

IZDOJENO RAZLIČITO I SAGLASNO IZDOJENO MIŠLJENJE SUDIJA

SNEŽANE ARMENKO I MOMIRKE TEŠIĆ

Uz Odluku Ustavnog suda Crne Gore, U-I. br. 30/20, 41/21, 43/21, 10/22 i 11/22

I

Ne slažemo se sa većinom sudija Ustavnog suda, da je član 17 stav 1 Zakona o PIO, „*povrijedio ustavne principe o zabrani diskriminacije, jednakosti svih pred zakonom i rodnoj ravnopravnosti, jer je kao zakonski kriterijum za sticanje prava osiguranika na starosnu penziju propisao različit broj godina života isključivo u zavisnosti od ličnog svojstva osiguranika, tj. biološke karakterstike – pola i na taj način osiguranike doveo u međusobno neravnoravan položaj u pogledu ispunjavanja uslova za sticanje prava na starosnu penziju za muškarce (66) i žene (64) te da im je time uskratio pravo da pod istim uslovima stiču pravo na starosnu penziju.*“

Ne slažemo se ni sa stavom većine da „*propisivanje niže starosne granice za ostvarivanje prava na starosnu penziju za žene u odnosu na muškarce ne predstavlja pozitivnu diskriminaciju žena u cilju zaštite žena zbog njenih bioloških funkcija jer nije usmjereno na sprječavanje ili nadoknađivanje nedostataka u profesionalnom životu žena.*“

Naime, inicijative za ocjenu ustavnosti i zakonitosti ovih članova isključivo je podnijelo više sudija i Sudski savjet smatrajući da se osporenim odredbama sudije stavljaju u neravnopran položaj i diskriminišu prilikom ostvarivanja prava na starosnu penziju u odnosu na druge javne funkcionere koji nemaju ograničenje u smislu prestanka funkcije ostvarivanjem uslova za starosnu penziju, kao i na druge državne službenike i namještenike koji mogu da rade do 67 godina. Određene sudije isticale su diskriminaciju između muškaraca i žena sudija u pogledu prestanka njihove funkcije.

Sve sudije Ustavnog suda su, ocjenjujući inicijative zaključile da sudije nijesu, ni sa aspekta Ustava niti zakona, u uporedivoj činjeničnoj i pravnoj situaciji sa drugim javnim funkcionerima i državnim službenicima i namještenicima, jer je za ta lica predviđen drugi različiti pravni režim.

Naime, saglasili smo se „*da se odredbom člana 17 stav 1 i 2 Zakona o PIO ne uređuju uslovi za prestanak sudijske funkcije*“ niti radnog odnosa, *već se njima propisuju uslovi za ostvarivanje prava na starosnu penziju osiguranika u zavisnosti od njihove volje i iste se ne odnose samo na sudije, već na sve osiguranike*“.

Međutim, i pored navedenog zaključka sa kojim su se složile sve sudije, posebno da je riječ o pravu izbora u pogledu prava na ostvarivanje starosne penzije, većina je utvrdila da je ovaj stav člana 17 ipak diskriminatoran.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju je sistemski zakon koji ima opštedruštveni karakter i koji djeluje na lične i statusne situacije svakog građanina i koji ima „kapilarne učinke na pojedince i cjelokupnu društvenu zajednicu jer ulazi u dom svakog čovjeka i direktno utiče na socijalnu stvarnost“ građana i građanki Crne Gore.

Prilikom razmatranja i odlučivanja, nije uzeto u obzir da je Crna Gora kao i veliki broj zemalja EU i šire, omogućila privilegiju ženama po ovom osnovu, poštujući direktive i međunarodne ugovore.

U svojoj publikaciji¹ Međunarodna organizacija rada (MOR/ILO) je u dijelu „Penzije“ zaključila da:

„u zemljama u kojima postoji mogućnost da se žene ranije penzionišu, trebalo bi im omogućiti da izaberu da ostanu na poslu do iste starosne dobi kao što je određeno za muškarce. U Evropskoj uniji, na primjer, činjenica da je radnica dostigla minimalnu starosnu granicu za odlazak u penziju prema penzionoj šemi ne daje pravo poslodavcu da je otpusti“.

Dakle, različite starosne granice za ranije penzionisanje žena u zavisnosti od njihove volje u odnosu na muškarce, po pravu i po praksi, nije samo po sebi diskriminacija i prepoznaju ga zemlje u samoj Evropskoj Uniji i šire.

