, to jest sloboda jemči, razloge ustavne žalbe sa navodima o povredi ili uskraćivanju prava, zahtjev o kojem Ustavni sud treba da odluči, i potpis podnosioca ustavne žalbe.

Uz ustavnu žalbu se podnosi i ovjereni prepis osporenog pojedinačnog akta, dokaz da su iscrpljena pravna sredstva, kao i drugi dokazi od značaja za odlučivanje.

Iako ustavna žalba, u principu, ne zadržava izvršenje pojedinačnog akta protiv kojeg je izjavljena, Ustavni sud može narediti da se obustavi izvršenje ovog akta, na zahtjev podnosioca žalbe, do donošenja konačne odluke, ukoliko podnosilac žalbe učini izvjesnim nastupanje neotklonjivih štetnih posljedica.

Kad Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeni Ustavom, usvojiće ustavnu žalbu i ukinuće taj akt, u cjelini ili djelimično, i predmet vratiti na ponovni postupak organu koji je donio ukinuti akt. Ustavni sud će odlukom samo utvrditi postojanje povrede, kad nađe da je povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda

zajemčeni Ustavom, ako je u vrijeme donošenja odluke Ustavnog suda prestalo pravno dejstvo osporenog pojedinačnog akta.

6.3 Deficit odredbi Zakona o Ustavnom sudu koje se odnose na ustavnu žalbu

a) Krupan nedostatak pravnog uređenja ustavne žalbe u Crnoj Gori predstavlja okolnost izostanka kompenzacione komponente djelotvornosti ovog pravnog sredstva. Ustavni sud nije ovlašten da, u situaciji kada se ustavna žalba pokaže osnovanom, dosudi i pravično zadovoljenje podnosiocu ustavne žalbe, niti je za to data nadležnost nekom drugom tijelu unutar pravnog sistema Crne Gore.

Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, sama mogućnost da pravna stvar, nakon uki-danja pojedinačnog pravnog akta, bude ponovno razmotrena, ne zadovoljava kriterijume djelotvornosti, a još manje ti kriterijumi mogu biti ispunjeni kroz mogućnost podnosioca ustavne žalbe da naknadno pokrene građansku parnicu protiv države, po tužbi za naknadu štete, prema opštim pravilim Zakona o obligacionim odnosima o odgovornosti pravnog lica (države) za štetu koju pričinio njegov (njen) organ.

b) Praksa Evropskog suda za ljudska prava zahtijeva da se status žrtve omogući i onim pravnim subjektima pod jurisdikcijom organa javne vlasti, čija su prava samo ugrožena, ne i povrijeđena, to jest kada se radi o potencijalnim žrtvama, budućim ili indirektnim žrtvama.

c) Zakon o Ustavnom sudu nije riješio pitanje može li se ustavna žalba izjaviti protiv akta organa javne vlasti koji nema formalno uobličenje kroz pisani pojedinačni pravni akt, već se radi o držanju organa javne vlasti, to jest radnji, činjenju ili nečinjenju. Ovaj deficit posebno dolazi do izražaja u situaciji kada se povreda nekoga, Ustavom zajemčenih sloboda ili prava, sastoji upravo u nedonošenju pisanog pravnog akta, npr. odugovlačenjem sudskog postupka nedonošenjem presude ili nepostupanjem po pojedinačnom pravnom aktu, npr. neizvršavanjem pravosnažne i izvršne sudske presude. Ovakvi slučajevi ne bi smjeli ostati van ustavno pravnog sistema zaštite ljudskih sloboda i prava.

d) Odredbe člana 51. Zakona o Ustavnom sudu, koje propisuju da ustavna žalba mora da sadrži, kao obavezan element, i jedinstveni matični broj građanina (JMBG), suprotne su samom Ustavu, jer ograničavaju pravo na ustavnu žalbu, pravo na sudsku zaštitu u slučaju kršenja ljudskih sloboda i prava, kao i pravo na jednaku zaštitu i pravo na slobodu od diskriminacije, imajući u vidu da značajan broj lica romske nacionalnosti ne posjeduje lična dokumenta koja bi sadržavala jedinstveni matični broj građanina. Značajan broj građana romske nacionalnosti nije upisan u matične knjige kod nadležnih organa uprave, pa stoga i nema jedinstveni matični broj građanina. S druge strane, Zakon o jedinstvenom matičnom broju uslovljava dobijanje ovog broja prijavljenim prebivalištem, koji uslov opet ne ispunjava značajan broj raseljenih lica. Pravna posljedica ovih činjenica je da je velikom broju ljudi uskraćena mogućnost korišćenja ustavne žalbe, što je suprotno i članu 13 Evropske konvencije, koji garantuje pravo na djelotvorno pravno sredstvo svim pravnim subjektima pod jurisdikcijom organa javne vlasti države članice Savjeta Evrope, ali i članu 1 protokola 12, koji zabranjuje diskriminaciju u ostvarivanju svih prava zagarantovanih nacionalnim propisima. Pored toga, ovakav zahtjev za obaveznim elementom jedinstvenog matičnog broja građanina, kao obavezni element ustavne žalbe, suprotan je i pravnim standardima, nacionalnim i međunarodnim, kojima se uređuje zaštita podataka o ličnosti, koje pravo je takođe

zajemčeno Ustavom.

e) Mogućnost obustavljanja izvršenja pojedinačnog akta, kojim je došlo do povrede slobode ili prava zajemčenog ustavom, na osnovu zahtjeva podnosioca ustavne žalbe, normirana je i suviše restriktivno odredbama člana 52. Zakona o Ustavnom sudu, imajući u vidu da se od podnosioca ustavne žalbe zahtijeva da učini izvjesnim nastupanje neotklonivih štetnih posljedica. Izraz „izvjesnim“ bi, izvjesno, trebalo zamijeniti pravim standardom „učini vjerovatnim“, kako je to uobičajeno u izvršnom pravu, odnosno u pravu obezbjeđenja.

f) Odredbe člana 54. Zakona o Ustavnom sudu o obustavi postupka nijesu jasne, jer se postavlja pitanje kako bi uopšte bilo moguće da, nakon što se iscrpe sva djelotvorna pravna sredstva, organ, koji je donio osporeni pojedinačni akt, isti poništi, ukine ili izmijeni, posebno vodeći računa o posljedicama materijalne pravosnažnosti (ne bis in idem; res iudicata). S druge strane, to je rješenje potpuno suprotno odredbama člana 56. stav 2. ovog Zakona, koje propisuju da će Ustavni sud svojom odlukom utvrditi postojanje povrede, kad nađe da je povrijeđena ljudska sloboda ili pravo, ako u vrijeme donošenja odluke Ustavnog suda prestane dejstvo osporenog pojedinačnog pravnog akta. Pri tome je imperativno postavljena i odredba člana 54. stav. 1. i 2., kao i člana 56. stav 2. Zakona.

VII DISKRIMINACIJA U EVROPSKOJ KONVENCIJI O LJUDSKIM PRAVIMA

Cilj ovog poglavlja je da pruži praktičan vodič za zaštitu od diskriminacije koju pruža Evropska konvencija o ljudskim pravima (Konvencija).

U prvom dijelu Poglavlje daje pregled zaštite od diskriminacije koju pruža Konvencija. Drugi dio daje metodologiju koju treba primijeniti kod procjene slučajeva iz člana 14. Treći dio razmatra pet kategorija slučajeva diskriminacije iz člana 14 koji se konkretno odnose na Crnu Goru. Dio četvrti se bavi ostalim pitanjima relevantnim za praktičare i sudije u predmetima diskriminacije vezanim za član 14. Peti dio daje pregled primjene i sudske prakse vezane za Protokol 12. Konačno, šesti dio daje kratak pregled zaštite od diskriminacije koju pruža pravo Evropske unije.

7.1 Pregled zaštite od diskriminacije koju pruža Evropska konvencija o ljudskim pravima

Zaštita od diskriminacije koju pruža Evropska konvencija o ljudskim pravima zasniva se na vjerovanju da je diskriminacija pogrešna, i da razlike između osoba ne bi trebalo smatrati prijetnjom, već izvorom obogaćenja.¹ U skladu sa tim ciljevima, Konvencija štiti osobe od diskriminacije preko dvije posebne, ali povezane, odredbe: (a) član 14 i (b) Protokol 12.

Član 14

Član 14 je bio jedini izvor zaštite od diskriminacije koju pruža Konvencija do 1. aprila 2005. godine.² Član 14 predviđa:

Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj konvenciji 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.

Najvažnija stvar, koju treba primijetiti kod prvog čitanja člana 14, je da on ne predviđa samostalno pravo protiv diskriminacije. Član 14 je, dakle, napisan restriktivno, zabranjujući diskriminaciju samo u cilju obezbjeđenja prava i sloboda izloženih u Konvenciji.

Protokol 12

Kako se sudska praksa po članu 14 razvijala, i kako su nedostaci člana 14 postajali sve više očigledni, odlučeno je da bi zaštiti od diskriminacije trebalo posvetiti posebnu odredbu. Dana 4. novembra 2000. Godine, dakle, Protokol 12 je otvoren za potpisivanje. Član 1, Protokola 12 predviđa:

(1) Svako pravo, koje zakon predviđa, ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom

1 Timishev protiv Rusije, 13. decembar 2005. godine

2 Protokol 12 je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine. Vidi odjeljak I (b) u tekstu koji slijedi.

osnovu, kao na primjer 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).

Protokol 12 je stupio na snagu 1. aprila 2005. godine. Protokol 12 predviđa značajno veću zaštitu od člana 14. Protokol 12 osigurava zaštitu od diskriminacije u svakom zakonu. Protokol 12, međutim, je ograničen geografskim područjem svoje primjene: u aprilu 2012. godine, samo 17 država je bilo potpisalo i ratifikovalo Protokol 12.

Dok je samo mali broj, od 47 članica Savjeta Evrope, potpisao i ratifikovao Protokol 12, važno je primijetiti, međutim, da je Crna Gora uradila i jedno i drugo. Protokol 12 je, dakle, u potpunosti primjenjiv u crnogorskim sudovima, a takođe se može na njega pozvati protiv Crne Gore pred Evropskim sudom za ljudska prava. Ovo posljednje pravo na pravni lijek podliježe kriterijumima prihvatljivosti iz člana 35 Konvencije.

c. Dalja zaštita od diskriminacije u međunarodnom pravu

Da bi se obezbijedio kontekst za zaštitu od diskriminacije, koju pruža član 14 i Protokol 12 Konvencije, korisno je biti svjestan opsega zaštite koju pružaju drugi međunarodni instrumenti, posebno Povelja Ujedinjenih nacija (Povelja UN) i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Međunarodni pakt).

Član 1(3) Povelje UN navodi da je jedan od ciljeva Povelje da promoviše i podstiče ljudska prava, bez obzira na rasu, pol, jezik ili vjeroispovijest. Dok Povelja UN postavlja nediskriminaciju na vrhu svojih temeljnih vrijednosti, cilj da se promovišu i podstiču ljudska prava, bez obzira na rasu, pol, jezik ili vjeroispovijest, nije obaveza koja se može sprovoditi na isti način kao član 14 i Protokol 12 Konvencije.

Suprotno tome, član 26 Međunarodnog pakta se može sprovoditi; moguće je iznijeti slučajeve pred Komitet za ljudska prava, odjeljenje Kancelarije Visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava. Zaštita koju pruža tekst člana 26 Međunarodnog pakta je šira od one koju pružaju član 14 i Protokol 12 Konvencije: član 26 koji predviđa da su „sve osobe jednake pred zakonom i da imaju pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije”, međutim, Komitet za ljudska prava nema moć da donosi presude, već samo da izdaje odluke koje sadrže njegove stavove.

7.2 Procjena mogućeg zahtjeva u vezi sa članom 14: trostepeni pristup

Kako bi se utvrdilo da li je došlo do kršenja člana 14, neophodno je postaviti tri pitanja: (a) da li navodna diskriminacija potpada pod opseg nekog konvencijskog prava; (b) da li je došlo do faktičkog različitog postupanja, po nekom zabranjenom osnovu; i (c) da li postoji objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje. Ova pitanja bi trebalo postavljati sekvencijalno (po redu). Jedino ako se može dati pozitivan odgovor na pitanja (a) i (b) i negativan na pitanje (c) može se reći da je došlo do kršenja člana 14.

Slijedi primjer u kojem bi se moglo razmatrati da li je došlo do kršenja člana 14:

Ako je nekom romskom djetetu odbijen pristup nekom mjestu u nekoj školi, ali se čini da je nekom ne-romskom djetetu dopušten pristup i pohađanje te škole, možda je došlo do diskriminacije i kršenja člana 14. U kontekstu ovog primjera, kako bi se utvrdilo da li je došlo do kršenja člana 14, bilo bi neophodno postaviti pitanje: (a) da li odbijanje pristupa obrazovanju nekom djetetu potpada pod opseg nekog konvencijskog prava; (b) da li je odbijanje pristupa obrazovanju romskom djetetu zasnovano na nekom zabranjenom osnovu; i (c) da li postoji opravdanje za takvo različito postupanje prema romskom djetetu.³

Odgovaranje na pitanja je ponekad teško. Sljedeći odjeljak, međutim, pokušava da pruži najjednostavnije i najjasnije objašnjenje o tome kako odgovoriti na ta tri pitanja.

a) Prvi korak: da li navodna diskriminacija potpada pod opseg nekog konvencijskog prava?

