USTAVNI SUD CRNE GORE

U-I br. 6/16

29. decembar 2016. godine

P o d g o r i c a

Ustavni sud Crne Gore u sastavu: predsjednica Desanka Lopičić i sudije - Dragoljub Drašković, Milorad Gogić, Miodrag Iličković, Mevlida Muratović, Hamdija Šarkinović i Budimir Šćepanović, na osnovu odredaba člana 149. stav 1. tačka 1. Ustava Crne Gore, člana 49. tačka 1. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore (»Službeni list Crne Gore«, broj 11/15.), na sjednici od 29. decembra 2016. godine, većinom glasova, donio je

**R J E Š E NJ E**

**POKREĆE SE** postupak za ocjenu ustavnosti odredaba člana 4.(čl. 54.a i 54.b) Zakona o dopunama Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti (»Službeni list Crne Gore«, broj 42/15.).

**O b r a z l o ž e nj e**

 1. G. V., D. B. i D. R., iz Kolašina, podnijeli su inicijativu za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti odredaba člana 54. a i 54. b Zakona, označenog u izreci.

1.1. U inicijativi je navedeno: da su osporene odredbe člana 4., kojima su dodate odredbe čl. 54.a i 54.b Zakona u suprotnosti s odredbama čl. 8., 17. i 18. Ustava Crne Gore, jer tim zakonskim odredbama nijesu samo diskriminisane pojedine kategorije žena - majki (npr. mnoge žene sa sela koje su rodile i po šestoro i više djece, ali se tradicionalno nijesu prijavljivale na biro rada), već i muškarci - očevi; da je izigrana svrha zakona, jer je cilj donošenja zakona trebao biti povećanje nataliteta u Crnoj Gori, ali je pravo iz odredaba čl. 54.a i 54.b Zakona priznato i ženama koje su u penziji i "koje imaju i praunučad"; da su osporene odredbe čl. 54.a i 54.b Zakona diskriminatorske i zbog toga što priznaju prava po osnovu radnog staža suprotno važećem zakonu o penzijsko invalidskom osiguranju, pa se žene - adresati tih normi stavljaju u povoljniji položaj, jer žene koje koriste penzije, bilo u inostranstvu, bilo u Crnoj Gori mogu birati "hoće li penziju, ako je veća ili će nadoknadu za majke ako je ona veća", čime se uvodi dvojni sistem u sticanju prava po osnovu radnog staža; da osporenim dopunama Zakona nijesu samo diskriminisane žene, već i muškarci koji učestvuju ravnopravno sa ženama u podizanju svoje djece, muškarci koji, u skladu sa Zakonom, koriste porodiljsko odsustvo, kako bi dok žena radi odgajali svoju djecu, muškarci koji odgajaju samostalno svoju djecu bez učešća majki, bilo da su majke preminule, bilo da su ostavile djecu, ili su se dobrovoljno na sudu odrekle starateljstva nad djecom i da su vrednije žene koje su rodile troje ili više djece i koje su ostavile svoju djecu i nikada ih više neke nijesu ni vidjele, nego su ih podizali očevi, babe, tetke i ostala rodbina, a sada su na račun svoje rođene a ostavljene djece regulisale doživotnu naknadu čiji iznos ne mogu dostići žene koje ostvare pravo na penziju posle 40 godina rada i rođenja jednog ili dvoje djece.

2. U mišljenju Vlade Crne Gore navedeno je: da je u postupku donošenja Zakona koji je predložio poslanik A. D., Vlada Skupštini dala negativno mišljenje, kako zbog diskriminatornog karaktera predloženih rješenja tako i s aspekta predmeta uređivanja; da je Vlada ukazala da radni staž ne može biti osnov za ostvarivanje prava iz socijalne i dječje zaštite s obzirom na to da se pravo na socijalnu zaštitu ostvaruje po osnovu socijalno-zaštitnih kriterijuma odnosno na osnovu socijalne potrebe (invalidnost, nesposobnost za rad i privređivanje, nepostojanje zakonske obaveze izdržavanja, imovinskog cenzusa i drugih posebnih obilježja socijalne ugroženosti); da u primjeni odredaba člana 4.(čl. 54.a i 54.b) Zakona dolazi do problema zbog nejasnih, nepreciznih i nedorečenih zakonskih odredaba, koje daju mogućnost različitih tumačenja, do situacije da se u primjeni može postaviti pitanje svrhe propisivanja navedenog prava na doživotnu naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece; da pravo žene na naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece, propisano osporenim odredbama člana 4.(čl. 54.a i 54.b) Zakona, nije u skladu s ustavnim principima i ciljevima socijalne i dječje zaštite, jer se osporenim odredbama Zakona dovodi u pitanje ostvarivanje prava iz socijalne i dječje zaštite djeci i roditeljima kojima je ona stvarno potrebna; da pravo na naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece ne zavisi od materijalnih i drugih prilika bitnih za kvalitet života pojedinca i porodice, već po sili zakona pripada ženi koja ispunjava uslove u pogledu radnog staža ili statusa nezaposlenog lica na evidenciji Zavoda za zapošljavanje, ako to ona želi; da se osporenim zakonskim odredbama dovode u neravnopravan položaj porodice i djeca čije majke ne ispunjavaju propisane uslove za ostvarivanje prava na doživotnu naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece, odnosno da su te porodice diskriminisane samo zato što žena nije rodila troje ili više djece, što nije ostvarila određeni radni staž (bez obzira da li je radila), ili se nije prijavila na evidenciju Zavoda za zapošljavanje; da su uslovi za ostvarivanje prava na doživotnu naknadu diskriminatorski, čime se narušavaju načela o zabrani diskriminacije i jednakosti pred zakonom iz odredaba člana 8. stav 1. i člana 17. stav 2. Ustava; da se osporene zakonske odredbe ne mogu smatrati pozitivnom diskriminacijom, odnosno propisom koji je usmjeren na stvaranje uslova za ostvarivanje ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju, u smislu člana 8. stav 2. Ustava. Stoga predlaže da Ustavni sud prihvati navedenu inicijativu.