Prilikom odlučivanja o ustavnosti osporene odredbe člana 17 stav 1 Zakona o PIO koje su, ponavljamo, problematizovale samo sudije, nisu razmatrani brojni dostupni zvanični podaci Evropske unije da je izjednačavanje starosne dobi za odlazak u penziju kontroveržno pitanje sa potencijalnim dvosmislenim efektima na rodnu razliku u penzijama. Naime, izjednačavanje zakonske starosne granice za penzionisanje muškaraca i žena može imati dugoročan pozitivan efekat na adekvatnost prava na penziju žena u starosti, jer će obezbijediti doprinose na duži period i stimulisati ponudu radne snage žena.

Međutim, viša starosna granica za odlazak u penziju može povećati teret brige za žene, jer se smatra da obavljaju neplaćeni porodični posao i do poslednjih godina neplaćeni porodični rad žena je kompenzovan ranijim pristupom penzionom sistemu; sa povećanjem starosne granice za odlazak u penziju moraće da se usvoje ili ojačaju specifične politike kako bi se smanjio ovaj teret na žene, zaključak je Evropskog parlamenta u publikaciji iz 2016. godine.²

Postoje i brojni drugi razlozi koji i sa biološkog, socijalnog, ekonomskog aspekta opravdavaju države koje prave pozitivnu diskriminaciju žena i muškaraca u pogledu različite starosne granice za dobrovoljno penzionisanje žena u odnosu na muškarce.

Imajući u vidu navedene zvanične podatke i analize referentnih međunarodnih organizacija, nesumnjivo ne stoje razlozi niti pravno utemeljenje konkretne odluke Ustavnog suda, jer navedeno pitanje ne predstavlja pitanje diskriminacije, već pitanje brižljivog i pažljivog kreiranja i vođenja socijalne politike od strane Države i Vlade.

Smatramo da je većina podržala odluku koja nije zasnovana na sveobuhvatnom pregledu i analizi relevantnih odredbi Zakona o PIO, relevantnoj praksi ESLJP i Evropskog suda pravde, međunarodnim dokumentima, kao ni detaljnom i ozbiljnom istraživanju u pogledu pitanja da li je zaista ovaj stav člana 17 Zakona o PIO, koji se primjenjuje isključivo u zavisnosti od volje žene osiguranika, bilo ženu bilo muškarca stavlja u nepovoljan položaj.

U tom pravcu ukazujemo da je član 17 Zakona o PIO neutralna odredba koja ne izdvaja niti jednu profesiju.

Stoga, kao pogrešan cijenimo stav većine sudija da je samo pravljenje razlike na osnovu pola u pogledu propisivanja uslova za ostvarivanje starosne penzije *a priori* diskriminacija, jer navodno „*nije usmjerena na sprječavanje ili nadoknađivanje nedostataka u profesionalnom životu*“.

¹ ABC of women workers' rights and gender equality, Second edition, International Labour Office Geneva, 2007, str. 153.

² Directorate-General for Internal Policies, Policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Women's rights and Gender equality, The gender pension gap: differences between mothers and women without children, 2016.

Da bi izveo takav zaključak Ustavni sud je morao, a nije sproveo, test primjene standarda za ocjenu postojanja diskriminacije kao nužan u ovom i sličnim slučajevima i koji je trebao da slijedi prije nego što donese odluku.

Ti standardi dati su u vodećem predmetu *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³ u kojem se Evropski sud za ljudska prava u Strazburu upravo bavio pitanjem da je li propisana starosna granica za dobrovoljan odlazak u penziju između muškaraca i žena u Ujedinjenom Kraljevstvu bila diskriminatorna. Evropski sud je nakon sveobuhvatne analize istorije socijalne politike i položaja žena i muškaraca na tržištu rada i visine penzije zaključio „da je razlika prvobitno namijenjena ispravljanju nepovoljnog ekonomskog položaja žene u odnosu na muškarca.“ Dalje je zaključio „da je takvo razlikovanje bilo razumno i objektivno opravdano sve dok društvene i ekonomske promjene ne uklone potrebu za poseban tretman žena po tom pitanju.“ U tom pravcu je zaključeno da „odluka Države i sredstva i način za ispravljanje nejednakosti nisu bili očigledno nerazumni da prekoračuju široko polje procjene koje se državi dozvoljava u oblasti socijalne i penzione politike.“ Osim toga, Sud je iznio zaključak da je **“ nemoguće odrediti bilo koji određeni trenutak kada nepravda prema muškarcima uzrokovana različitim starosnim dobima za penziju prevladava potrebu za ispravljanjem nepovoljnog položaja žena.”**⁴

Dakle, ESLJP nije utvrdio povredu zabrane diskriminacije po ovom pitanju.