Član 14 je, po prvi put, razmatran u okviru Konvencije u predmetu Belgijska lingvistika. U predmetu Belgijska lingvistika⁴, belgijski roditelji su se žalili da je nacionalno zakonodavstvo, koje je predviđalo obrazovanje na francuskom jeziku u nekim, ali ne i u drugim belgijskim opštinama, kršilo član 14, u vezi sa članom 2 Protokola 1, koji predviđa da niko ne može biti lišen prava na obrazovanje. Prilikom procjene zahtjeva podnosilaca predstavke, Sud je našao kršenje člana 14, u vezi sa članom 2 Protokola 1, na osnovu toga što je belgijsko zakonodavstvo, predviđanjem relevantnih obrazovnih pravila, spriječilo neku djecu, isključivo na osnovu prebivališta njihovih roditelja, da pohađaju škole u kojima se izučavao francuski jezik. Dolazeći do svoje odluke, Sud je potvrdio, kako je gore već naznačeno, da član 14 ne postoji nezavisno, i da je to pravo koje bi trebalo gledati kao sastavni dio svakog od materijalnih konvencijskih prava.

Za predmet Belgijska lingvistika je, takođe, značajno to što on pokazuje da nije neophodno naći kršenje nekog drugog materijalnog konvencijskog prava u cilju nalaženja kršenja člana 14. Sve što je potrebno je da određeni zahtjev potpada pod opseg nekog konvencijskog prava. Vraćajući se, na primjer, romskom djetetu, koje je bilo lišeno pristupa određenoj školi – pretpostavimo da je to dijete ipak steklo savršeno dobro obrazovanje na drugom mjestu, te da nije bilo kršenja prava na obrazovanje kao takvog. Za svrhu člana 14 to vjerovatno nije važno: diskriminacija potpada pod opseg člana 2, Protokola 1, što znači da se član 14 može primijeniti.

Najjednostavnije rečeno, unutar opsega nekog konvencijskog prava znači da mora postojati veza između navodne diskriminacije i nekog konvencijskog prava. Postoji više okolnosti u kojima je jasno da neko pitanje ne potpada pod opseg nekog konvencijskog prava. U predmetu Glasenapp protiv Njemačke⁵, kada je zatraženo da se nađe diskriminacija u odnosu na pravo na pristup zaposlenju u državnoj službi, Sud je našao da država nije imala obavezu da sprečava diskriminaciju, zato što pravo na pristup zaposlenju u državnoj službi nije bilo povezano sa nekim konvencijskim pravom. Sud je, dakle, u predmetu Glasenapp jasno rekao da postoji niz okolnosti u kojima nije moguće reći da je uključen član 14 jer nema nikakvog odnosa sa članom 14. Dalji primjeri situacija, u kojima pitanje neće potpasti pod opseg nekog konvencijskog prava, uključuju: (a) kada neki poslodavac otpusti nekog pripadnika romske

3 vidi primjer Sampanis i ostali protiv Grčke, 5. jun 2008. g.

4 Predmet Belgijska lingvistika, 23. jul 1968. godine

5 Glasenapp protiv Njemačke, 28. avgust 1986. godine

populacije zato što je otkrio da je romskog porijekla; (b) kada se nekom transseksualcu odbija pristup zaposlenju zbog njegovog/njenog transseksualizma; i (c) kada se nekome odbijaju naknade na račun njegove/njene seksualne orijentacije.

Nažalost, ima situacija kada je teško procijeniti stepen povezanosti između nekog konvencijskog prava i navodne diskriminacije. Međutim, kada se radi o marginalnim predmetima, frazu „pod opseg“ bi trebalo široko tumačiti. Naravno, tamo gdje se primjenjuje Protokol 12, diskriminacija (bilo u zakonu ili od strane javne vlasti) će biti dovoljna; nema potrebe nalaziti vezu sa nekim drugim konvencijskim pravom (vidi tekst koji slijedi).

Takođe je neophodno istaći još dvije stvari u vezi sa opsegom člana 14. Te stvari treba imati na umu kada se razmatra da li navodna diskriminacija potpada pod opseg nekog konvencijskog prava.

Prvo, u predmetu EB protiv Francuske⁶ Sud je našao da bi se odbijanje prethodnog odobrenja za lezbijku da usvoji dijete moglo smatrati onim što potpada pod opseg nekog konvencijskog prava. Dok pravo na usvajanje nije posebno zaštićeno članom 8, a budući da je francusko domaće pravo omogućavalo da jedna osoba bude usvojilac, Sud je našao da, ukoliko je odluka da se odbaci zahtjev podnosioca predstavke zasnovana na njenoj seksualnoj orijentaciji, stvar potpada pod član 14. Dakle, iz predmeta EB slijedi da, kada država prihvata obaveze izvan onih garantovanih materijalnim pravima Konvencije, ali kada se dodatne obaveze primjenjuju različito kao između grupa ili pojedinaca, moguće je uključiti član 14.

Drugo, važno je imati na umu da su neka konvencijska prava izuzetno široka. Član 8 je jedan primjer te vrste. Kao što je Sud našao u predmetu Bah protiv Ujedinjenog Kraljevstva,⁷ dakle, nađeno je da odbijanje prioriteta za rješavanje stambenog pitanja potpada pod opseg člana 8. Slično se može uraditi i sa pitanjem mogućnosti da se član 14 priključi Protokolima Konvencije. Kao što je Sud našao u predmetu Inze protiv Austrije⁸, podnosilac predstavke je mogao tvrditi da austrijski zakon, koji daje prioritet na imovinu zakonitim nasljednicima, potpada pod opseg člana 1, Protokola 1, koji se tiče zaštite imovine.

Praktičari i sudije bi, stoga, trebali biti svjesni da postoje različiti putevi za angažovanje člana 14 uprkos tome što se inicijalno čini da je njegov opseg uzak. Najlakši način da se tvrdi da navodna diskriminacija potpada pod opseg nekog konvencijskog prava je da se pokaže jaka veza između nekog konvencijskog prava i navodnog postupanja. Kada to nije moguće, treba imati na umu da je opseg člana 14 proširen odlukom Suda u predmetu EB protiv Francuske.

b) Drugi korak: da li je bilo različitog postupanja po nekom zabranjenom osnovu

Ukoliko se može pokazati da postupanje, na koje se žali podnosilac predstavke, potpada pod opseg nekog konvencijskog prava, potrebno je razmatrati pitanje da li je, u stvari, bilo različitog postupanja po nekom zabranjenom osnovu. Kada se raspravlja o drugom koraku, značenje različitog postupanja i značenje zabranjenog osnova se razmatraju odvojeno.

⁶ EB protiv Francuske, 22. januara 2008. godine

⁷ Bah protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 27. septembar 2011. godine

⁸ Inze protiv Austrije, 28. oktobar 1987. godine

i. Značenje različitog postupanja

Najprostije rečeno, različito postupanje znači različito postupanje prema dvjema osobama. Na primjer, različito postupanje uključuje pristup obrazovanju ne-romskoj djeci, ali onemogućavanje pristupa istom obrazovanju romskom djetetu. Kao dalji primjer, u predmetu Belgijska lingvistika⁹, različito postupanje je značilo drugačije postupanje prema belgijskoj djeci na osnovu geografske pozicije njihovih roditelja.

Kao dio procjene toga da li je bilo drugačijeg postupanja, Sud je jasno rekao da podnosilac predstavke mora uporediti sebe sa nekim pojedincem ili grupom u suštinski sličnoj ili analognoj poziciji, kao što je pokazala odluka Velikog vijeća u predmetu Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁰. U tom predmetu, dvije sestre, koje su živjele zajedno cijeli svoj život, pokušale su tvrditi da je došlo do kršenja člana 14, u vezi sa članom 1, Protokola 1 (pravo na zaštitu imovine), kada se nakon smrti jedne od sestara, od druge zahtijevalo da plati porez na nasljedstvo. Sud je smatrao da situacija gdje oni, koji su bili u braku ili u građanskim zajednicama, nijesu morali plaćati porez na nasljedstvo, nije bila analogna situaciji između sestara i bračnih partnera. Dakle, nije moglo biti različitog postupanja. U predmetu Gas i Dubois protiv Francuske¹¹ Sud je, takođe, smatrao da nevjenčani istopolni partneri nijesu u analognoj poziciji sa vjenčanim partnerima suprotnog pola.

Dok je najprirodnije razmatrati različito postupanje samo uključivanjem okolnosti u kojima se prema nekoj osobi drugačije postupa u odnosu na neku drugu osobu u sličnoj poziciji, važno je primijetiti da je Evropski sud za ljudska prava dodijelio različitom postupanju šire značenje u svojoj odluci Velikog vijeća u predmetu Thlimmenos protiv Grčke¹². Thlimmenos je bio predmet u kojem je jedan Jehovin svjedok bio osuđen za krivično djelo odbijanja nošenja vojničke uniforme na vjerskim osnovama. Podnosilac predstavke je, kasnije, aplicirao za računovođu, i bio je odbijen na osnovu toga što je bio osuđivan za teško krivično djelo. Podnosilac predstavke se žalio Sudu da je Zavod za sertifikovane računovođe trebao napraviti razliku između njegove osude i drugih osuda, na bazi toga što je ona potekla od njegovog ostvarivanja svojih vjerskih ubjeđenja. Prilikom utvrđivanja da li je tu bilo različitog postupanja, Veliko vijeće je smatralo da:

Pravo na nediskriminaciju prilikom uživanja prava garantovanih po osnovu Konvencije krši se i onda kada države, bez ikakvog objektivnog i razumnog opravdanja, ne postupaju različito prema osobama čije situacije su znatno različite.

Dok je predmet Thlimmenos veoma zanimljivo i važno proširenje pojma različitog postupanja, načelo koje je artikulisalo Veliko vijeće u tom predmetu nije dovelo do kršenja u bilo kom drugom predmetu. Čini se, dakle, da je Thlimmenos doktrina teško primjenjiva u praksi. Situacije u kojima je moguće tvrditi da je došlo do različitog postupanja na osnovu toga što država ne postupa različito prema onima u različitim pozicijama, mogu, međutim, uključivati: (a) neizdavanje novih dokumenata osobi koja je hirurškim putem promijenila pol; (b) odbijanje pristupa kapacitetima za potpomognutu reprodukciju istopolnim parovima; i (c) odbijanje različitih zatvorskih kapaciteta osobama sa invaliditetom.

9 Predmet Belgijska lingvistika, 23. jul 1968. g.

10 Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 12. decembar 2008. g.

11 Gas i Dubois protiv Francuske, 15. Mart 2012. g.

12 Thlimmenos protiv Grčke, 6. april 2000. g.

Takođe je važno primijetiti, kao što je Sud pojasnio u predmetu Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske¹³, da različito postupanje na koje se stavlja pritužba mora praviti razliku između nekog pojedinca ili grupe na bazi nekog ličnog svojstva koje posjeduje neki pojedinac ili grupa. Primjeri bi mogli uključiti različito postupanje prema dvoje ljudi zato što je jedan pripadnik romske zajednice, a drugi nije, ili različito postupanje prema dvoje ljudi zato što je jedna osoba homoseksualac, a druga heteroseksualac. Ovo ne bi uključivalo različito postupanje prema dvoje ljudi zato što je jedna osoba zaposlena, a druga nezaposlena.

ii. Značenje „po nekom zabranjenom osnovu“

Prilikom odgovaranja na drugo pitanje, da li je bilo različitog postupanja po nekom zabranjenom osnovu, generalno je neophodno da podnosilac predstavke pokaže kako je došlo do različitog postupanja po jednom od zabranjenih osnova navedenih u članu 14.

Član 14 predviđa da su zabranjeni osnovi diskriminacije: (i) pol; (ii) rasa; (iii) boja kože; (iv) jezik; (v) vjeroispovijest; (vi) političko ili drugo mišljenje; (vii) nacionalno ili socijalno porijeklo; (viii) veza sa nekom nacionalnom manjinom; (ix) imovno stanje; ili (x) rođenje. U praksi to znači da se prema dvjema osobama moralo postupati različito po nekom od ovih osnova. Međutim, ako se različito postupanje ne dešava po nekom od osnova navedenih u članu 14, to ne znači, automatski, da ne može biti kršenja člana 14. To je zato što tekst člana 14 ukazuje na to da lista zabranjenih kategorija nije iscrpna. Član 14 navodi:

... obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su ili drugi status.

Nažalost, nije jasno do kojeg stepena se osnovi za diskriminaciju mogu proširiti izvan oblasti koje su izričito navedene u članu 14. Sud je smatrao da različito postupanje na bazi: seksualne orijentacije; bračnog statusa; vanbračnosti; sindikalnog statusa; vojnog statusa; savjesne primjedbe; profesionalnog statusa; te utamničenja, čini zabranjeni osnov. Sud je, takođe, našao da treba biti zabranjena diskriminacija po osnovu invaliditeta (Glor protiv Švajcarske¹⁴) i zdravlja (Kiyutin protiv Rusije¹⁵). Valja primijetiti da Sud još nije posvetio pažnju tvrdnji da li različito postupanje po osnovu promjene pola čini zabranjeni osnov prema članu 14.

Zbog toga što lista data u članu 14 nije iscrpna, ne bi trebalo biti posebno teško nekoj osobi da zadovolji to da je različito postupanje bilo zasnovano na nekom zabranjenom osnovu.

c) Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?

Suočeni sa primjerom odbijanja pristupa nekom romskom djetetu određenoj školi, u slučaju kada je nekom ne-romskom djetetu odobren pristup obrazovanju, prvo bismo trebali postaviti pitanje da li (a) odbijanje obrazovanja romskom djetetu potpada pod opseg nekog konvencijskog prava; i (b) da li je različito postupanje bilo zasnovano na nekom zabranjenom osnovu. Ako odgovori na ova pitanja daju pozitivan rezultat, tada je potrebno procijeniti da li postoji opravdanje za to različito postupanje. U kontekstu člana 14, pojam opravdanja obuhvata utvrđivanje da li: (a) identifikovano različito postupanje stremi nekom legitimnom cilju; i (b) da li su preduzete mjere proporcionalne tom legitimnom cilju kome se stremi.