3. Osporenim odredbama Zakona propisano je:

“Član 4.

Poslije člana 54. dodaju se dva nova člana, koji glase:

„Naknada po osnovu rođenja troje ili više djece

Član 54.a

Žena koja rodi troje ili više djece ima pravo, ukoliko to želi, na doživotnu mjesečnu naknadu u visini 70% prosječne neto zarade u Crnoj Gori, ostvarene u godini koja prethodi godini ostvarivanja tog prava.

Pravo iz stava 1. ovog člana stiče žena koja rodi troje djece i ostvari najmanje 25 godina radnog staža, odnosno žena koja rodi četvoro ili više djece i ostvari najmanje 15 godina radnog staža.

Pravo iz stava 1. ovog člana ne može se koristiti za vrijeme trajanja radnog odnosa i isključuje mogućnost istovremenog korišćenja prava na penziju. Za vrijeme korišćenja naknade korisnici prava iz stava 1 ovog člana pripada pravo na zdravstveno osiguranje.

Član 54.b

Žena koja rodi troje i više djece ima pravo, ukoliko to želi, na doživotnu mjesečnu naknadu u visini od 40% prosječne neto zarade u Crnoj Gori, ostvarene u godini koja prethodi godini ostvarivanja tog prava.

Pravo iz stava 1. ovog člana stiče žena koja rodi troje ili više djece, a koja se nalazi na evidenciji Zavoda za zapošljavanje najmanje 15 godina.”

4. Ustavni sud je, nakon razmatranja sadržine osporenih odredaba člana (čl. 54.a i 54.b) Zakona, utvrdio da ima osnova za pokretanje postupka za ocjenu njihove ustavnosti.

5. Za odlučivanje u ovom predmetu pravno relevantne su odredbe sljedećih propisa:

Ustava Crne Gore:

»Član 1. stav 2.

Crna Gora je građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava.

Član 8

Zabranjena je svaka neposredna ili posredna diskriminacija, po bilo kom osnovu.

Neće se smatrati diskriminacijom propisi i uvođenje posebnih mjera koji su usmjereni na stvaranje uslova za ostvarivanje nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju.

Posebne mjere se mogu primjenjivati samo dok se ne ostvare ciljevi zbog kojih su preduzete.

Član 16. tačka 1.

 Zakonom se, u skladu sa Ustavom, uređuju:

1) način ostvarivanja ljudskih prava i sloboda, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje.

Član 17. stav 2.

Svi su pred zakonom jednaki, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo.

Član 18.

Država jemči ravnopravnost žene i muškarca i razvija politiku jednakih mogućnosti.

Član 67. stav 2.

Država obezbjeđuje materijalnu sigurnost licu koje je nesposobno za rad i nema sredstva za život.

Član 72. st. 1. i 2.

Porodica uživa posebnu zaštitu.

Roditelji su obavezni da brinu o djeci, da ih vaspitavaju i školuju.

Član 73.

Majka i dijete uživaju posebnu zaštitu.

Država stvara uslove kojima se podstiče rađanje djece.

Član 145.

Zakon mora biti saglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, a drugi propis mora biti saglasan sa Ustavom i zakonom.“

Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (»Službeni list SCG - Međunarodni ugovori«, br. 9/03. i 5/05.):

“Član 14.

 Zabrana diskriminacije

Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik ,vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje , nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.“

Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju:

"Član 1.

Opšta zabrana diskriminacije

1. Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije ро bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovijesti, političkom i drugom uvjerenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu, povezanosti s nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu.

2. Javne vlasti neće ni prema kome vršiti diskriminaciju ро osnovima kao što su oni pomenuti u stavu 1."

Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (»Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori«, broj 13/02.)[[1]](#footnote-1):

“Član 1.

Za svrhe ove konvencije, izraz "diskriminacije žena" označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje u pogledu pola, što ima za posljedicu ili cilj da ugrozi ili onemogući priznanje, ostvarenje ili vršenje od strane žena, ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena.