Stoga, imajući u vidu prednje navedeno izostao je i odgovor u pogledu ključnih pitanja za ocjenu da li je riječ o diskriminaciji, a naročito,

- da li je bilo razumno i objektivno opravdano po ovom osnovu napraviti razliku na način što se ženama omogućava ovo pravo, da ukoliko žele ostvare starosnu penziju prije nego što joj po sili zakona prestane radni odnos pod istim uslovima kao muškarcu,
- da li su društvene i ekonomske prilike i promjene uslovile potrebu za posebnim tretmanom žena,
- da li je takva odluka države da uvede ovu nejednakost bila toliko očigledno nerazumna da bi prekoračila široko polje procjene koje je državi dozvoljeno u ovoj oblasti,
- i na kraju, nije analizirao brojne relevantne faktore kao što je položaj žena na tržištu, biološke funkcije (u smislu materinstva) i slično.

Smatramo da je ovo vrlo složeno pitanje koje je zahtijevalo detaljnije sagledavanje svih aspekata postojanja diskriminacije u konkretnom slučaju, sprovođenje javne rasprave, kao i sprovođenje sveobuhvatnog istraživanja o položaju žena i muškaraca na tržištu rada Crne Gore.

Bez neophodnog preispitivanja se zaključilo da je „*neosnovano izjašnjenje Vlade*“ da je ovo zakonsko rješenje rezultat dugogodišnjih pregovora predstavnika sindikata radnika i Vlade u cilju poboljšanja položaja žena u smislu prava izbora te da „*ne sadrži kvalifikovani javni interes*“, kao ni „*objektivno i razumno opravdanje za utvrđivanje različitih starosnih granica za sticanje prava na starosnu penziju u zavisnosti od pola osiguranika*“.

Takođe, Odlukom se selektivno interpretira par odluka ESLJP i Evropskog suda pravde koje nisu referentne za ovu vrstu odluke jer se tiču drugačijeg pravnog konteksta. Odluka ne sadrži sveobuhvatniji pregled prakse međunarodnih sudova, kako one za koje je većina smatrala da su referentne tako i one koje idu u prilog drugačijem zaključku. Ovo se posebno odnosi na naprijed citiranu odluku ESLJP, *Stec i*

³ Predstavka br.65731/01 i 65900/01 od 12. aprila 2006. godine.

⁴ Vidjeti stav 61 presude.

drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, i drugih referentnih odluka ESLJP i Evropskog suda pravde na koje se sam Sud pozvao u ovoj presudi.

Takođe, ne može se kao na relevantnu, pozivati na odluku Ustavnog suda Crne Gore, U. br. 158/83, 177/83 i 53/84 od 21. decembra 1984. godine, kojim je utvrđeno da su odredbe tada važećeg Zakona o radnim odnosima kojim je bilo propisano da „ženi radniku prestaje radni odnos po sili zakona kada navrší 35 godina penzionog staža, odnosno 60 godina života“ jer je ovo bila prinudna norma koja je propisivala obavezan prestanak radnog odnosa po sili zakona ženi različito od muškarca.

Ova odluka nije uporediva.

Važeći Zakon o radu i Zakon o državnim službenicima i namještenicima propisuje iste uslove i muškarcu i ženi za prestanak radnog odnosa. Zakon o PIO ne propisuje uslove za prestanak radnog odnosa već uslove čijim ispunjenjem se stiče pravo na ostvarivanje starosne penzije, a ne i obavezu da po sili zakona ostvari to pravo.

Smatramo da je većina sudija olako potrla razliku propisanu čl. 17 st. 1 Zakona o PIO, za koju odluku se po našem mišljenju, dala pojednostavljena i uopštena ocjena ustavnosti.

Ustavni sud je bio dužan sprovesti postupak, slijedeći domaće i međunarodne parametre i indikatore, imajući u vidu položaj i prisustvo oba pola na tržištu rada, a što je u konkretnom slučaju, nažalost izostalo.

Ovakvom većinskom odlukom Ustavni sud je sam izvršio reformu socijalne politike.

Drugo pitanje je kakve posljedice proizvodi ova odluka?