¹³ Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske, 7. decembar 1976. g.

¹⁴ Glor protiv Švajcarske, 30. april 2009. g.

¹⁵ Kiyutin protiv Rusije, 10. mart 2011. g.

Iako se član 14 ne poziva izričito na opravdanje, Komisija iz predmeta Belgijska lingvistika je potvrdila primjenu načela opravdanja na član 14.

i. Legitimni cilj

Traženje da različito postupanje stremi legitimnom cilju predstavlja pokušaj Suda da osigura, da budu prihvatljivi samo ciljevi koji su kompatibilni sa idejama demokratskog društva. Na primjer, Sud je smatrao da je politika koja teži razvoju jezičkog jedinstva, između dva jezička regiona, legitimni cilj.

Kod utvrđivanja onoga što se može uključiti u legitimni cilj za potrebe člana 14, takođe je moguće pozivati se na koncepte koji se nalaze na drugim mjestima u Konvenciji. U tom smislu, relevantna je definicija legitimnih ciljeva koja se nalazi u članovima 8, 9, 10 i 11 Konvencije. Značenje legitimnih ciljeva bi, dakle, takođe trebalo tumačiti tako da se uključe mjere preduzete: (a) u interesu nacionalne sigurnosti; (b) u interesu teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti; (c) u cilju sprečavanja nereda ili kriminala; te (d) u cilju zaštite zdravlja ili morala.

U teoriji, lista ciljeva koji se mogu smatrati legitimnim nije iscrpna. Međutim, kod traženja vanjskih granica legitimnih ciljeva, razumno je zaključiti da se cilj koji je protivan temeljnim načelima Konvencije, ili osnovnim demokratskim načelima, neće smatrati legitimnim: kako je Komisija jasno istakla u predmetu Belgijska lingvistika, pojam legitimnog cilja je nerazdvojav od pojma da Konvencija teži samo da podrži vrijednosti koje dominiraju u najvećem broju demokratskih društava.

Konačno, u odnosu na pojam legitimnog cilja, Sud je jasno istakao u predmetu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke¹⁶, kada podnosilac predstavke pokaže da postoji različito postupanje na bazi nekog konvencijskog prava, država mora pokazati da postoji stvarna veza između legitimnog cilja, kome se stremi, i preduzetih mjera. U situaciji kada država tvrdi da postupa različito prema dvjema osobama zato što je jedna zaposlena, a druga nezaposlena, ukoliko se može pokazati da je stvarni razlog za različito postupanje nešto drugo, na primjer da je jedna od njih homoseksualna, a druga heteroseksualna, Sud će naći da razlika u postupanju nije opravdana.

ii. Proporcionalnost

Pojam proporcionalnosti zahtijeva da država preduzme najmanje moguće restriktivne mjere prilikom osiguranja legitimnog cilja. Kod utvrđivanja da li su mjere koje je država preduzela proporcionalne, Sud će razmatrati da li one postavljaju pravičnu ravnotežu između zaštite interesa društva i poštovanja prava pojedinaca. Takva analiza obično navodi specifične činjenice, i na kraju će ishod svake procjene proporcionalnosti zavisiti od okolnosti datog predmeta.

Unutar koncepta proporcionalnosti je sadržan i pojam da država uživa stepen slobodne procjene, u stvari, varijabilni stepen širine prilikom donošenja odluka. U predmetu Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁷ Sud je potvrdio da država uživa određeni stepen slobodne procjene kada procjenjuje da li je, i do koje mjere, opravdano različito postupanje.

16 Karlheinz Schmidt v Germany, 18 July 1994.

17 Burden v United Kingdom, 12 December 2008

Međutim, opseg tog stepena koji država uživa će zavisi od okolnosti, stvari koja je u pitanju i pozadine samog predmeta.¹⁸ Generalno govoreći, država će posebno uživati veći stepen slobodne procjene u okolnostima kada se mjere, koje proizvode različito postupanje, odnose na ekonomsku ili društvenu strategiju.¹⁹ To je zato što Sud smatra da su nacionalni organi najbolje pozicionirani da utvrde što jeste, a što nije u javnom interesu, na temelju ekonomskih i društvenih osnova. Premda je takva širina velika, Sud neće oklijevati da nađe da su radnje, koje je država preduzela, bile neproporcionalne u okolnostima kada je jasno da politika, očigledno, nema razumnih osnova za to.

Sud će ograničiti stepen slobodne procjene u predmetima koji se suštinski bave pitanjima koja se tiču različitog postupanja, čiji isključivi ili odlučujući osnov je rasa, nacionalna pripadnost, polna i seksualna orijentacija. U tom smislu, Sud će zahtijevati od države da pruži veoma jake razloge prije nego što bi se takvo različito postupanje moglo smatrati opravdanim.²⁰ Konkretna pitanja, koja proističu iz takvih predmeta, će biti detaljno raspravljena u odjeljku III.

Konačno, važno je primijetiti da postojanje konsenzusa među državama članicama Savjeta Evrope će igrati važnu ulogu u utvrđivanju da su mjere, koje je država preduzela, proporcionalne. S tim u vezi, predmet Petrovic protiv Austrije²¹ je posebno vrijedan pomena, i o njemu će se detaljno govoriti u odjeljku III koji slijedi.

7.3 Određene oblasti diskriminacije koje se posebno odnose na Crnu Goru

Odjeljak III ovog poglavlja navodi neke od oblasti diskriminacije koje mogu biti posebno interesantne za Crnu Goru: (a) rasa, etničko porijeklo i nacionalna pripadnost; (b) pol; (c) seksualna orijentacija; (d) transrodnost; i (e) invaliditet.

a. Rasa, etničko porijeklo i nacionalna pripadnost

Kada se različito postupanje zasniva na rasi ili etničkom porijeklu, Sud će pitanju opravdanosti pristupiti što je strože moguće.

Kao što je Sud jasno stavio do znanja u predmetu Timishev protiv Rusije²², diskriminacija na račun, između ostalog, etničkog porijekla osobe je oblik rasne diskriminacije. Rasna diskriminacija je posebno uvredljiva vrsta diskriminacije i, s obzirom na opasne posljedice, zahtijeva posebnu budnost vlasti i energično reagovanje. Iz tog razloga, vlasti moraju upotrijebiti sva raspoloživa sredstva u borbi protiv rasizma, i na taj način osnažiti demokratski pogled na društvo u kome se različitost ne percipira kao prijetnja, već kao izvor bogatstva. Sud je, takođe, smatrao da se nikakva razlika, koja je bazirana isključivo ili u odlučujućoj mjeri na etničko porijeklo neke osobe, ne može objektivno opravdati u savremenom demokratskom društvu, izgrađenom na načelima pluralizma i poštovanju različitih kultura.

18 Carson i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 4. novembar 2008. godine

19 James i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 21. februar 1986. godine; Stec i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 12. april 2006. godine

20 Timishev protiv Rusije, 13. decembar 2005. godine; Abdulaziz, Cabales i Balkandi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 28. maj 1985. godine; i Van Raalte protiv Holandije, 21. februar 1997. godine

21 Petrovic protiv Austrije, 27. mart 1998. godine

22 Timishev protiv Rusije, 13. decembar 2005. godine

Predmet Timishev protiv Rusije je bio predmet u kojem ruske vlasti nijesu odobrile ulazak podnosioca predstavke na teritoriju Kabardino-Balkarai zbog njegovog čečenskog etničkog porijekla. U tom predmetu, Sud je našao kršenje člana 14, u vezi sa članom 2, Protokola 4, koji se tiče slobode kretanja, zbog činjenice da je sloboda kretanja podnosioca predstavke bila ograničena isključivo na osnovu njegovog etničkog porijekla. Na činjenice ovog predmeta, Rusija nije ponudila opravdanje za različito postupanje između osoba čečenskog i ne-čečenskog etničkog porijekla; kao što je gore već pojašnjeno, Sud je ipak komentarisao da, kada je različito postupanje zasnovano na nacionalnoj pripadnosti, rasi ili etničkom porijeklu, državi će biti izuzetno teško, ako ne i nemoguće, opravdati različito postupanje.

Što se tiče Roma, postoji jedan broj presuda u kojima je Sud smatrao da će različito postupanje prema osobama, na račun njihovog romskog porijekla, predstavljati kršenje člana 14, ukoliko država ne pruži posebno jake razloge za različito postupanje.

Sampanis i ostali protiv Grčke²³ je bio predmet u kojem su podnosioci predstavke bili grčki državljani romskog porijekla. Grčke vlasti nijesu uspjele da obezbijede školovanje za djecu podnosilaca predstavke tokom jedne školske godine zbog poteškoća sa kojima su bili suočeni podnosioci predstavke kod upisa djece u lokalne škole. Kada su podnosioci predstavke, konačno, uspjeli da smjeste svoju djecu u lokalne škole, njihova djeca su bila smještena u posebne razrede. Podnosioci predstavke su se žalili na to da je uzrok problema, sa kojima su se suočavali, bio taj što su njihova djeca romskog porijekla, i da je, stoga, došlo do kršenja člana 14, u vezi sa članom 2, Protokola 1 (pravo na obrazovanje). Sud je našao da je integracija romske djece bila politika od značaja, i da su uslovi upisa u školu i smještanje djece u posebne razrede, na kraju, doveli do njihove diskriminacije, te do kršenja Konvencije.

Secic protiv Hrvatske²⁴ je bio predmet u kojem su podnosioci predstavke, koji su bili romskog porijekla, bili napadnuti i rasno zlostavljani od strane dvojice muškaraca, dok su na ulici sakupljali staro željezo. Policija je razgovarala sa podnosiocima predstavke i jednim očevicom, ali nije uspjela identifikovati napadače. Nekoliko dana kasnije, na jednoj radio emisiji, intervjuisana je grupa koja je tvrdila da napada osobe romskog porijekla u kraju gdje je bio napadnut podnosilac predstavke. Policija, međutim, nije na pravi način istražila da li su osobe iz radio emisije bile odgovorne za napade na podnosiocima predstavke. Podnosioci predstavke su se žalili da je došlo do kršenja člana 3 (zabrana mučenja i lošeg postupanja), u vezi sa članom 14. Sud je našao da je, zbog sumnje da su napadači podnosilaca predstavke pripadali rasno motivisanoj grupi, bilo neprihvatljivo da policija nije preduzela ozbiljne korake da identifikuje i goni počinitelje. Dakle, došlo je do kršenja člana 3, u vezi sa članom 14.

Sud je u predmetu Nachova protiv Bugarske²⁵ potvrdio važnost djelotvorne istrage u slučaju kada bi smrt pripadnika romske zajednice mogla biti rasno motivisana. Nachova je bio predmet u kojem je na članove porodice podnosioca predstavke pucano jer su izbjegavali služenje vojnog roka. Vojni komandant, koji je ubio članove porodice podnosioca predstavke, je tvrdio da je to uradio kako bi ostvario hapšenje. Dokazi, međutim, sugerišu da je ubistvo bilo rasno motivisano. Uprkos tome, bugarski organi nijesu sproveli adekvatnu istragu o potencijalnim rasnim motivacijama za njihovo ubistvo. Podnosioci predstavke su se žalili da je došlo do kršenja člana (pravo na život), u vezi sa članom 14. Sud se složio sa njima, našavši

23 Sampanis i ostali protiv Grčke, 5. jun 2008. g.

24 Secic protiv Hrvatske, 31. maj 2007. g.

25 Nachova protiv Bugarske, 6. jul 2005. g.

da su bugarske vlasti, budući da je postojala mogućnost da su ubistva bila rasno motivisana, prekršile član 2, u vezi sa članom 14, time što su propustile da sprovedu adekvatnu istragu o mogućim rasnim motivima iza njihovog ubistva.

Postoje još dvije presude o Romima koje se razmatraju pod donjim naslovom 'posredna diskriminacija'. Ti predmeti su DH protiv Češke Republike²⁶ i Orsus i ostali protiv Hrvatske²⁷. Oba predmeta se tiču pitanja da li je postojala vladina politika za smještanje romske djece u posebne razrede i pružanje niže kvalitetnog obrazovanja.

Dok su u fokusu ovog odjeljka predmeti koji se tiču člana 14, takođe je važno primijetiti da će, u kontekstu različitog postupanja po osnovu rase, nacionalne pripadnosti ili etničkog porijekla, neki oblici različitog postupanja dovesti do kršenja člana 3, koji zabranjuje mučenje, nečovječno i ponižavajuće postupanje. U predmetu Istočno-afrički Azijci protiv Ujedinjenog Kraljevstva²⁸, Komisija je našla da je, nametanjem ograničenja na prava za prijem podnosilaca predstave, koji su bili azijskog porijekla sa boravištem u bivšim britanskim kolonijama, Ujedinjeno Kraljevstvo prekršilo član 3, postupajući prema njima kao prema građanima drugog reda.

Sud je, dalje, razradio odnos između člana 3 i rasne diskriminacije u predmetu Kipar protiv Turske²⁹. Predmet Kipar protiv Turske je bio međudržavni spor u kojem se Kipar žalio da je težina ograničenja, nametnutih zajednici karpaskih Grka na Sjeveru Kipra, bila bazirana na njihovom etničkom porijeklu, rasi i vjeroispovijesti i, stoga, povreda zaštite koju pruža član 3. Sud se složio sa tim, nalazeći da je diskriminacija protiv kiparskih karpaskih Grka bila u potpunosti zasnovana na njihovim karakteristikama, naime, etničkom porijeklu, rasi i vjeri, što ih je razlikovalo od stanovništva koje je pripadalo kiparskim Turcima. Uslovi u kojima su se nalazili, dakle, bili su ponižavajući i kršili su član 3.