6. Ustav Crne Gore ubraja se u tzv. socijalno svjesne ustave, jer Crnu Goru definiše kao "državu socijalne pravde" (član 1. stav 2. Ustava), odnosno ustavni oblik organizacije države koji zahtijeva ostvarenje socijalnih prava zajamčenih Ustavom i vodeću ulogu državne i javne vlasti u preduzimanju socijalnih mjera. Ustavni karakter socijalnih prava, kao osnovnih prava zajemčenih Ustavom, podrazumijeva dva osnovna zahtjeva države socijalne pravde: državna, odnosno, javna vlast dužna je da sprovodi politiku pravedne i jednake redistribucije nacionalnih resursa radi izjednačavanja (ekstremnih) nejednakosti, s jedne strane, a zakonodavna i izvršna vlast da realizuju sklad između ograničenih sredstava državnog budžeta i socijalnih garancija utvrđenih Ustavom, s druge strane. Sadržaj koncepta države socijalne pravde, pa i Ustavom priznata socijalna prava apstraktne su prirode, iako različitih nivoa apstrakcije. Shodno tome, u sferi javnih politika, posebno onih socijalnih, ali i ekonomskih i finansijskih, zakonodavcu pripada širok prostor slobodnog odlučivanja.To, po ocjeni Ustavnog suda, proizilazi iz činjenice da sva Ustavom predviđena socijalna prava ustavotvorac prepušta na uređenje i razradu zakonodavcu, pri čemu to ovlašćenje najčešće nije izričito. Stoga se ustavne odredbe o socijalnoj državi i socijalnoj pravdi, pa i o priznatim socijalnim pravima, ne mogu primjenjivati neposredno, već je potrebna njihova prethodna zakonska razrada, a vrlo često i njihova dalja konkretizacija putem donošenja podzakonskih propisa za izvršenje zakona.

6.1. Budući da preduzimanje socijalnih mjera proizilazi iz ustavnog koncepta države socijalne pravde, ono je neposredno vezano uz načelo vladavine prava (član 1. stav 2. Ustava), jer se socijalno djelovanje državnih i javnih vlasti mora sprovoditi uz ispunjenje zahtjeva koje pred zakonodavca i izvršnu vlast postavlja načelo vladavine prava. Povreda koncepta države socijalne pravde nastaje kada zakonodavna i/ili izvršna vlast zanemari "početni minimum" potreba u odnosu na mogućnosti koje dozvoljavaju ekonomski resursi zemlje, ali i *vice versa*, kada zakonodavna i/ili izvršna vlast pod vidom socijalnih davanja neopravdano prizna određena materijalna primanja pojedinim grupama lica iznad "početnog minimuma" potreba u odnosu na mogućnosti koje dozvoljavaju ekonomski resursi zemlje ili kada osigurana materijalna pomoć ne odgovara zahtjevima socijalne pravde, bilo da je pokrivenost nekim materijalnim davanjima pogrešno ograničena ili pogrešno usmjerena, bilo da je to davanje nepravedno distribuirano u okviru istovrsne grupe lica koje otežava ujednačavanje socijalnih suprotnosti, što je jedna od osnovnih vrijednosti države socijalne pravde.

61.1. Na osnovu izloženog ustavnopravnog okvira koji je od značaja za razmatranje spornih ustavnopravnih pitanja u ovom predmetu, a posebno na osnovu odredaba člana 73. Ustava, kojima je utvđeno da majka i dijete uživaju posebnu zaštitu i da Država stvara uslove kojima se podstiče rađanje djece, Ustavni sud je ocijenio da je zakonodavac ovlašćen da zakonom uredi pitanja koja se odnose na prava iz socijalne i dječje zaštite odnosno, zaštite majke i djeteta, što uključuje ustavno ovlašćenje da mijenja zakonsko uređenje u ovoj oblasti.

6.1.2. Saglasno tome, zakonodavac je donio Zakon o socijalnoj i dječjoj zaštiti, kojim je uređen način ostvarivanja prava iz socijalne i dječje zaštite, osnovna materijalna davanja u socijalnoj i dječjoj zaštiti, usluge socijalne i dječije zaštite, nadležnost i postupak za ostvarivanje prava iz socijalne i dječje zaštite i druga pitanja važna za obavljanje ove djelatnosti. Zakonom je, u tom smislu, propisano da je socijalna i dječja zaštita djelatnost kojom se obezbjeđuju i ostvaruju mjere i programi namijenjeni pojedincu i porodici sa nepovoljnim ličnim ili porodičnim okolnostima, koji uključuju prevenciju, pomoć u zadovoljavanju osnovnih životnih potreba i podršku; da je socijalna i dječja zaštita djelatnost od javnog interesa i da ostvarivanje javnog interesa u socijalnoj i dječjoj zaštiti obezbjeđuju Crna Gora i lokalna samouprava pod uslovima i na način propisan ovim zakonom (čl. 2. i 3.). Prava iz socijalne i dječje zaštite su: osnovna materijalna davanja i usluge socijalne i dječje zaštite (član 11. Zakona). Osnovna materijalna davanja iz dječje zaštite su: naknada za novorođeno dijete; dodatak za djecu; troškovi ishrane u predškolskim ustanovama;pomoć za vaspitanje i obrazovanje djece i mladih sa posebnim obrazovnim potrebama;refundacija naknade zarade i naknada zarade za porodiljsko, odnosno roditeljsko odsustvo; naknada po osnovu rođenja djeteta; naknada po osnovu rođenja troje ili više djece; refundacija naknade zarade i naknada zarade za rad sa polovinom punog radnog vremena. Odredbama člana 40. st. 1. i 2. Zakona propisano je da Država može obezbijediti i druga materijalna davanja iz dječje zaštite, u skladu sa materijalnim mogućnostima.