Ukidanjem člana 17 stav 1 Zakona o PIO nastala je pravna praznina, budući da se velikom broju građana nanosi moguća šteta u vidu prestanka radnog odnosa po sili zakona bez mogućnosti ostvarivanja prava na starosnu penziju i nepoznata sudbina uplaćenih doprinosa u tom slučaju, posebno u odnosu na muškarce jer se na njih ne odnosi čak ni odredba člana 197đ Zakona o PIO koja je akcesorna stavu 1 člana 17 istog Zakona i samim tim je upitna njena primjena.

Smatramo da se član 17 stav 1 Zakona o PIO nije mogao cijeniti izolovano od člana 197đ, kao ni drugih zakonskih odredbi u kojima se referira ili na član 17 integralno ili samo na njegov prvi stav.

Prirodno se nametnulo pitanje, kako se mogla cijeniti ustavnost određenog člana a da se ne sagledaju sve norme koje ga dopunjavaju i daju mu puni smisao?

Sada je stvorena situacija da je provizorni član 197đ koji se isključivo vezuje i oslanja na osnovni član 17 stav 1 Zakona o PIO, ostao da besmisleno proizvodi pravno dejstvo budući da je osnovni član tj. stav člana iz kojeg je crpio značenje i važnost proglašen neustavnim.

Nismo se složili sa odlukom većine da se obaveže Vlada Crne Gore da u roku od 1 (jednog) mjeseca od dana objavljivanja ove Odluke Ustavnog suda u Službenom listu Crne Gore, Skupštini Crne Gore, podnese predlog zakona kojim će pravo na starosnu penziju osiguranika urediti u skladu sa Ustavom, saglasno pravnim stavovima Ustavnog suda izraženim u ovoj odluci (čl. 52 Zakona o Ustavnom sudu).

Ovo jer se time ne popunjava nastala pravna praznina koja pogađa i koja će pogađati veliki broj građana i građanki u periodu od sigurno najmanje mjesec dana pod pretpostavkom da se u najkraćem roku objavi odluka, jer se ne odlaže samo dejstvo odluke nastale njenim objavljivanjem u Službenom listu, potom Odlukom je obavezana Vlada koja je predlagač zakona, a ne i Skupština koja usvaja takve izmjene i u krajnjem, po Ustavu i Zakonu o Ustavnom sudu, ne postoji mehanizam prinudnog izvršenja odluke Ustavnog suda. Navedeno znači da se može desiti i da se ne ispoštuje u roku navedena odluka, koju

situaciju je zakonodavac i predvidio i koja se događala u praksi u kojem slučaju „Ustavni sud donosi rješenje kojim se utvrđuje da nalozi iz odluke Ustavnog suda nisu izvršeni, koje rješenje se opet dostavlja Vladi i objavljuje u „Službenom listu Crne Gore“ i na internet stranci Ustavnog suda“. ⁵

Nasuprot stavu većine, smatrali smo da bi primjena čl. 65 Zakona o Ustavnom sudu o odloženom dejstvu odluke Ustavnog suda u određenom stepenu učvrstila poljuljanu pravnu sigurnost nastalu donošenjem ove Odluke Ustavnog suda. ⁶

Dakle, usljed ovih razloga, a i svih mogućih budućih nepredvidivih okolnosti koje se mogu dogoditi, umjesto da ovaj način odlučivanja doprinese popunjavanju pravne praznine koja bi nastala odlukom Ustavnog suda i u isto vrijeme učvrstilo načelo pravne sigurnosti, građani i građanke ostaće uskraćeni uopšte za pravo na starosnu penziju ukoliko napune 66 godina života, a nemaju navršenih 40 godina staža osiguranja, čime će se ugroziti njihova osnovna egzistencija i povrijediti ljudsko dostojanstvo.

II

Po pitanju ocjene ustavnosti člana 17 stav 2 Zakona o PIO, saglasni smo da ova odredba ne sadrži diskriminatorna ograničenja po bilo kojem diskriminatomnom osnovu.

Međutim, nismo saglasni sa načinom na koji je većina obrazložila i tumačila ovu normu u odnosu na sticanje prava na ostvarivanje uslova na starosnu penziju sudija i prestanak funkcije.

U tom pravcu dajemo saglasno izdvojeno mišljenje.

Ne slažemo se sa zaključkom većine sudija kojim je izjednačen prestanak funkcije sudije za koje je Ustav propisao da nastupa ispunjenjem uslova za ostvarivanje prava na starosnu penziju, sa prestankom radnog odnosa koji po sili Zakona o radu nastupa kada zaposleni navršši 66 godina života.