Dok se u nekim predmetima, po analogiji, čini lako primijeniti Istočno-afričke Azijce ili Kipar protiv Turske, veoma je teško precizno predvidjeti gdje je linija između nalaza da rasna diskriminacija dostiže nivo oštine, kada je neophodno angažovati član 3, i okolnosti u kojima potrebni prag neće biti dostignut. U tom smislu, kako bi se angažovao član 3, savjetuje se da rasna diskriminacija mora dostići prag koji uklanja osnovne nivoe dostojanstva, koje bi pojedinac trebao uživati, isključivo, na osnovu njihove rase.

b. Pol

Pristup Suda različitom postupanju na osnovu pola odražava pristup Suda različitom postupanju baziranom isključivo, ili u odlučujućoj mjeri, na rasi, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom porijeklu. Kada se jednom utvrdi da postoji različito postupanje po osnovu pola, postaje izuzetno teško dokazati da su takve mjere bile objektivno opravdane.

Abdulaziz, Cabales i Balkandi protiv Ujedinjenog Kraljevstva³⁰ je bio predmet u kojem se jedan broj osoba žalio da su imigraciona pravila Ujedinjenog Kraljevstva bila diskriminatorna po osnovu pola. Podnosioci predstave su se posebno žalili na to da je muškarcima bilo lakše da

26 DH protiv Češke Republike, 13. novembar 2006. godine

27 Orsus i ostali protiv Hrvatske, 16. mart 2010. godine

28 Istočno-afrički Azijci protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 14. decembar 1973. godine

29 Kipar protiv Turske, 10. maj 2001. godine

30 Abdulaziz, Cabales i Balkandi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 28. maj 1985. godine

se stalno i zakonito nasele u Ujedinjenom Kraljevstvu, i dovedu svoje supruge u Ujedinjeno Kraljevstvo, nego što je ženama bilo da dovedu svoje supruge u Ujedinjeno Kraljevstvo. Sud je našao da je to bilo kršenje člana 14, u vezi sa članom 8, na osnovu toga što je postojalo neopravdano različito postupanje između polova. Smatrajući to na taj način, Sud je potvrdio da bi bili potrebni izuzetno jaki razlozi prije nego što bi različito postupanje, učinjeno isključivo ili u odlučujućoj mjeri na osnovu pola, moglo biti opravdano.

Sud je, isto tako, potvrdio načela naznačena u predmetu Adbulaziz u predmetu Van Raalte protiv Holandije³¹. Van Raalte je bio predmet u kojemu je Sud našao da je poreska politika, koja se primjenjuje na neoženjene muškarce iznad 45 godina starosti, ali ne i na neudate žene iznad 45 godina starosti, predstavljala kršenje člana 14 i člana 1, Protokola 1, na račun neopravdano različitog postupanja među polovima. Sud je potvrdio da bi bili potrebni veoma jaki razlozi prije nego što bi se zadovoljilo da se različito postupanje, isključivo ili u odlučnoj mjeri na osnovu pola, može opravdati.

Postoje, međutim, izuzeci od načela naznačenih u Adbulaziz i Van Raalte. U predmetu Petrovic protiv Austrije³², razmatrajući da li je bilo diskriminatorno dodijeliti dodatak za roditeljsko odsustvo majkama, ali ne i očevima, Sud je našao da nije bilo kršenja člana 14, u vezi sa članom 8. U pogledu činjenica predmeta Petrovic, Sud je naglasio da, iako je različito postupanje između majki i očeva bilo bazirano na polu, zbog odsustva zajedničkih standarda u zemljama potpisnicama u pogledu roditeljskog odsustva, stepen slobodne procjene koji država uživa bio je širok. Dok je Sud primijetio, da se čini, da postoji postepena promjena kod država potpisnica da se očevima dodijeli pravo na roditeljsko odsustvo, nije bilo kršenja člana 14, u vezi sa članom 8, zato što je zajednička pozicija među državama potpisnicama ostala u početnoj fazi, i nije bila dovoljno razvijena.

Sud je potvrdio stav, naznačen u predmetu Petrovic u predmetu Stec protiv Ujedinjenog Kraljevstva³³, u kojem se od Suda tražilo da razmotri da li se dodjelom penzionog kredita muškarcima i ženama, u različitim godinama starosti, prekršio član 14, u vezi sa članom 1, Protokola 1. Odgovarajući na to pitanje, Sud je smatrao da razlika u starosnoj granici za penzionisanje žena nije kršila član 14, u vezi sa članom 1, Protokola 1, a na osnovu toga što je to bilo prihvaćeno kao sastavni dio sheme, čija svrha je bila da se ispravi finansijska nejednakost između polova. Dolazeći do takve odluke, Sud je našao da, iako je bilo dokaza koji su ukazivali na to da je bilo napretka u odnosu na radni vijek žena, odsustvo zajedničkih standarda u državama potpisnicama značilo je da je ta stvar potpala pod domen slobodne procjene država.

Dok se čini da Sud zauzima strogi pristup predmetima u kojima je različito postupanje zasnovano, isključivo ili u odlučujućoj mjeri, na polu, na osnovu predmeta Petrovic i Stec, čini se da, kada postoji odsustvo zajedničke pozicije u državama potpisnicama Konvencije, i kada su nedovoljno razvijeni potezi ka stvaranju zajedničke pozicije, Sud će nerado nalaziti kršenje člana 14, u vezi sa članom 8 (pravo na privatnost i na porodični život). Nedavna presuda u predmetu Konstantin Markin protiv Rusije³⁴, međutim, čini se da sugeriše da Sud danas ne bi došao do istog rezultata u predmetu Petrovic, a moguće čak i u predmetu Stec.

Konstantin Markin protiv Rusije je bio predmet u kojem se podnosilac predstavke prijavio

31 Van Raalte protiv Holandije, 21. februar 1997. godine

32 Petrovic protiv Austrije, 27. mart 1998. godine

33 Stec protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 6. jul 2005. godine

34 Konstantin Markin protiv Rusije, 22. mart 2012. godine

za službu u vojsci. Bio je razveden i sam se starao o svoje troje djece. Podnio je zahtjev za roditeljsko odsustvo od tri godine nakon rođenja svog trećeg djeteta. Njegov zahtjev je, međutim, bio odbijen na bazi toga što se roditeljsko odsustvo davalo samo ženskom osoblju. Podnosilac predstavke se, stoga, žalio da je odbijanje dozvole za roditeljsko odsustvo značilo kršenje člana 8 (pravo na privatnost i porodični život), u vezi sa članom 14.

Razmatrajući tužbu gospodina Markina, Sud je ponovio da je unapređenje rodne ravnopravnosti bio važan cilj Konvencije, i da bi bilo potrebno navesti jake razloge kada se različito postupanje zasniva na polu, kako bi se isto opravdalo. Razmatrajući opravdanje, Sud je potvrdio veliki stepen slobodne procjene koji se daje državi u stvarima nacionalne sigurnosti, i prihvatio da bi prava vojnog osoblja mogla biti ograničena u većem stepenu od onih koja imaju obični građani. Međutim, kako bi podnosilac predstavke u ovom predmetu mogao lako biti zamijenjen, i kako nije posjedovao posebne vještine potrebne za pravilno funkcionisanje vojske i za zaštitu nacionalne sigurnosti, Sud je našao da je diskriminacija bila neopravdana, a samim tim i član 8, u vezi sa članom 14.

Budući da je predmet Petrovic napao odsustvo konsenzusa kod država članica Savjeta Evrope u vezi sa roditeljskim odsustvom, činjenica da je Sud naveo da sada postoji takav konsenzus sugerije da bi predmet Petrovic bio odlučen drugačije, ako bi danas došao pred Sud.

c. Seksualna orijentacija

Različito postupanje na osnovu seksualne orijentacije je sljedeća oblast kod koje će Sud zahtijevati od države da navede posebno jake razloge kako bi opravdala različito postupanje.

U predmetu Salguerio Da Silva Mouta protiv Portugala³⁵, Sud je smatrao da je Portugal prekršio prava podnosioca predstavke po osnovu članova 8 i 14 Konvencije lišavajući ga starateljstva nad njegovom kćerkom, isključivo na bazi njegove seksualne orijentacije. U ovom predmetu je Sud jasno stavio do znanja da bi bilo potrebno da država navede posebno jake razloge prije nego što bi on našao da je različito postupanje opravdano.

U predmetu Schalk i Kopf protiv Austrije³⁶ međutim, kada je od Suda zatraženo da se razmotri da li je istopolni par, koji je živio u Beču, imao pravo da zaključi bračni ugovor, Sud nije našao nikakvo kršenje člana 14, u vezi sa članom 8. Dok je komentar Suda bio da kada se različito postupanje bazira, isključivo ili u odlučujućoj mjeri, na seksualnoj orijentaciji, posebno ozbiljni razlozi bi bili potrebni za opravdanje, Sud je našao da je, budući da nije bilo konsenzusa između država potpisnica u vezi sa istopolnom bračnom zajednicom, stvar potpala pod slobodnu procjenu austrijske vlade.

Sud je usvojio slično rezonovanje u predmetu Fretté protiv Francuske³⁷, još jednom predmetu koji se tiče različitog postupanja po osnovu seksualne orijentacije. U predmetu Fretté, homoseksualni podnosilac predstavke podnio je molbu za prethodno ovlašćenje da usvoji dijete. Francuske vlasti su odbile njegovu molbu, nalazeći da on nije sposoban da pruži stabilni obrazac materinstva za usvojeno dijete. Podnosilac predstavke se žalio Sudu da je Francuska prekršila njegova prava iz člana 14, u vezi sa članom 8. Međutim, razmatrajući zahtjev podnosioca predstavke, Sud je našao da nije bilo kršenja zbog velikog stepena

35 Salguerio Da Silva Mouta protiv Portugala, 21. decembar 1999. godine

36 Schalk i Kopf protiv Austrije, 24. jun 2010. godine

37 Frette protiv Francuske, 26. februar 2002. godine

slobodne procjene date državi u toj oblasti, zbog nedostatka konsenzusa između država članica Savjeta Evrope i unutar naučne zajednice, te potrebe da se zaštite interesi djece.

Slično činjenicama u predmetu *Fretté protiv Francuske*, EB protiv Francuske³⁸ je bio predmet u kojem je lezbejka podnijela zahtjev za ovlaštenje za usvajanje djeteta. Međutim, za razliku od predmeta *Fretté*, podnosilac predstavke je imala stabilan odnos. Francuske vlasti su, ipak, odbile molbu podnosioca predstavke za prethodno ovlaštenje za usvajanje. Podnosilac predstavke se žalio Sudu da je to prekršilo član 14, u vezi sa članom 8, na osnovu činjenice da je ta odluka bila zasnovana, isključivo, na homoseksualnosti podnosioca predstavke. Razmatrajući ovaj predmet, Sud je primijetio da je homoseksualnost podnosioca predstavke bila odlučujući faktor za odbijanje njenog zahtjeva, i da je došlo do kršenja člana 14, u vezi sa članom 8. Sa takvim nalazom čini se da je Sud napravio otklon od svoje ranije pozicije usvojene u predmetu *Fretté protiv Francuske*.

Ova opservacija je, donekle, ublažena nedavnom odlukom u predmetu *Gas i Dubois protiv Francuske*³⁹ u kojem je Sud našao da lišavanje jednog od podnosilaca predstavke (koja je stupila u registrovano partnerstvo sa svojom partnerkom, drugim podnosiocem predstavke) prava da usvoji biološko dijete svoje partnerke nije predstavljalo kršenje člana 14, u vezi sa članom 8. Poteškoća u tom predmetu je bila u tome što bi, prema francuskom zakonu, ako bi francuski sudovi dopustili usvajanje, biološka majka izgubila sva roditeljska prava prema djetetu. Da su u braku to se ne bi dogodilo. Ali francuski zakon nije dopuštao dvjema ženama (ili dvojici muškaraca) da stupe u brak. Sud se nije složio sa podneskom podnosilaca predstavke da su bili u situaciji koja je analogna braku, i shodno tome, oni nisu mogli očekivati beneficije od socijalnih, ličnih i pravnih posljedica koje nudi ta institucija. Štaviše, Sud je našao da zato, što bi heteroseksualni parovi koji su stupili u registrovano partnerstvo bili u istoj poziciji kao podnosioci predstavke, nije bilo različitog postupanja po osnovu seksualne orijentacije.

Da rekapituliramo: dok se čini da Sud zauzima strogi pristup u predmetu *Salguerio Da Silva Mouta*, navodeći da će različito postupanje, isključivo ili u odlučujućoj mjeri na bazi seksualne orijentacije, zahtijevati posebno jake razloge prije nego što se utvrdi da je isto opravdano. Kao što predmeti *Schalk i Kopf* i *Fretté* jasno stavljaju do znanja, neki aspekti postupanja prema seksualnim manjinama još uvijek spadaju u domen slobodne procjene države. Međutim, kao što se jasno vidi iz promjene u pristupu Suda između predmeta *Fretté* i EB, važno je priznati da će, kako se razvija konsenzus država potpisnica Konvencije u određenoj oblasti, doći do odgovarajućeg smanjenja u širini slobodne procjene koja se daje nekoj državi.

d. Transrodne osobe

Predmeti koji uključuju prava transrodnih osoba se sve više pojavljuju pred Evropskim sudom za ljudska prava, te je, stoga, važno biti svjestan pitanja koja se mogu pojaviti u predmetima u kojima se navodi da je bilo diskriminacije na osnovu toga što je neka osoba transrodna.