7. Ustavni sud je utvrdio da je Zakon o dopuni Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti, koji sadrži osporene odredbe člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Skupštini Crne Gore predložio poslanik Socijalističke narodne partije (SNP) A. D. i da je Vlada Crne Gore Skupštini uputila negativno mišljenje o tom predlogu. U postupku donošenja Zakona o dopuni Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti Skupštini nije predočena procjena broja majki/žena koje bi mogle zatražiti doživotnu naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece, kao ni finansijska procjena efekata isplate na godišnjem nivou, iako se obaveza sprovođenja procedure koja je propisana za postupak predlaganja zakona (npr. javna rasprava), kao i obaveza blagovremenog predočavanja svih činjenica i podataka relevantnih za odlučivanje o predlogu zakona, (finansijska procjena efekata zakona), odnosi na sve ovlašćene predlagače zakona pa i na poslanike, što je u ovom slučaju izostalo.

7.1. Zakon o dopuni Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti, čije su odredbe osporene donijela je Skupština Crne Gore 25. saziva, na petoj sjednici prvog redovnog (proljećnjeg) zasijedanja u 2015. godini, 16. jula 2015. godine. Zakon je donesen na osnovu odredaba člana 82. stav 1. tačka 2. i Amandmana IV. stav 1. na Ustav Crne Gore. Zakon je objavljen u "Službenom listu Crne Gore", broj 42, od 29. jula 2015. godine, stupio je na snagu 6. avgusta 2015. godine, a primjenjuje se od 1. januara 2016. godine. Osporenim odrebama člana 4. (54.a i 54.b) Zakona propisano je da žena koja rodi troje djece i ostvari najmanje 25 godina radnog staža, odnosno žena koja rodi četvoro ili više djece i ostvari najmanje 15 godina radnog staža ima pravo, na doživotnu mjesečnu naknadu u visini 70% prosječne neto zarade u Crnoj Gori, i da žena koja rodi troje i više djece a koja se nalazi na evidenciji Zavoda za zapošljavanje najmanje 15 godina, ima pravo, ukoliko to želi, na doživotnu mjesečnu naknadu u visini od 40% prosječne neto zarade u Crnoj Gori.

7.1.1. Analizirajući osporene odredbe člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona, u odnosu na navode i razloge istaknute u inicijativi podnosilaca, Ustavni sud je utvrdio da propisana zakonska mjera ima sljedeće pravne posljedice:

1. svaka žena - crnogorska državljanka - koja rodi troje ili više djece ima pravo na doživotnu naknadu, koja se isplaćuje iz državnog budžeta na mjesečnom nivou, počev od dana primjene Zakona, tj. od 1. januara 2016. godine;

2. pravo na doživotnu naknadu, u zakonom utvrđenom iznosu po osnovu rođenja troje ili više djece, uz pripadajuće pravo na zdravstveno osiguranje, ima svaka žena - crnogorska državljanka - koja nije u radnom odnosu ili prekine radni odnos radi primanja naknade, odnosno ne koristi pravo na penziju ili prekine korišćenje prava na penziju radi primanja naknade, ako:

- rodi ili je na dan 1. januara 2016. godine već rodila troje djece, pod uslovom da je ostvarila najmanje 25 godina radnog staža,

- rodi ili je na dan 1. januara 2016. godine već rodila četvoro ili više djece, pod uslovom da je ostvarila najmanje 15 godina radnog staža;

3. pravo na naknadu, uz pripadajuće pravo na zdravstveno osiguranje, ima i svaka žena - crnogorska državljanka – koja rodi ili je na dan 1. januara 2016. već rodila troje ili više djece, pod uslovom da se na evidenciji Zavoda za zapošljavanje nalazi najmanje 15 godina;

4. osporena naknada ima sistemski i trajni karakter (važi vremenski neograničeno);

5. sukcesivno se isplaćuje iz državnog budžeta svakog mjeseca;

6. u odnosu na adresate Zakona ima selektivni karakter, jer se odnosi samo na određenu grupu žena/majki;

7. selekcija među ženama dijelom se vrši i prema ne-socijalnom kriterijumu: dužini radnog staža i

8. u fiskalni sistem Crne Gore uvedena je trajna budžetska obaveza isplate posebnih mjesečnih naknada jednoj grupi žena, što doživotnu naknadu, po osnovu rođenja troje ili više djece svrstava u trajne državne rashode.