Ustav je taj koji u članu 121 stav 2 decidno propisuje uslove za prestanak sudijske funkcije i čije tumačenje je dovelo do toga da sudije i Sudski savjet podnesu inicijative za ocjenu ovog člana Zakona o PIO jer je primjena u praksi dovela do toga da sudijama prestane funkcija onda kada ispune prvi od dva uslova propisana za odlazak u penziju.

Prestanak funkcije ne znači i automatsko ostvarivanje prava na starosnu penziju niti prestanak radnog odnosa.

Može se smatrati da je ovom odlukom većija sudija izjednačila pravo na funkciju sa radnim odnosom, tačnije, prestanak funkcije sa prestankom radnog odnosa.

Smatramo da je Ustavni sud izašao iz okvira svoje nadležnosti i bez ustavnog i zakonskog utemeljenja, koje pri tom nema ni uporišta u međunarodnoj praksi, kreirao ovakav pravni stav.

Nezavisnost i samostalnost sudija i stalnost sudijske funkcije ne čuva se tako što se proizvoljno tumače i dovode u vezu norme koje se međusobno isključuju i samim tim dovodi u upitnost i poštovanje samih odluka Ustavnog suda.

Sloboda izbora normativnog okvira ili zakonodavnog modela je u rukama ustavotvorca i zakonodavca, a cilj odluke Ustavnog suda treba da bude, ne da traži nova normativna rješenja, već da analizira postojeće zakonske odredbe i Ustav.

⁵ M. Vukčević, S. Armenko, Komentar Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore, 2023, str. 84 i 85.

⁶ O odložnom dejstvu odluka ustavnih sudova vidjeti detaljnije u: B. Nenadić, Ustavnosudske odluke sa odložnim dejstvom, Pravni informator, 12/26.

Ono čime je u svojoj odluci Ustavni sud trebao da se bavi i obrazlaže jeste da li sudiji prestaje funkcija na osnovu Ustava, kada ispuni prvi od uslova predviđenih za starosnu penziju propisani članom 17 Zakona o PIO, ili ima pravo izbora i tako sam odluči koji od dva uslova želi da ostvari.

Odlučivanjem na ovaj način, ukidanjem prvog stava koji propisuje gornju starosnu granicu i pogrešno i neutemeljeno se pozivajući na Zakon o radu koji se ne može primijeniti na sudije u pogledu kako zasnivanja tako ni prestanka radnog odnosa, Ustavni sud je omogućio da sudije mogu obavljati funkciju sve dok ne navrše 40 godina staža iako imaju preko 66 godina života, tačnije bez gornje starosne granice.

Na taj način je stvorio još jednu konfuznu i paradoksalnu situaciju.

Osim toga, ne može se dovesti u korelaciju sa ovakvim zaključkom većine sudija Ustavnog suda predmet *Baka protiv Mađarske* jer je u ovom predmetu Sud priznao pravo predsjedniku Vrhovnog suda Mađarske da odsluži svoj puni mandat od šest godina u nedostatku posebnih razloga za njegovo razrješenje predviđenih mađarskim pravom.

ZAKLJUČAK

Smatramo da je uloga Ustavnog suda u ovom predmetu ostala podaleko od one koju mu je ustavotvorac namijenio, donoseći Odluku bez sprovođenja prethodnog postupka u skladu sa izloženim standardima, stvarajući pravnu nesigurnost, nedorečenost i konfuziju u primjeni sa jedne strane, a sa druge strane prebacujući odgovornost Vladi Crne Gore i Skupštini da u što kraćem roku izvrši reforme Zakona o PIO.

Smatramo da je Ustavni sud ovakvom odlukom zapravo sam izvršio reformu socijalne politike i umjesto da očuva pravni poredak, ovakvim odlučivanjem ga je urušio i stvorio pravnu nesigurnost. U pravnom poretku zasnivanom na vladavini prava, zakoni u primjeni moraju proizvoditi posljedice koje trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primijeniti.

Stoga, neizostavno se mora postaviti pitanje: može li se već sada sagledati šta su ovakvom odlukom dobili građani i građanke Crne Gore, ili bolje, šta su i koliko izgubili?

Smatramo da smo nesporno dobili pravnu situaciju da je Ustavni sud, bez sprovođenja duboke i sveobuhvatne analize, ovom Odlukom onemogućio državu da u bilo kojem trenutku u budućnosti propiše privilegovanu razliku između muškarca i žene u pogledu uslova za ostvarivanje prava na starosnu penziju prije ispunjenja uslova za prestanak radnog odnosa po sili zakona.

Dana, 24. oktobra 2023. godine

Snežana Armenko, s. r.

Momirka Tešić, s. r.