U predmetu *PV protiv Španije*⁴⁰, osoba u tijelu muškarca koja misli da je žena se žalila da su ograničenja, koja su nametnuta na njenim aranžmanima za kontakt sa njenim djetetom,

38 EB protiv Francuske, 22. januar 2008. godine

39 *Gas i Dubois* protiv Francuske, 15. mart 2012. godine

40 *PV* protiv Španije, 30. novembar 2010. godine

prekršila član 14, u vezi sa članom 8. Sud nije našao nikakvo kršenje člana 14, u vezi sa članom 8, rezonujući da restriktivni aranžmani za kontakt sa djetetom nijesu bili rezultat različitog postupanja po osnovu transrodnosti ili pola podnosioca predstavke. Umjesto toga, zbog privremene emocionalne nestabilnosti, odlučujući osnov za nametnuto ograničenje bila je dobrobit djeteta. Sud je smatrao da je nacionalni sud ispravno obezbijedio postepeni aranžman koji bi dopustio djetetu da se navikne na promjenu roda kod svog oca.

PV jasno, dakle, stavlja do znanja da će prilikom procjene predmeta koji potencijalno uključuju diskriminaciju zasnovanu na transrodnosti, Sud razmatrati realni razlog zbog čega postoji percepcija o različitom postupanju. Međutim, sudska praksa Suda, vezana za ostale osnove diskriminacije, sugeriše da u slučaju da se prema nekoj transrodnoj osobi postupa različito isključivo na osnovu činjenice da je transrodna, bili bi potrebni jaki razlozi kako bi se opravdalo bilo kakvo različito postupanje.

e. Invaliditet

Evropska konvencija o ljudskim pravima je široko protumačila koncept invaliditeta, kako bi uključila one prema kojima se postupa različito bilo zbog njihovog zdravlja, ili one koji su sprečeni da preduzimaju određene aktivnosti zbog zdravstvenog stanja. Kad god se neka osoba smatra osobom sa invaliditetom, čini se da Sud zahtijeva posebno jake razloge da bi se opravdalo različito postupanje.

U predmetu Kiyutin protiv Rusije⁴¹, podnosilac predstavke je živio u Rusiji i imao svoju porodicu. On je podnio zahtjev za prebivališnu dozvolu, ali njegova molba je bila odbijena na bazi toga da je rezultat njegovog testiranja na HIV bio pozitivan. Podnosilac predstavke se žalio Sudu da je tu došlo do kršenja člana 14, u vezi sa članom 8, na račun toga da je to uzrokovalo prekid njegovog porodičnog života.

Sud je našao, budući da je podnosilac predstavke bio nastanjen u Rusiji, da on je, dakle, imao porodični život te je, shodno tome, njegov zahtjev potpao unutar opsega člana 8. Kako su osobe sa HIV-om ranjiva grupa, koja je ranije bila diskriminisana zbog zablude o širenju HIV-a, Sud je našao da su bili potrebni posebno jaki razlozi prije nego što bi se različito postupanje, bazirano isključivo na infekciji HIV-om, moglo opravdati. Sud je naveo da, za razliku od nekih drugih oboljenja, kao što je ptičji grip na primjer, HIV nije bilo oboljenje koje bi moglo opravdati restriktivne mjere u pogledu davanja pristupa određenoj zemlji. Shodno tome, tu se radilo o kršenju člana 8, u vezi sa članom 14.

Predmet Glor protiv Švajcarske⁴² je bio drugi predmet koji se tiče onoga što bi se moglo opisati kao invaliditet. U predmetu Glor podnosilac predstavke je bolovao od dijabetesa. Kao rezultat toga, proglašen je nesposobnim za vojnu službu. Međutim, nakon nekog vremena, podnosilac predstavke je dobio nalog da plati porez na oslobođanje od vojne službe, koji je nametnut onima čiji invaliditet je bio manji od 40%. Podnosilac predstavke se žalio da je došlo do kršenja člana 14, u vezi sa članom 8, na bazi činjenice da je bio proglašen nesposobnim da služi u oružanim snagama iz zdravstvenih razloga. Sud je našao da je bilo kršenja zato što nije bilo razumnog opravdanja za razliku koju su pravile švajcarske vlasti između osoba koje su nesposobne za vojnu službu, a nijesu obavezne da plaćaju porez, i osoba koje su nesposobne za vojnu službu, ali su obavezne da plaćaju porez.

⁴¹ Kiyutin protiv Rusije, 10. mart 2011. godine

⁴² Glor protiv Švajcarske, 30. april 2009. godine

7.4 Ostala relevantna pitanja za praktičare u predmetima diskriminacije vezanim za član 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima

a. Teret dokazivanja u tužbenim zahtjevima vezanim za član 14

U predmetima vezanim za član 14 je važno biti svjestan činjenice na kome leži teret dokazivanja. U najgeneralnijem smislu, podnosilac predstavke je prvi koji treba da pokaže da su zadovoljeni koraci jedan i dva trostepenog pristupa, da navodna diskriminacija pada unutar opsega nekog konvencijskog prava i da, u stvari, postoji različito postupanje po nekom od zabranjenih osnova.

Kada podnosilac predstavke ustanovi da je došlo do različitog postupanja na bazi nekog konvencijskog prava, na državi je da pokaže da je različito postupanje bilo osnovano. Kao što je pojašnjeno u predmetu *Timishev protiv Rusije*,⁴³ ukoliko država ne pruži nikakvo opravdanje za različito postupanje, ili ukoliko ne pruži opravdanje za koje Sud smatra da stremi nekom legitimnom cilju, ili pak koje se smatra proporcionalno legitimnom cilju kojem se stremi, Sud će naći kršenje člana 14, u vezi sa nekim drugim materijalnim konvencijskim pravom.

b. Posredna diskriminacija

Posredna diskriminacija rezultira od nekog pravila ili prakse koja sama po sebi ne uključuje nedozvoljenu diskriminaciju, ali koja neproporcionalno i negativno utiče na članove neke određene grupe. Kada Sud ustanovi da je došlo do posredne diskriminacije na osnovu činjenica određenog predmeta, smatraće se da različito postupanje krši član 14, ukoliko se ne može pokazati da je ono opravdano iz razloga nacionalne bezbjednosti ili drugih prepoznatih razloga od javnog interesa.⁴⁴

Sud je prvo priznao da bi moglo biti posredne diskriminacije u predmetu *DH protiv Češke Republike*.⁴⁵ *DH* je bio predmet u kojem su se podnosioci predstavke žalili da su bili posredno diskriminirani od strane države u vezi sa njihovim obrazovanjem, na bazi toga da su bili romskog porijekla. Opšte pravilo je bilo da su romska djeca, obično, smješтана u posebne škole za manje sposobnu djecu. Podnosioci predstavke su se žalili da je obrazovni sistem tako funkcionisao da je 27 puta bilo vjerovatnije da će romska djeca biti smješтана u posebne škole nego ne-romska djeca, a posljedica toga je bila da su romska djeca imala lošiji nivo obrazovanja. Bilježeći neproporcionalan broj romske djece u posebnim školama, Sud je našao da je to predstavljalo posrednu diskriminaciju. Kao rezultat toga, teret dokazivanja je prebačen na češku vladu. Kako češka vlada nije uspjela ponuditi objektivno i razumno opravdanje za takvo postupanje, Sud je našao kršenje člana 14, u vezi sa članom 2, Protokola 1 (pravo na obrazovanje).

Ova presuda je posebno značajna zato što priznavanje mogućnosti podnesaka baziranih na posrednoj diskriminaciji znači da se određena politika, koju sprovodi država, može smatrati diskriminatornom, iako ne postoji nikakva namjera da se diskriminira određena osoba ili grupa osoba.

⁴³ *Timishev protiv Rusije*, 13. decembar 2005. godine

⁴⁴ Harris, O'Boyle i Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* at 607 (Pravo Evropske konvencije o ljudskim pravima na 607).

⁴⁵ *DH protiv Češke Republike*, 13. novembar 2006. godine

Dok DH, takođe, ima potencijal da ispravi institucionalizovanu diskriminaciju, treba primijetiti da je veoma teško uspješno dokazivati da je bilo posredne diskriminacije. Posebno je važno reći da mora postojati izuzetno jak statistički dokaz koji bi podržao takvu tvrdnju. U praksi, kako praktičari, tako i sudije, vjerovatno neće naići na predmet u kojem će neko dokazivanje posredne diskriminacije biti uspješno.

Jedan drugi predmet visokog profila, koji se tiče posredne diskriminacije, bio je Orsus i ostali protiv Hrvatske⁴⁶. U predmetu Orsus, podnosioci predstavke, koji su bili romskog porijekla, su se žalili da su bili diskriminirani protivno članu 2 Protokola 1, u vezi sa članom 14, na osnovu činjenice da su njihova djeca bila segregirana i smještena u razrede sa samo romskom djecom. Vladin odgovor na tužbe bio je da, dok je jedna od škola podnosilaca predstavke imala većinu romskih učenika koji pohađaju razrede sa samo romskom djecom, u druge dvije škole podnosilaca predstavke proporcija učenika koji pohađaju razrede sa samo romskom djecom je bila ispod 50%. Vlada je, dakle, tvrdila da nije bilo opšte politike da se romski učenici automatski smještaju u posebne razrede.

Veliko vijeće je smatralo, sa devet glasova naprema osam, da, iako nije bilo nikakve posebne politike da se romska djeca smještaju u posebne razrede, u stvarnosti samo romska djeca su pohađala takve razrede. Postojala je jasna razlika u postupanju, i država je, stoga, morala pokazati da je to bilo objektivno opravdano, odgovarajuće i neophodno. Vlada je tvrdila da su djeca bila smještena u posebne razrede zato što nijesu dovoljno dobro vladala hrvatskim jezikom. Međutim, Sud je primijetio da test, koji se koristio za donošenje odluke o tome da li djecu treba smještati u posebne razrede, nije ispitivao jezičke sposobnosti, već je testirao njihovo opšte psihofizičko stanje. Pored toga, djeci nije dat program koji bi se usmjerio na njihove navodne jezičke nedostatke. Konačno, statistika je pokazala stopu napuštanja od 84% za romsku djecu prije završetka osnovne škole. Sud je, dakle, našao da u dato vrijeme nijesu bile uspostavljene adekvatne garancije koje bi osigurale dovoljnu brigu za potrebe podnosilaca predstavke, kao članova grupe koja je u posebno nepovoljnom položaju, i našao kršenje člana 14, u vezi sa članom 2, Protokola 1.

c. Odnos između nalaženja kršenja nekog drugog konvencijskog prava i kršenja člana 14

Kao što je Komisija jasno stavila do znanja u predmetu Belgijska lingvistika, kada je Sud našao da postoji kršenje nekog materijalnog konvencijskog prava, da će rijetko biti slučaj da će Sud takođe razmatrati posebno kršenje člana 14. Sud je ovakav pristup potvrdio u svojoj sudskoj praksi.

Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva,⁴⁷ na primjer, je bio predmet u kojem je Sud smatrao da je kriminalizacija konsenzualnih odnosa između homoseksualaca ispod 21 godine starosti predstavljala kršenje člana 8 Konvencije. Na osnovu činjenica iz predmeta Dudgeon, Sud je smatrao da je, zato što se zakonsko pravilo o kriminalizovanju homoseksualnih odnosa između odraslih osoba ispod 21 godine starosti rijetko primjenjivalo, na osnovu činjenica ovog predmeta, došlo do neproporcionalnog miješanja u pravo iz člana 8. Pored zastupanja stava da je kriminalizacija konsenzualnih odnosa između homoseksualaca ispod 21 godine starosti predstavljala kršenje člana 8 Konvencije, podnosioci predstavke u predmetu Dudgeon su tvrdili da je to pravilo predstavljalo kršenje člana 14, u vezi sa članom 8. Dok je

46 Orsus i ostali protiv Hrvatske, 16. mart 2010. godine

47 Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 22. oktobar 1981. godine

pretpostavka da bi Sud našao kršenje člana 14 kada se čita u vezi sa članom 8, Sud je odbio da procjenjuje argument vezan za član 14 zato što je već bilo ustanovljeno kršenje člana 8, jednog materijalnog konvencijskog prava.

d. Dodatne stvari kada se raspravlja o nekom predmetu vezanom za član 14

U smislu strategije parničenja, kada se dokazuje kršenje člana 14, u vezi sa nekim materijalnim konvencijskim pravom, ukoliko to nije očigledno neosnovano, sugerije se da bi, kada je to moguće, praktičari trebali dati dva argumenta: (a) da navodno različito postupanje čini nezavisno kršenje materijalnog člana Konvencije sa kim bi član 14 bio doveden u vezu; i (b) da postoji takođe i kršenje člana, u vezi sa nekim materijalnim konvencijskim pravom.

Radeći na taj način, podnosilac predstavke, u suštini, ima dvije mogućnosti: podnosilac predstavke može dokazivati da (a) postoji kršenje nekog nezavisnog materijalnog konvencijskog prava na osnovu toga što je, primjenjujući zakonsko pravilo, država djelovala na diskriminatoran način, a samim tim i na neproporcionalan način; i da (b) postoji odvojeno kršenje člana 14, u vezi sa nekim materijalnim konvencijskim pravom. Sud može izabrati da se bavi samo materijalnim kršenjem, a ne članom 14, ali i pored toga, artikulisanje tvrdnji u smislu člana 14 može dati priliku advokatima da istaknu probleme koji su u osnovi predmeta.

7.4.1 Protokol 12

Sudska praksa vezana za član 1, Protokola 12 je relativno mala. Sejdic i Finci protiv Bosne i Hercegovine⁴⁸, je jedan od malog broja predmeta u kojima je nađeno kršenje Protokola 12, člana 1.