7.2. Ustavni sud je ocjenio da osporene odredbe člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona nijesu u saglasnosti s odredbama čl. 8. i 18., člana 72. st. 1. i 2., člana 73. Ustava i člana 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju o zabrani diskriminacije, rodnoj ravnopravnosti, zaštiti porodice i zaštiti majke i djeteta.

7.2.1. Zabrana diskriminacije, prema Ustavu ima opšte značenje i nije ograničena samo na uživanje ustavnih prava i sloboda. Bliže određenje diskriminacije, kao i moguće diskriminatorske osnove u crnogorskom pravu sadržane su u Zakonu o zabrani diskriminacije (“Službeni list Crne Gore“, br. 46/10. i 18/14.), kao npr. pol, rodni identitet, zdravstveno stanje, invaliditet, starosna dob, imovno stanje, bračno ili porodično stanje, pripadnost grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, ali samo egzemplifikativno, što proizilazi iz odredbe člana 2. stav 2. tog zakona u dijelu koji glasi: "kao i drugim ličnim svojstvima“[[2]](#footnote-2). Načelo zabrane diskriminacije *(principle of non-discrimination)* i načelo jednakosti *(principle of equality)* sadržana su i u svim osnovnim međunarodnim i regionalnim instrumentima o ljudskim pravima. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odredbama člana 14., sadrži akcesornu zabranu diskriminacije (koja se odnosi samo na prava zaštićena Evropskom konvencijom), po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status. Za razliku od člana 14. Evropske konvencije, koji zabranjuje diskriminaciju u uživanju prava i sloboda priznatih u samoj Konvenciji, član 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju je »samostalna« odredba *(*»*free standing*« *provision),* koja zabranjuje da javna vlast diskriminiše bilo koga *»u uživanju svih prava određenih zakonom«* po bilo kojoj diskriminatorskoj osnovi. Evropski sud za ljudska prava je u svojim presudama, u skladu sa formulacijom *»drugi status«,* ustanovio i druge diskriminatorske osnove, koje nijesu konačne. U kategoriju *»drugi status«,* u suštini, spada sve ono drugo što nije već navedeno u članu 14 Evropske konvencije. Član 14. Evropske konvencije i član 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju komplementarni su mehanizmi konvencijske zaštite u području zabrane diskriminacije koji se međusobno upotpunjuju.

7.2.1.1. Osporenim propisivanjem da se pravo na doživotnu naknadu iz odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona priznaje majkama koje rode troje ili više djece, po ocjeni Ustavnog suda, stvoren je novi osnov diskriminacije u odnosu na mogućnost ostvarenja materijalnih davanja države. Činjenicu porođaja osporene odredbe Zakona, po ocjeni Ustavnog suda, neosnovano pretvaraju u lično svojstvo žene uz koje se veže novo zakonsko pravo na lična materijalna primanja, doživotno.

7.2.1.2. Pored toga, zakonsko pravo na doživotnu naknadu iz osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona priznaje se majkama koje su rodile troje ili više djece, ali se to pravo, ne priznaje očevima troje ili više djece, iz čega, po ocjeni Ustavnog suda, jasno proizilazi da naknada nije namijenjena roditelju kao takvom, nezavisno od toga da li se radi o majci ili ocu, i da nije zamišljena kao socijalna pomoć države u podizanju djece i brizi za djecu, u smislu odredaba člana 18. i člana 72. stav 1. Ustava, kojima je utvrđeno da Država jemči ravnopravnost žene i muškarca (...) i da porodica uživa posebnu zaštitu. U tom smislu u predmetu *Weller protiv Mađarske[[3]](#footnote-3)*, Evropski sud je utvrdio povredu člana 14. u vezi s članom 8. Evropske konvencije, zbog razlike u postupanju (tj.isključenja iz kruga lica ovlašćenih na majčinski dodatak) koja je dovela do diskriminacije svakoga pojedinog podnosioca:

''Primjena člana 14. u vezi sa članom 8.

29. Sud primjećuje, na početku, da među strankama u postupku nije sporno, da podnosilac može da se pozove na član 14. Konvencije. Budući, da davanjem naknade u pitanju, Mađarska država priznaje pravo na poštovanje porodičnog života u smislu člana 8. (vidjeti predmet Petrović, gore citiran, stav 29.) Sud ne nalazi ni jedan razlog da utvrdi suprotno. Štaviše, nije sporno, da uskraćivanje prava aplikanta na naknadu, dovodi do razlike u tretmanu na osnovu roditeljskog statusa prvog podnosioca predstavke i nacionalnosti majke drugog i trećeg podnosioca predstavke.

Međutim, Vlada tvrdi da ove razlike imaju legitiman cilj i da su primjenjenene u skaldu sa načelom proporcionalnosti.

 (ii) Opravdanost razlike u postupanju

30.Početna tačka u ocjeni Suda je priroda majčinskog dodatka, budući da je to ključni element za definisanje grupe s kojom se situacija podnosioca treba uporediti. Sud primjećuje da se taj dodatak odnosi na vrijeme poslije porođaja. Za Sud, primarni finansijski karakter dodatka posve je jasan iz činjenice da ga usvojioci i oni koji brinu o djeci, a u posebnim okolnostima i očevi, takođe mogu zahtijevati.