U predmetu Sejdic, od Suda se tražilo da razmotri da li su ustavni aranžmani koji su uspostavljeni Dejtonskim mirovnim sporazumom bili diskriminatorni na bazi toga što su isključili Rome i Jevreje iz kandidovanja na izborima. Sud je potvrdio da je došlo do kršenja Protokola 12, člana 1 zbog činjenice da su mjere bile predviđene zakonom, zbog toga što je bilo različitog postupanja, i zbog toga što su mjere bile bez opravdanja.

Dok postoji veoma malo smjernica o tome kako će Sud pristupiti predmetima vezanim za član 1, Protokola 12, sugerije se da bi značenje „diskriminacije” u Protokolu 12 trebalo slijediti ono usvojeno od strane Suda u odnosu na član 14. Međutim, kod procjenjivanja Protokola 12, člana 1, izuzetno je važno primijetiti da to zahtijeva različiti pristup od onog usvojenog prema članu 14. Treba postaviti pitanje: (a) da li je, u stvari, bilo različitog postupanja, po nekom zabranjenom osnovu; i (b) da li postoji objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje. Kao što ćemo se prisjetiti, opseg člana 1, Protokola 12 je drugačiji od člana 14, u tome što se onaj prvi primjenjuje na bilo koje pravo navedeno u zakonu, dok se onaj drugi odnosi na uživanje prava i sloboda navedenih u Konvenciji. Kao što će, dakle, biti jasno, nije neophodno razmatrati da li navodno različito postupanje spada u opseg nekog konvencijskog prava kada se primjenjuje član 1, Protokola 12.

7.4.2 Pravo Evropske unije

Uvod: Evropska konvencija o ljudskim pravima nasuprot protiv-diskriminacionog prava EU

Odjeljak koji slijedi zamišljen je kao kratki vodič kroz protiv-diskriminaciono pravo iz prava EU, u svijetlu namjere Crne Gore da se priključi Evropskoj uniji. Od samoga početka se moraju primijetiti razlike između dva pravna poretka – pravo EU i Evropska konvencija o ljudskim

pravima. Kao što je naznačeno u prethodnom tekstu, član 14 Evropske konvencije zabranjuje diskriminaciju u odnosu na ostvarivanje nekog drugog prava garantovanog Konvencijom, dok po osnovi Protokola 12 ova zabrana postaje samostojna, ali se još uvijek primjenjuje na diskriminaciju vezanu za prava navedena u zakonu, ili na diskriminaciju od strane javnih vlasti. Za razliku od toga, prema pravu EU, zabrana diskriminacije je samostojna, ali je ograničena na određene kontekste, kao što je zapošljavanje.⁴⁹ Oblasti koje su izvan domašaja prava EU i nadležnosti EU uključuju porodično pravo, prava vezana za političko učešće (uz izuzeće izbora za Evropski parlament ili prava migranata EU da glasaju na nacionalnim izborima) i pitanja krivičnog prava, u odnosu na koje Evropska konvencija za ljudska prava nedvosmisleno obezbjeđuje robusniju zaštitu. Ono što je najvažnije, pravo EU pruža zaštitu, ne samo od diskriminacije od strane države, već i od diskriminacije između privatnih osoba.

Zakonodavni okvir EU

U središtu prava Evropske unije se nalaze dvije zabrane diskriminacije. Prva je zabrana diskriminacije po osnovu nacionalne pripadnosti. Ona je ograničena na diskriminaciju između građana država članica EU, a cilj joj je da osigura prava na slobodno kretanje građana Unije. Zabrana ove vrste diskriminacije se nalazi u članu 18 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Druga je zabrana diskriminacije po osnovu roda. Pravo EU o jednakosti polova je proizašlo iz odredbe o jednakoj plati između muškaraca i žena u članu 119 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine; zabrana diskriminacije je konsolidovana u Rodnoj direktivi (2006/54). Premda je fokus izvorno ograničen na ravnopravnost polova u kontekstu zapošljavanja (uključujući jednaku platu, jednako postupanje za pristup zapošljavanju i jednake uslove zapošljavanja i socijalnog osiguranja), od tada se znatno proširio kako bi uključio široku lepezu oblasti.

Uveden 1999. godine, ono što je sada član 19 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, proširio je pravo EU o ravnopravnosti, kako bi uključio ostale osnove, opunomoćujući EU da usvoji mjere za borbu protiv diskriminacije po osnovu pola, rasnog ili etničkog porijekla, vjeroispovijesti ili vjerovanja, invaliditeta, dob ili seksualnu orijentaciju. Međutim, član 19 ne sadrži direktnu zabranu diskriminacije, i za razliku od člana 119 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici, na nju se ne mogu direktno oslanjati osobe koje dokazuju svoja prava pred nacionalnim sudovima. Umjesto toga, one se moraju oslanjati na sekundarno zakonodavstvo (direktive) usvojeno u skladu sa Ugovorom. Do sada su, po osnovu člana 19, usvojena dva velika zakonska akta: Rasna Direktiva 2000/43 (koja zabranjuje diskriminaciju u velikom broju oblasti u vezi sa rasom), te Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju 2000/78 (koja zabranjuje diskriminaciju po cijelom nizu osnova). Iako su seksualna orijentacija, vjeroispovijest i vjerovanje, invaliditet i dob samo zaštićeni osnovi u kontekstu zapošljavanja, trenutno se u institucijama EU razmatra predlog da se proširi zaštita za te osnove na oblast pristupa robama i uslugama (poznata pod nazivom 'Horizontalna direktiva').⁵⁰ Poput svih direktiva, i od ovih direktiva se zahtijeva da budu transponovane u nacionalno pravo, ostavljajući državama članicama određeni manevarski prostor. Međutim, ako države članice ne transponuju direktive na pravi način, pojedinci mogu da podnesu zahtjeve za obeštećenje

49 Handbook on European non-discrimination law 2011 (Priručnik o evropskom nediskriminatornom pravu 2011), Evropska agencija za osnovna prava, dostupan na: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/handbook-non-discrimination-law_EN.pdf

50 Handbook on European non-discrimination law 2011 (Priručnik o evropskom nediskriminatornom pravu 2011), Evropska agencija za osnovna prava, dostupan na: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/handbook-non-discrimination-law_EN.pdf

protiv države. U odnosu na krivično pravo, Okvirna direktiva EU 2008/913/JHA za borbu protiv rasističkog i ksenofobičnog izražavanja usvojena je 2008. godine. To zahtijeva od država članica da usklade svoja krivična prava u toj oblasti.

Povelja o osnovnim pravima, koja se počela primjenjivati stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 01. decembra 2009. Godine, i koja sadrži poglavlje posvećeno jednakosti, uključuje član 21 koji zabranjuje diskriminaciju po svakom od prethodno navedenih osnova. Međutim, Povelja je, uglavnom, instrument za tumačenje i razumijevanje prava EU, i primjenjuje se samo na države članice EU kada one primjenjuju pravo EU.

Sudska praksa Suda pravde EU

Sud pravde EU je razvio značajnu praksu po pitanju jednakosti i diskriminacije. Iako se njen veći dio tiče jednake plate i socijalnog osiguranja, to se mijenja od proširenja protiv-diskriminatornog prava EU 2000. godine, kako bi se uključili ostali osnovi. Sud pravde je, takođe, artikulisao opšte načelo jednakog postupanja i ne-diskriminacije, tretirajući sekundarnu legislativu EU kao izraz ovog načela. Sud je donio prvu presudu iz ove oblasti u predmetu 149/77 Defrenne III [1978] ECR 1365 26-27 u kontekstu jednakog postupanja između muškaraca i žena. Nakon proširenja ne-diskriminatornog prava 2000. godine, iako oprezno, Sud se pozvao na opšte načelo jednakog postupanja izvan oblasti ravnopravnosti polova.

Vrste diskriminacije, pozitivne mjere i razumno usklađivanje

Protiv-diskriminatorne direktive, koje su prethodno pomenute, zabranjuju četiri vrste diskriminacije: direktnu, posrednu, uznemiravanje i nalog za diskriminisanje. Pored toga, Ugovori EU i sekundarna legislativa dozvoljavaju 'pozitivnu akciju' i sprovođenje mjera koje predviđaju konkretne prednosti u korist manje zastupljenog pola. Na sličan način, član 23 Povelje predviđa takvu afirmativnu akciju. Zahtjev sadržan u Direktivi o jednakosti pri zapošljavanju, za obezbjeđenje 'razumnog usklađivanja' za lica sa invaliditetom, je posebno relevantan za tu grupu. Konkretno, član 5 zahtijeva od poslodavaca da preduzmu odgovarajuće mjere kako bi omogućili da neka osoba sa invaliditetom ima pristup, učestvuje ili napreduje u poslu ili obuci, ukoliko takve mjere ne bi poslodavcu nametnule neproporcionalan teret. Štaviše, Evropski sud pravde je protumačio Direktivu o zapošljavanju kako bi zabranio diskriminaciju putem udruživanja. Barem na polju invaliditeta. U predmetu Coleman protiv Attridge Law⁵¹ Evropski sud pravde je presudio da zabrana direktne diskriminacije ne treba biti ograničena na osobe sa invaliditetom, već treba uključivati i situacije kada jedna radnica ima povoljniji tretman od druge na bazi invaliditeta njenog djeteta, čiju njegu pruža, prije svega, upravo ta radnica.

Opravdanje/Odbrana

Dok je pristup Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda da barata opštom formulacijom opravdanja u kontekstu direktne i posredne diskriminacije, pravo EU predviđa samo konkretno ograničeno opravdanje za direktnu diskriminaciju, a opšte opravdanje u kontekstu posredne diskriminacije. Shodno tome, prema Direktivama o rasi i jednakosti pri zapošljavanju, direktna diskriminacija se jedino može opravdati kada se stremi određenim ciljevima koji su izričito izloženi u tim direktivama. U vezi sa posrednom

⁵¹ Sud pravde Evropske unije, C-303/06, Coleman protiv Attridge Law, 17. jul 2008. godine

diskriminacijom, prema pravu EU, pored opšte odbrane objektivne opravdanosti, ima još nekoliko konkretnih odbrana, naime: (i) istinski zahtjevi radnog mjesta; (ii) izuzeci u odnosu na vjerske institucije; i (iii) izuzeci koji su svojstveni diskriminaciji po osnovu dobi.⁵² Diskriminacija po osnovu dobi je jedini osnov zaštite EU kada se direktna diskriminacija može objektivno opravdati.

Pravni lijekovi

Direktive koje se sprovode po osnovu člana 19 zahtijevaju dostupnost sudskih ili upravnih postupaka onima koji daju navode diskriminacije. Odražavajući načelo nacionalne proceduralne autonomije, od država članica EU se traži da: usvoje pravilo za sankcionisanje, koje mora biti djelotvorno, proporcionalno i takvo da odvraća od takvog postupanja; te da preduzmu neophodne mjere da se ta pravila poštuju.

7.4.3 Zaključci

Ovo poglavlje ima za cilj da pruži pregled zaštite od diskriminacije koju nudi Evropska konvencija o ljudskim pravima, i da bude uvod u pravo Evropske unije u tom smislu.

Različiti pravni poreci se primjenjuju na različite načine i pokrivaju različite oblasti, te je, stoga, važno da praktičari iz oblasti prava baziraju svoje predmete na međunarodnim protiv-diskriminatornim normama, da bi spoznali najbolji način kako da zaštitite interese svojih klijenata. Takođe, treba imati na umu da je ovo oblast sudske prakse koja se konstantno razvija, stoga je važno biti u toku sa rastućom sudskom praksom iz Strasbourg-a i Luxembourg-a.

52 Handbook on European non-discrimination law 2011, (Priručnik o evropskom nediskriminatornom pravu 2011), Evropska agencija za osnovna prava, dostupan na: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/handbook-non-discrimination-law_EN.pdf

VIII PODNOŠENJE PREDSTAVKE EVROPSKOM SUDU ZA LJUDSKA PRAVA

8.1 Evropska konvencija o ljudskim pravima

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ECHR) je stupila na snagu 2. septembra 1953. godine i od tada su je ratifikovale svih četrdeset sedam članica Savjeta Evrope, organizacije formirane neposredno po završetku Drugog svjetskog rata. Konvencija štiti određena građanska i politička prava, kao što su: pravo na život; pravo na pravično suđenje; pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života; sloboda izražavanja misli, savjesti i vjeroispovijesti; te zaštita imovine. Ona, takođe, zabranjuje određene radnje, kao što su: mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje, prisilni rad, arbitrarno i nezakonito lišavanje slobode, te zabrana diskriminacije.

Mašinerija za sprovođenje

Konvencija je, takođe, osnovala međunarodni sud, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu Sud), sa sjedištem u Strasbourg-u, sa nadležnošću da donosi presude i nalaze protiv država koje ne ispunjavaju svoje obaveze. On danas štiti populaciju od 800 miliona ljudi.¹ Prije 1998. Ljudi, koji su tvrdili da su žrtve kršenja, nijesu mogli ići direktno na Sud; prvo su morali podnijeti predstavku Evropskoj komisiji za ljudska prava. Godine 1998. Komisija je ukinuta i Konvencija je izmijenjena i dopunjena, kako bi se ljudima dalo pravo da podnose predstavke direktno Sudu. Najveći broj predavki, koje sud danas dobija, dolaze od privatnih lica koja tvrde da su žrtve kršenja ljudskih prava, iako jedna država može podnijeti predstavku protiv druge navodeći kršenja Konvencije. Zbog velikog broja neriješenih predmeta, predstavkama koje prođu kriterijume dopuštenosti (vidi niže) obično je potrebno između tri i pet godina da napreduju kroz sistem Suda, možda čak i duže. To je jedno od mnogih pitanja koje podstiče značajne modifikacije metoda rada Suda, tako da se trenutno raspravlja o tim reformama.

Evolucija Konvencije i Suda

Od njene ratifikacije, Konvencija je izmijenjena i dopunjena jednim brojem protokola, koji su dopunili i/ili izmijenili njene odredbe, kao i prestrukturirali mašineriju Konvencije za sprovođenje, kako bi se omogućilo da se djelotvornije bavi velikim brojem slučajeva. Protokoli su obavezujući jedino za one države koje su ih potpisale i ratifikovale, a Crna Gora je ratifikovala sve protokole koji dodaju Konvenciji materijalna prava, uključujući Protokol 12 koji utvrđuje opštu zabranu diskriminacije. Konvencija je, dalje, evoluirala kroz dinamično tumačenje svojih odredaba od strane Suda, koji tretira Konvenciju kao 'živi instrument' i primjenjuje njene odredbe u svijetlu današnjih uslova i zajednički prihvaćenih standarda u evropskom društvu.

Načelo supsidijarnosti

Sistem Konvencije je zasnovan na ideji da je, prije svega, na državi da zaštiti, a na nacionalnim sudovima da obezbijede sprovođenje ljudskih prava, i da isprave kršenja. Stoga, dok Evropski sud za ljudska prava vrši nadzornu funkciju obezbjeđujući da države potpisnice održavaju minimalne standarde, snaga mašinerije za sprovođenje leži u činjenici da se Konvencija primjenjuje na nacionalnom nivou. Domaći sudovi su dužni da primjenjuju njene odredbe, a ako to ne bi uradili, Sud takvu državu može proglasiti odgovornom za kršenje Konvencije

1 Zakon o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Harris, O'Boyle and Warbrick, Drugo izdanje, na 2

(vidi niže.) Tijelo koje se sastoji od predstavnika vlada, poznato kao Komitet ministara, odgovorno je za nadzor sprovođenja presuda Suda. Sud, takođe, ima snagu da donese određene privremene mjere. Najčešći zahtjev za privremenu mjeru je obustava deportacije nekog podnosioca predstavke u zemlju u kojoj postoji rizik od teškog oblika nedoličnog postupanja ili mučenja.

8.2 Podnošenje predstavke

Pregled procedure

Za razliku od postupaka pred domaćim sudovima, postupci pred Evropskim sudom za ljudska prava se, uglavnom, rješavaju na papiru, bez potrebe za verbalnim saslušanjem. Kada se Sudu preda popunjena predstavka, stavlja se na listu predmeta koji čekaju na odluku. Jedan sudija, Komitet (tri sudije) ili Vijeće (sedam sudija) ispituje primjenu i odlučuje da li predmet ispunjava posebne kriterijume dopuštenosti (vidi niže), i da li zahtijeva dalje ispitivanje. Pod pretpostavkom da predstavka ne bude odbijena u ovoj fazi, Sud će kontaktirati tuženu vladu, obezbjeđujući joj primjerak predstavke sa naznakom na koje oblasti se mora bazirati odgovor Vlade. Ovo je poznato pod nazivom 'saopštenje'. U ovoj fazi, Sud će, takođe, pisati i stranama tražeći od njih bilo kakve predloge kako bi se omogućilo 'prijateljsko poravnanje' predmeta. Strane se mogu dogovoriti o poravnanju u bilo kom trenutku tokom postupka. Sud će poslati za komentar drugoj strani bilo koji predlog za poravnanje. Ukoliko ne budu dati nikakvi predlozi, ili ako ne dođe do sporazuma nakon davanja predloga od strane jedne ili druge strane, Sud neće preduzimati nikakvu radnju. Nakon saopštenja, Vlada ima tri mjeseca da naznači svoja zapažanja i primjedbe. Iste se šalju podnosiocu predstavke, kome se daje daljih mjesec dana da na njih odgovori. Vijeće će, zatim, ispitati predstavku i bilo: odbaciti predmet kao nedopustiv; donijeti presudu; staviti predmet po strani kako bi o njemu razmatralo Veliko vijeće (17 sudija); ili, u rijetkim situacijama, održati verbalno saslušanje. U izuzetnim slučajevima, bilo koja strana može zahtijevati da se predmet uputi Velikom vijeću nakon što Vijeće donese presudu. Ukoliko Sud odluči u korist podnosioca predstavke, tužena država je dužna da ispoštuje odluku Suda preduzimajući sve korake koje je Sud naveo kao neophodne za ispravak identifikovanog kršenja. Komitet ministara je odgovoran za nadzor nad tim da li Država zaista ispravlja kršenje (vidi niže).

Inicijalna razmatranja

Odražavajući činjenicu da je sistem Konvencije dizajniran tako da bude lako dostupan svima unutar njene nadležnosti, bez obzira na nacionalnu pripadnost i na to da li imaju pravnog zastupnika ili ne, proces podnošenja predstavke Sudu uključuje par formalnosti i ne povlači nikakve naknade. Iako je pravna pomoć dostupna, ona je dostupna samo podnosiocima predstavke o čijim predmetima Sud obavještava tužene vlade, a kada se dodjeljuje, taj iznos je skroman. Pored toga, uspješni podnosilac predstavke može povratiti razumne troškove, napravljene bilo kao dio poravnanja ili ako Sud to dodijeli. Međutim, oni će biti dodijeljeni jedino ako se Sud zadovoljio da su ti troškovi zaista bili neophodni i razumni. Shodno tome, podnosioci predstavke i, kada je to prikladno, njihovi zakonski zastupnici, treba da pažljivo bilježe sve troškove od početka predmeta, kako bi mogli podnijeti Sudu detaljan račun. Praktične smjernice za pokretanje postupka pred Sudom su dostupne na Internetu i navode preporuke vezane za formu, stil i sadržaj predstavke. Kako podnosioci predstavke, bez bilo kakvog posebnog pravnog iskustva, tako i advokati sa znatnim iskustvom u parnicama pred

domaćim sudovima, mogu željeti da stupe u kontakt sa jednom od mnogih organizacija sa iskustvom i ekspertizom u takvim parnicama, kako bi dobili savjet o konvencijskom pravu i o proceduri.

Podnošenje predstavke

Najveći broj predstavki pred Sudom počinju pismom ili faksom, kojim se iznosi suština tužbe, a koje se šalje Pisarnici, osoblju koje Sudu pruža pravnu i administrativnu podršku u njegovom sudskom radu. U cilju ispunjavanja strogog šestomjesečnog pravila koje Sud nameće svim predstavkama (vidi kriterijume dopuštenosti niže), međutim moguće je podnijeti ispunjeni formular predstavke bez potrebe da se šalje uvodno pismo. Iako su službeni jezici Suda engleski i francuski (većina podnesaka se i podnosi na jednom od tih jezika), uvodno pismo, ispunjena predstavka i početna komunikacija sa Sudom, se mogu podnijeti na bilo kom službenom jeziku Država potpisnica. Međutim, ukoliko predmet prođe fazu utvrđivanja dopuštenosti, strane moraju dobiti dozvolu Predsjednika Vijeća da bi mogle nastaviti na jeziku koji nije engleski i francuski.

Podnosilac predstavke mora, zatim, popuniti formular predstavke, koji je moguće dobiti od Pisarnice, a dostupan je i na Internetu. Ukoliko neki podnesak bude duži od deset stranica (isključujući dokumente koji navode anekse), Sud zahtijeva od podnosioca predstavke da uključi i sažetak. Predstavka treba da uključi detalje koji identifikuju: ime podnosioca predstavke, datum rođenja, nacionalnu pripadnost, pol, zanimanje i adresu; ugovornu stranu/strane; sažeti iskaz činjenica; sažeti iskaz navodnih kršenja; iskaz o usklađenosti sa kriterijumima dopuštenosti; te predmet podneska. Podnosioci predstavke će, takođe, trebati da obezbijede kopije svih relevantnih dokumenata podrške, uključujući sve odluke vezane za njihovu tužbu. Ukoliko podnosioca predstavke zastupa neko drugo lice, on/ona će trebati da potpiše pismo ovlašćenja, kojim dozvoljava advokatu da ga/je zastupa pred Sudom. Na početku postupka, Sud ne zahtijeva pravno zastupanje, i bilo ko može direktno pokrenuti predmet pred Sudom. Međutim, Sud zahtijeva da podnosilac predstavke bude zastupan od strane advokata onda kada predmet dostigne fazu saopštenja (ukoliko Predsjednik Vijeća ne odluči drugačije). Iako podnosioci predstavke imaju pravo da zahtijevaju povjerljivost svoje predstavke, oni moraju uključiti sve tražene detalje u svojem formularu podneska. Sudski postupak je, generalno, javno dostupan, ali Sud može odobriti anonimnost u 'izuzetnim i propisno opravdanim slučajevima'.² Ukoliko neki podnosilac predstavke želi da ostane anoniman, trebalo bi da obavijesti Sud o tome, navodeći detaljno svoje razloge. Podnosioci predstavke, koji budu uspješni u traženju anonimnosti, navode se putem inicijala ili putem nekog anonimnog inicijala, npr. X protiv Crne Gore.

Popunjene predstavke se razmatraju po dva osnova: dopuštenost i meritum. Valja primijetiti da preko 90% predmeta podnesenih Sudu bude odbačeno samo na bazi dopuštenosti, o čemu će biti više riječi u tekstu koji slijedi. Pored toga, nema nikakve odredbe za podnošenje žalbe na odluku o dopuštenosti, tako da bi potencijalni podnosioci predstavki trebali da ispoštuju posebne kriterijume dopuštenosti Suda, izložene u članu 34 i 35 Konvencije.

Kriterijumi dopuštenosti

Samo predstavke koje zadovoljavaju posebne zahtjeve za dopuštenost Sud će proglasiti dopuštenim. Iako je sveobuhvatan pregled izvan opsega ovog vodiča, najznačajnije prepreke, vezane za dopuštenost, će biti naznačene u tekstu koji slijedi. Podnosiocima predstavki bi

2 Pravilo 47(3) Sudskog poslovnika

trebalo upućivati na vodič Suda o dopuštenosti, koji je dostupan na Internetu.³

(i) Pravno svojstvo, aktivna legitimacija (locus standi) i svojstvo žrtve

Sud će primati podneske od 'bilo kog lica, nevladine organizacije ili grupe lica...' bez obzira na nacionalnu pripadnost. U prošlosti, Sud je dozvoljavao da podneske podnose sela, privredna društva i akcionari, građevinska društva, sindikati, vjerska tijela, nevladine organizacije i političke partije. Međutim, zahtjev da podnosilac predstavke mora tvrditi da je žrtva kršenja jednog ili više konvencijskih prava se primjenjuje bez obzira na to ko podnosi podnesak. Kako Sud ne dozvoljava apstraktna osporavanja (actio popularis), svaki podnosilac predstavke mora pokazati da je lično ili direktno pogođen navodnim kršenjem Konvencije. Na primjer, u predmetu Verein gegen Tierfabriken protiv Švajcarske (Br.2)⁴ podnosilac predstavke, organizacija koja je vodila kampanju protiv prakse vivisekcije, uspješno je osporila zabranu datu na političkim osnovama u televizijskom oglasu, navodeći da je to prekršilo pravo te organizacije na slobodu izražavanja. Ukoliko neka organizacija sumnja u svoj status oštećene strane, savjetuje se da uključi barem jedno individualno lice kao podnosioca predstavke.⁵ Sud će prihvatiti predstavke od onih koji tvrde da su žrtve potencijalnog kršenja Konvencije, ali da bi bili uspješni takvi podnosioci predstavki moraju pokazati stvarni, lični rizik od direktne pogođenosti potencijalnim navodnim kršenjem. Sud će, takođe, prihvatiti predstavke koje podnesu pojedinci koji tvrde da su posredno pogođeni kršenjem konvencijskih prava druge osobe. Na primjer, članovi porodice osobe koja je predmet deportacije bi mogli tvrditi da su žrtve kršenja prava na porodični život, ili bi rođak žrtve nasilnog nestanka mogao tvrditi da mu je prekršeno pravo na slobodu od okrutnog, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja uzrokovanog pretrpljenim duševnim bolom i stresom.⁶

Bliski srodnici mogu podnijeti podneske u ime žrtve navodnog kršenja Konvencije, na primjer kada je žrtva ranjiva, u lošem zdravstvenom stanju ili preminula. Bliskim srođnicima se, takođe, može dopustiti da nastave sa predstavkom u ime podnosioca koji premine dok se predmet nalazi pred Sudom, pod uslovom da mogu pokazati legitimni interes, ili da je Sud zadovoljan time da je predmet od opšteg interesa.

(ii) Šestomjesečno pravilo

Predstavke moraju biti podnesene u roku od šest mjeseci od konačne nacionalne odluke, nakon iscrpljenja redovnih, djelotvornih pravnih lijekova (vidi niže). Međutim, predstavka u tom roku treba samo da predstavi predmet pred Sudom. Biće dovoljan sažetak suštine tužbe, koji sadrži materijalne činjenice i navodna kršenja zajedno sa predmetom predstavke (vidi Podnošenje predstavke iznad). Sud će tada odrediti rok, obično osam nedjelja, do kojeg bi podnosioci predstavke trebalo da podnesu popunjeni formular predstavke.

(iii) Iscrpljenje domaćih pravnih lijekova

Konvencija je zasnovana na ideji da su nacionalni organi u najboljoj poziciji da sprovedu Konvenciju, i Državama potpisnicama bi prvo trebalo dati priliku da isprave kršenje njenih odredbi. Shodno tome, podnosioci predstavke pred Sudom moraju pokazati da su sa svojim

3 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf.