31.Sud smatra da taj široki krug ovlašćenih lica dokazuje da dodatak ima cilj pružiti podršku novorođenoj djeci i cijeloj porodici koja ih podiže, a ne redukuje ga samo na teškoće porođaja koje je pretrpjela majka. Vladin protivargument, naime, da je pravo na dodatak uslovljeno učešćem u obukama o roditeljskoj brizi ne može biti odlučujući, budući da taj zahtjev mora ispuniti samo majka. Usvojiteljii ili oni koji brinu o djeci, očito su izuzeti od tog zahtjeva.

32. Situacija podnosioca stoga može biti uporediva s onim porodicama i njihovim članovima koji uživaju majčinski dodatak.''

7.2.1.3. Priznavanje doživotne naknade po osnovu rođenja troje ili više djece, propisano osporenim odredbama člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona, po ocjeni Ustavnog suda, ne može se smatrati ni posebnom mjerom pozitivne diskriminacije u smislu odredaba člana 8. st. 2. i 3. Ustava, koja bi bila usmjerena na stvaranje uslova za ostvarivanje nacionalne, rodne i ukupne ravnopravnosti i zaštite lica koja su po bilo kom osnovu u nejednakom položaju. Naknada po osnovu rođenja troje ili više djece, propisana osporenim odredbama člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona, je trajne prirode i ženi pripada doživotno, pa ni po tom osnovu ne može biti ubrojana u posebne mjere u smislu odredbe člana 8. stava 3. Ustava, kojom je propisano da se posebne mjere "mogu primjenjivati samo dok se ne ostvare ciljevi zbog kojih su preduzete". Ustavni sud je ocjenio, da ustavna struktura crnogorske države socijalne pravde ne smije biti narušena zakonskom mjerom koja samo prividno spada u mjere socijalne politike, jer po svojoj suštini nije u funkciji državnih ciljeva u oblasti socijalnog osiguranja koji su utvrđeni u odredbama člana 67. Ustava („“*Država obezbijeđuje materijalnu sigurnost licu koje je nesposobno za rad i nema sredstava za život“*), a nije ni u funkciji državnih ciljeva u oblasti porodičnih odnosa i njihove zaštite, racionalnim i održivim sistemom socijalnih davanja koji će imati jasne legitimne ciljeve, usklađene s državnim ciljevima u području socijalne politike.

7.2.2. Osporena naknada po osnovu rođenja troje ili više djece, po ocjeni Ustavnog suda, ne služi ni ostvarenju državnog cilja propisanog odredbom člana 72. stav 1. Ustava, koji glasi: "Porodica uživa posebnu zaštitu." S ustavnopravnog aspekta je relevantno da se doživotna naknada iz osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona priznaje isključivo ženi koja je nakon početka primjene Zakona stvarno rodila troje ili više djece. Ta pravna činjenica ukazuje na pravu prirodu naknade iz odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona, odnosno da se u suštini radi o javnopravnoj novčanoj kompenzaciji za višestruke porođaje koje je žena/majka imala, nezavisno od toga da li je ona stvarno obavljala svoje roditeljske dužnosti prema djeci koju je rodila. Stoga, cilj doživotne naknade, po ocjeni Ustavnog suda, nije održavanje porodice ili olakšavanje uslova za podizanje djece u porodici, kao ni podsticanje roditeljstva, jer bi u tom slučaju naknadom morala biti obuhvaćena oba roditelja, nezavisno od pola.

7.2.3. Iz navedenog, po ocjeni Ustavnog suda, proizilazi da se sve žene/majke koje prihvate javnopravne novčane kompenzacije iz osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona stavljaju u poseban povlašćeni pravni režim, odnosno da se izuzimaju iz redovnog radnopravnog i penzijskog režima Crne Gore, kao i iz opšteg režima koji važi za nezaposlena lica, pri čemu ostaje otvorena legitimnost, kao i racionalna opravdanost takvog izuzimanja. Povlašćeni režim iz odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona aktivira se tek *post facto*, kada žene/majke već steknu određeni broj godina radnog staža (15, odnosno 25), ili pak određeni broj godina u evidenciji za nezaposlene (15 godina). Drugim riječima, za zakonski kriterijum za priznavanje doživotne naknade po osnovu rođenja troje ili više djece zakonodavac je odabrao biološku činjenicu (višestruke porođaje žene), ali je istovremeno naložio da upravo u najreproduktivnijem biološkom periodu života žene/majke i u godinama neposredno poslije porođaja, ta ista žena/majka mora raditi da bi - nakon 15 ili 25 godina - ispunila zakonske uslove za prestanak radnog odnosa (ili čak za prestanak penzijskog statusa) ili se nalaziti na evidenciji Zavoda za zapošljavanje najmanje 15 godina, radi dobijanja javnopravne novčane kompenzacije za porođaje koji su se, po pravilu, dogodili godinama ranije.