4 Verein gegen Tierfabriken protiv Švajcarske, 30. jun 2009. godine

5 Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights (Podnošenje predmeta Evropskom sudu za ljudska prava), 2nd Ed. (Drugo izdanje)

6 Vidi npr. Chahal protiv UK 15. novembar 1996, i Kurt protiv Turske, 25. maj 1998. godine

predmetima prošli kroz sve nivoe sudova u Crnoj Gori, i u svakoj fazi naveli kršenja odredaba Konvencije, sve do najvećeg mogućeg nivoa nadležnosti, i tako dali državi Crnoj Gori šansu da ispravi kršenje svojih obaveza preuzetih potpisivanjem Konvencije. Štaviše, to znači da su podnosioci predstavke pred Sudom ograničeni na pokretanje tužbi koje su pokretane tokom postupaka pred nacionalnim sudovima. Dok tužena vlada mora ustanoviti postojanje djelotvornih pravnih lijekova, na podnosiocu predstavke je da pokaže da su takvi lijekovi zaista bili iscrpljeni.

Sud je naveo, u više navrata, da bi lijekovi trebali biti praktični i djelotvorni, a ne teoretski ili iluzorni. Dakle, podnosioci predstavke treba samo da dokažu iscrpljenje djelotvornih pravnih lijekova. Djelotvorni pravni lijek mora biti sastavni dio redovnog procesa zadovoljenja i ne može imati diskrecioni karakter koji se oslanja na benevolentnost javnog službenika⁷. Na primjer, u predmetu Matijašević protiv Srbije, Sud je našao da Sud Srbije i Crne Gore nije bio dostupan do 15. jula 2005. godine, i da je ostao nedjelotvoran do raspada Državne zajednice Srbija i Crna Gora nakon proglašenja nezavisnosti od strane Crne Gore u junu 2006. godine. U predmetu Koprivica protiv Crne Gore⁸, Sud je našao da, iako je mogućnost ustavne žalbe uvedena u Crnoj Gori u oktobru 2007. godine, žalbe koje su bile podnesene prije tog datuma sud je od tada sistematski odbijao ili odbacivao. Nalaz Suda da nije bilo neophodno da podnosilac predstavke podnese ustavnu žalbu prije odlaska u Strasbourg sugeriše da Ustavni sud Crne Gore, u to vrijeme, nije bio djelotvorni pravni lijek.

Ostaje da se vidi da li je, u međuvremenu, Ustavni sud dovoljno unaprijedio svoju praksu, ili će je tek unaprijediti – pažljivije nadzirući ustavne žalbe i objavljujući sve odluke na svojoj Internet stranici – pokazujući da je, u stvari, djelotvoran pravni lijek i, stoga, čineći neophodnim da žrtve navodnih kršenja ljudskih prava podnose žalbe Ustavnom sudu prije odlaska u Strasbourg. U međuvremenu, podnosioci predstavki, koji nijesu sigurni u djelotvornost pojedinog pravnog lijeka, mogu podnijeti uvodno pismo Sudu, kako bi se zaustavilo vrijeme vezano za šestomjesečno pravilo (vidi iznad). To pismo bi trebalo jasno staviti do znanja Sudu da se pribjeglo drugom pravnom lijeku, te da će podnosilac predstavke nastaviti da obavještava Sud o napretku u tom smislu. Iako se savjetuje da podnosioci predstavki pokušaju da u potpunosti iscrpe nacionalne pravne lijekove, u situaciji kada Sud nađe da je određeni pravni lijek nedjelotvoran, takvo uvodno pismo će osigurati da podnosioci predstavke ne prekorače šestomjesečno pravilo.

(iv) Očigledno neosnovana

Zahtjev da predstavke ne budu očigledno neosnovane funkcioniše kao sveobuhvatan u slučajevima npr. kada:

- Činjenice predmeta ne otkrivaju veoma jasno kršenje Konvencije, npr. predstavka kojom se tvrdi da ulična buka izvan domova predstavlja mučenje, a time i kršenje člana 3, ili predstavka kojom se tvrdi kršenje nekog drugog međunarodnog ugovora. Premda podnosioci predstavke mogu navesti druge međunarodne instrumente kao ubjedljive autoritete u tumačenju Konvencije, predstavke ne mogu biti zasnovane na tužbi koja navodi kršenje nekog drugog međunarodnog instrumenta.
- Tužba nije potkrijepljena ili kada podnešeni materijali ne podržavaju istu.

Ovaj uslov se ponekad, takođe, koristi ako se neka predstavka proglasi nekompatibilnom

⁷ Lepojić protiv Srbije, 6. novembar 2007. godine

⁸ Koprivica protiv Crne Gore, 22. novembar 2011. godine

prema niženavedenim kriterijumima.

(v) Nekompatibilnost

Može se naći da su predstavke nedopuštene na osnovama koje se tiču kompetencije i nadležnosti Suda, kao i predmeta predstavke i identifikovane tužene Države potpisnice. Podnosioci predstavke bi trebali navesti kada i gdje je nastupilo kršenje, ko je bio odgovoran i što je bilo u pitanju.

Kada – *ratione temporis*

Predstavke se ne smiju odnositi na događaje koji su se dogodili prije nego što je Država ugovornica prihvatila pravo pojedinačnog zahtjeva i nadležnost Suda. Budući da je Crna Gora ratifikovala Konvenciju, uključujući pravo na pojedinačni zahtjev, na dan 3. mart 2004. godine (kao Državna zajednica Srbija i Crna Gora), generalno govoreći, predmeti koji se tiču događaja prije tog datuma smatraće se nekompatibilnim *ratione temporis*. Međutim, u nekim slučajevima, Sud može uzeti u razmatranje situacije kontinuiranog kršenja tokom vremenskog perioda koji je otpočeo prije nego što je Država ratifikovala Konvenciju. Na primjer, u slučaju nasilnih nestanaka, dok je do samog nestanka možda došlo prije datuma ratifikacije, obaveza državnih organa da sprovedu istragu može postojati godinama nakon toga, a samim tim može potpasti pod kriterijume dopuštenosti. U predmetu Vasilescu protiv Rumunije,⁹ predmetu koji se tiče nezakonite konfiskacije imovine podnosioca predstavke od strane narodne vojske 1966. godine, iako Rumunija sve do 20. juna 1994. godine nije priznavala nadležnost Suda, isti je smatrao da se ova tužba odnosila na kontinuiranu situaciju (*de facto* oduzimanje imovine koje je bilo protivno tadašnjim nacionalnim zakonima), te je, stoga, predmet mogao biti ispitan.

Gdje – *ratione loci*

Predstavke se ne smiju ticati događaja koji su se dogodili izvan teritorije Države ugovornice, kada nema dovoljne veze između tih događaja i bilo kog organa unutar tužene države. Takve predstavke će se smatrati nekompatibilnim *ratione loci*. Međutim, Sud će ispitati tužbe vezane za propuštanje radnji od strane nacionalnih organa, što je rezultiralo kršenjem Konvencije na drugim mjestima.¹⁰

Pored toga, van teritorijalna djela će predstavljati ostvarivanje nadležnosti u izuzetnim slučajevima. Primjeri uključuju ostvarivanje ovlašćenja i kontrole državnog agenta koji radi izvan državne teritorije u sigurnosnim operacijama ili obavlja diplomatske funkcije, te u situacijama kada država vrši djelotvornu kontrolu teritorije putem vojne akcije.

Ko – *ratione personae*

Kao što je gore već pomenuto u poglavlju Pravno svojstvo, aktivna legitimacija (*locus standi*) i svojstvo žrtve, Sud će prihvatati predstavke od fizičkih i pravnih lica, te od stvarnih, posrednih i potencijalnih žrtava. Ali, protiv koga se tužba može podnijeti?

⁹ Vasilescu protiv Rumunije, 22. maj 1998. godine

¹⁰ Na primjer, u predmetu Rantsev protiv Kipra i Rusije, koji se ticao smrti Ruskinje na Kipru, Sud je ispitao tužbe da Rusija nije poštovala svoje obaveze da zaštiti djevojku od trgovine ljudima na svojoj teritoriji i da sprovede istragu o tome da li je djevojka bila žrtva bilo kakve aktivnosti trgovine ljudima unutar njene nadležnosti

Predstavke se moraju ticati tužbi protiv Države potpisnice Konvencije. Važno je primijetiti, međutim, da su države odgovorne za tijela nad kojima ona ima djelotvornu kontrolu. To može uključivati tijela koja rade u domenu privatnog prava, kada Sud nalazi da je Država odgovorna za svoja propuštanja zbog javne prirode njenih funkcija i upravljanja. Države, takođe, imaju pozitivne obaveze, po osnovu Konvencije, da osiguraju poštovanje prava, što znači da se u nekim okolnostima države mogu smatrati odgovornim za propuštanje djelovanja na zaštiti pojedinaca od radnji drugih privatnih lica ili subjekata.

Ono što je značajno za Crnu Goru je da je Sud smatrao u predmetu *Bijelić protiv Srbije i Crne Gore*¹¹ da Crnu Goru treba automatski smatrati potpisnicom Konvencije od dana njenog proglašenja nezavisnosti od Državne zajednice Srbija i Crna Gora. Pored toga, Crna Gora sama bi se mogla smatrati odgovornom za kršenja koja su se dogodila na teritoriji Državne zajednice, koja su bila isključivo u nadležnosti crnogorskih vlasti, i koja su otpočela prije 3. marta 2004. godine, kada je Crna Gora ratifikovala Konvenciju, ali koja su se nastavila nakon toga.

Što – *ratione materiae*

Kao što je zapaženo u gornjem tekstu, kada se govori o očigledno neosnovanim predstavkama, tužbe Sudu se moraju odnositi na prava i slobode zaštićene Konvencijom. U tekstu se ne razmatraju sva pitanja ljudskih prava, kao što je pravo na razvod i pravo na ophođenje sa državnim organima na bilo kom jeziku. Ako se neki podnosilac predstavke žali u vezi sa nekim pravom koje nije sadržano u Konvenciji, predstavka će se proglasiti nedopuštenom.

Ostali osnovi za dopuštenost

Neka predstavka će se, takođe, proglasiti nedopuštenom ili biti odbačena ako:

- podnosilac predstavke nije pretrpio znatnu štetu (ukoliko poštovanje ljudskih prava ne zahtijeva da predmet bude ispitan, i pod uslovom da ga je nacionalni sud propisno razmotrio);
- se nađe da je u osnovi isti kao i predmet koji je Sud već ispitivao, ili pak neki drugi međunarodni mehanizam pravnog lijeka, ili ako ne sadrži nikakve nove informacije;
- se nađe da predstavlja zloupotrebu;
- podnosilac predstavke nema namjeru da nastavi sa traženjem zadovoljenja, ili kada je stvar već riješena;
- Sud nađe da više nije opravdano nastaviti sa ispitivanjem predstavke.

8.3 Konačna presuda – što Sud može i ne može uraditi

Presuda Suda se obično objavljuje nekoliko mjeseci nakon podnošenja završnih pisanih primjedbi, ili nakon bilo kog usmenog saslušanja.¹² Kao što je gore već pomenuto, zbog trenutnog broja zaostalih predmeta kod Suda, za cijeli proces je obično potrebno između tri

¹¹ *Bijelić protiv Srbije i Crne Gore*, 28. april 2009. godine

¹² Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (Podnošenje predmeta Evropskom sudu za ljudska prava), 2nd Ed. (Drugo izdanje)

i pet godina, od početka do kraja. U ovoj fazi postoje dvije mogućnosti. Sud može podržati podnosioca predstavke i naći kršenje Konvencije, ili Sud može smatrati da nema kršenja. U načelu, nalaz koji potvrđuje kršenje nameće obavezu Državi da obustavi svako postojeće kršenje, i da izvrši odštetu zbog posljedica kršenja, uspostavljajući stanje koje je bilo prije kršenja, kolikogod je to moguće. Djelovanje u skladu sa nalazima Suda može uključivati izmjenu legislative i/ili preduzimanje neophodnih koraka kako bi se ispravili identifikovani propusti. Premda Konvencija ne daje izričito dopuštenje Sudu da daje smjernice vladi o posebnim mjerama koje bi ova trebala preduzeti kako bi ispravila kršenje, Sud sve više daje posebne konkretne mjere koje bi trebalo preduzeti, posebno u hitnim ili teškim slučajevima.¹³ U prošlosti, Sud je naložio: da zatvorenici budu pušteni na slobodu, da im budu obezbijeđeni adekvatni uslovi u zatvoru, kao i medicinski tretman, te da budu preseljeni u specijalističku medicinsku ustanovu; da nacionalno zakonodavstvo bude izmijenjeno i dopunjeno, kako bi se uzela u obzir rodna preraspodjela, registracija lica izbrisanih iz registra građana, i vjersko obrazovanje u skladu sa Konvencijom; a u situacijama koje se tiču strukturnih problema, da određene opšte i pojedinačne mjere budu realizovane unutar određene vremenske granice¹⁴. Međutim, takve specifične smjernice su izuzetak.

Primarni lijek Suda je izjava o nađenom kršenju Konvencije. Ova može biti praćena dodijeljenim novčanim iznosom, poznatim kao 'pravično zadovoljenje,' koji može uključiti obeštećenje za materijalne i nematerijalne troškove. Pored toga, Sud može dodijeliti naknadu za pravne troškove. Odgovornost Komiteta ministara je da osigura da države isprave kršenja koja je Sud utvrdio. Zbog činjenice da Sud rijetko navodi opseg ili detalje vezane za radnje koje države treba da preduzmu, kako bi ispravile kršenja, njegovo djelovanje je, uglavnom, nezavisno.¹⁵ Podnosilac predstavke, koji nije primio obeštećenje dodijeljeno od strane Suda, ili koji je generalno nezadovoljan odgovorom države na presudu, može obavijestiti Komitet.

13 Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (Praktični vodič za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima), 4th Ed. (Četvrto izdanje)

14 Ibid.

15 Ibid.