7.2.3.1. Zakonsko pravo na doživotnu naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece osporenim odredbama člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona priznaje se samo ženama/majkama koje rode četvoro djece i imaju 15 godina radnog staža, po pravilu su starije od 35 godina, odnosno ženama/majkama koje su rodile troje djece i imaju 25 godina radnog staža, po pravilu su starije od 45 godina, čija djeca samo u izuzetnim slučajevima do stupanja na snagu Zakona, tj. njegove primjene, mogu biti novorođenčad ili djeca predškolskog uzrasta. Tako definisana naknada, po ocjeni Ustavnog suda, ne može se smatrati socijalnim davanjem koje služi zaštiti majke i djece ili da je u funkciji njihove zaštite, kako je to utvrđeno odredbom člana 73. stav 1. Ustava ( "Majka i dijete uživaju posebnu zaštitu").

7.2.3. Doživotna naknada po osnovu rođenja troje ili više djece iz osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona ne bi se, po nalaženju Ustavnog suda, mogla podvesti ni pod bilo koju drugu legitimnu mjeru socijalne politike u okviru države socijalne pravde, kako je Ustavom definisana Crna Gora. Na taj način, *post facto* definisana i uređena naknada ne može se dovesti u vezu s ostvarenjem državnog cilja podsticanja nataliteta u smislu odredbe člana 73. stav 2. Ustava ("Država stvara uslove kojima se podstiče rađanje djece.").

7.3. Ustavni sud je ocijenio da su osporenim odredbama člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona povrijeđeni ustavni principi o vladavini prava i o saglasnosti pravnih propisa, iz odredaba člana 1. stav 2. i člana 145. Ustava.

 7.3.1. Vladavina prava, kao najviša vrijednost ustavnog poretka, sadrži i pitanje o opštim obilježjima koje zakoni moraju imati da bi bili saglasni s načelom vladavine prava (član 1. stav 2. i član 145. Ustava). Evropski sud je u tom smislu, u predmetu *Sunday Times (No.1) protiv Ujedinjenog Kraljevstva[[4]](#footnote-4)* prvi put ustanovio standard zakonitosti, koji mora biti ispunjen da bi se riječ “zakon”, u sintagmi “propisan zakonom” (engl. *“prescribed by law”*), smatrao zakonom:

"49. Po mišljenju suda, dva zahtjeva koja proizlaze iz izraza “propisano zakonom” su sljedeća. Prvo, zakon mora biti primjereno dostupan: građanin mora biti u stanju dobiti upozorenje primjereno u okolnostima pravnih pravila primjenjivih na taj slučaj. Drugo, norma se ne može smatrati “zakonom” osim ako nije formulisana sa dovoljnom preciznošću koja omogućava građaninu da upravlja svojim ponašanjem: on mora biti u stanju – ako treba i uz odgovarajući savjet – predvidjeti, do razumnog stepena u datim okolnostima, posljedice koje neka radnja može izazvati. (…).”

7.3.1.1. U predmetu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva[[5]](#footnote-5)* Evropski sud je dalje razvio pojam “zakonitosti” vezujući ga za zabranu zloupotrebe ovlašćenja:

„68. (...). Bilo bi protivno vladavini prava kada bi se diskreciona ovlašćenja dodijeljena nekom izvršiocu izražavala u obliku neobuzdane moći. Prema tome, zakon mora ukazati na djelokrug bilo kojeg takvog diskrecionog ovlašćenja prenijetog na nadležne organe i na način njegovog vršenja sa dovoljnom jasnoćom, uzimajući u obzir zakoniti cilj mjere u pitanju, kako bi se adresatu zakona pružila odgovarajuća zaštita od samovoljnog miješanja državnih organa.”

7.3.1.2. U predmetu*[[6]](#footnote-6) Evropski sud* je zauzeo stav da bi termin „zakon“ trebalo tumačiti, u suštinskom, a ne u formalnom smislu:

 “26. Izraz u skladu sa zakonom u smislu člana 8. stav 2., zahtijeva prvo da osporena mjera treba imati neku osnovu u domaćem pravu, takođe i upućuje i na kvalitet zakona o kojem je riječ, zahtijevajući da mora biti dostupan osobi kojoj, štaviše, mora biti omogućeno da predvidi njegove posledice za nju i biti saglasan sa vladavinom prava.”

7.4. Iznavedenih stavova Evropskog suda proizilazi da propisi države, ili pojedinačne mjere ograničenja ljudskih prava, moraju biti dostupni, predvidljivi, zakon mora ukazati na obim diskrecionog prava povjerenog ovlašćenim organima i na dovoljno precizno formulisan način urediti korišćenje tog diskrecionog prava, radi pružanja odgovarajuće zaštite građanima od arbitrarnog odlučivanja da bi, u smislu Evropske konvencije, bili “u skladu sa zakonom”. Svrha svakog zakona, kojim se uređuje nadležnost i rad bilo kog državnog organa, u tom smislu, je određivanje njegovog djelokruga rada i granice njegovih ovlašćenja, postupak po kojem vrši poslove, kao i nadzor nad njegovim radom.

7.4.1. Ustavni sud je ocijenio da osporene odredbe člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti ne ispunjavaju standard zakonitosti, u smislu navedenih stavova Evropskog suda. Naime, osporenim odredbama Zakona nije jasno definisano da li se zakonsko određenje „*žena koja rodi troje ili više djece (..)“* i „*žena koja rodi troje ili više djece, a koja se nalazi na evidenciji Zavoda za zapošljavanje (..)“* odnosi na vrijeme od stupanja na sanagu Zakona, tj. od 6. avgusta 2015. godine ili se odnosi na vreme od početka njegove primjene, tj. od 1. januara 2016. godine. Takođe, nije jasno da li se Zakon odnosi i na žene/majke koje su se, saglasno odredbi člana 4. Porodičnog zakona[[7]](#footnote-7), kao roditelj starale o zaštiti interesa i dobrobiti svoje djece, koje su ih podizale, vaspitale i osposobljavale ih za samostalan život, ili se to odnosi i na one žene/majke koje u tome, iz raznih razloga, nijesu učestovale. Osim toga, diskreciona ocjena tih okolnosti, odnosno njihova primjena, po ocjeni Ustavnog suda, data je Centrima za socijalno staranje i Ministarstvu rada i socijalnog staranja, čime je omogućeno neprihvatljivo područje arbitrarnosti u postupku utvrđivanja ispunjenosti uslova za ostvarivanje osporenih prava. Na taj način, državnim organima je omogućeno da *te okolnosti (vrijeme primjene)* utvrđuju arbitrarno, po sopstvenom nahođenju, od slučaja do slučaja, i da njihova primjena bude suprotna ustavnom principu zabrane povratnog dejstva pravnih propisa, iz odredaba člana 147. Ustava.

7.4.1.1. Ustavni sud je ocjenio da je zbog nepreciznosti osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona, došlo do njihove retroaktivne primjene *(ex tunc)* na način da je pravo na naknadu ostvarilo više hiljada žena koje su rodile *»troje djece i ostvarile najmanje 25 godina radnog staža* », žena koje su rodile »*četvoro i više djece i ostvarile najmanje 15 godina radnog staža*», i one koje su rodile »*troje i više djece, a nalaze se na evidenciji Zavoda za zapošljavanje najmanje 15 godina«*, iako iz jezičkog, sistematskog, ciljnog ili teleološkog tumačenja normativnog određenja iz osporenih odredaba: *»žena koja rodi*«, po ocjeni Ustavnog suda, proizilazi da se radi o odredbi koja se primjenjuje za ubuduće (*ex nunc).* Odredba zakona koja dopušta neizvjesnost u pogledu krajnjeg efekta, po ocjeni Ustavnog suda, ne može se smatrati odredbom koja je zasnovana na načelu vladavine prava, niti odredbom kojom je ustanovljeno načelo pravne izvjesnosti i predvidljivosti. Ustavni sud je, stoga, ocijenio da se i sa ovog razloga osnovano postavlja pitanje saglasnosti osporenih odredaba člana 4. (čl. 54.a i 54.b) Zakona s načelom vladavine prava, kao najvišoj vrijednosti ustavnog poretka (član 1. stav 2. i član 145. Ustava).

9. Na osnovu iznijetih razloga, riješeno je kao u izreci.

PREDSJEDNICA,

Desanka Lopičić, s.r.

1. (Odobrena i predložena za potpis, ratifikaciju i pristupanje Rezolucijom Generalne skupštine 34/180 od 18. decembra 1979. stupila na snagu: 3. septembra 1981. u skladu sa članom 27 (1)’’). [↑](#footnote-ref-1)
2. “Diskriminacija je svako neopravdano, pravno ili faktičko, neposredno ili posredno pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje postupanja prema jednom licu, odnosno grupi lica u odnosu na druga lica, kao i isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva nekom licu u odnosu na druga lica, koje se zasniva na rasi, boji kože, nacionalnoj pripadnosti, društvenom ili etničkom porijeklu, vezi sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jeziku, vjeri ili uvjerenju, političkom ili drugom mišljenju, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, zdravstvenom stanju, invaliditetu, starosnoj dobi, imovnom stanju, bračnom ili porodičnom stanju, pripadnosti grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugim ličnim svojstvima.“ [↑](#footnote-ref-2)
3. Presuda, od 31. marta 2009. godine, zahtjev br. 44399/05. [↑](#footnote-ref-3)
4. Presuda, od 26. aprila 1979., zahtjev br. 6538/74, § 49. [↑](#footnote-ref-4)
5. Presuda od 2. avgusta 1984. godine, predstavka br. 8691/79. [↑](#footnote-ref-5)
6. Presuda, od 24. aprila 1990., zahtjev br. 1110/84. [↑](#footnote-ref-6)
7. "SlužbenI list Republike Crne Gore", broj 1/07. i SlužbenI list Crne Gore", broj 53/16. [↑](#footnote-ref-7)