



Republika e Kosovës • Republika Kosovo • Republic of Kosovo
Institucioni i Avokatit të Popullit • Institucija Ombudsmena • Ombudsperson Institution

PRAVNO MIŠLJENJE OMBUDSMANA

U SVOJSTVU PRIJATELJA SUDA (AMICUS CURIAE)

za

OSNOVNI SUD U PRIŠTINI

R. nr. 175/2024

U vezi sa diskriminacijom i povredom dostojanstva pripadnika LGBTQ+ zajednice, kao i tužbom C.nr 2993/2024 podnetom 1 marta 2024 godine, Osnovnom Sudu u Prištini

Priština, 17 oktobar 2024.god.

Cilj pravnog mišljenja

1. Ovo pravno mišljenje Ombudsmana u svojstvu prijatelja suda ima dva cilja:
 - a. U svom prvom delu fokusira se na pravni osnov i sudsku zaštitu u slučajevima diskriminacije
 - b. U drugom delu fokusira se i analizira izjave nekoliko narodnih poslanika u vezi sa LGBTIQ+ zajednicom, izražene na plenarnoj sednici od 16. marta 2022. godine, na kojoj je raspravljano o Projektu Građanskog zakonika, br. 08/L-124.

Ovlašćenja i odgovornosti Ombudsmana

2. Član 132, stav 1, Ustava Republike Kosova ovlašćuje Ombudsmana da *“nadzire i štiti prava i slobode pojedinaca od nezakonitih i neregularnih radnji javnih organa.”*
3. Član 16, Zakona br. 05/L-019 o Ombudsmanu, u stavu 4, definiše da: *“Ombudsman ima nadležnost da obavi istragu bilo da bi odgovorio na podnetu žalbu ili samoinicijativno (ex officio), ako iz nalaza, dokaza i podnetih činjenica u podnesku ili iz stečenih saznanja na drugi način, ima osnova da proizilazi da su od strane vlasti kršena ljudska prava i slobode, utvrđene Ustavom, zakonima i drugim aktima, kao i međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima.”*
4. Član 16, stav 9, Zakona br. 05/L-019 o Ombudsmanu, definiše: *“Ombudsman može da se pojavi u svojstvu prijatelja suda (amicus curiae) u sudskim postupcima vezanim sa ljudskim pravama, pitanjima ravnopravnosti i zaštite od diskriminacije.”*
5. Pored toga, vredi pomenuti i stav 8, člana 16, koji propisuje da: *“Ombudsman može dati opšte preporuke za funkcionisanje pravosudnog sistema. Ombudsman neće se umešati u slučajevima i drugim pravnim procedurama koja se odvijaju pred sudovima, osim slučaja kada postoji odugovlačenje procedura.”*
6. Takođe treba uzeti u obzir da članom 18, stava 1.1. Zakona o Ombudsmanu, Ombudsman ima dužnosti: *“1.1. da istraži navedena kršenja ljudskih prava i diskriminatorno delovanje i da se angažuje za njihovo rešavanje. 1.2. da skrene pažnju na slučajeve kada institucije krše ljudska prava i da podnese preporuke da se prekine sa takvim slučajevima, a kada je to neophodno da izrazi svoje mišljenje o stavovima i reagovanju odgovarajućih autoriteta u vezi takvih slučajeva;”*

SUDSKA ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE

7. Ombudsman smatra da je veoma važno da se vodi računa o procesnom aspektu postupanja u predmetu diskriminacije od strane sudova, na osnovu odredbi Zakona br. 05/L-021 o zaštiti od diskriminacije (ZZD), koji se u nekim aspektima razlikuje od uobičajenih procedura, a koji u slučajevima diskriminacije predstavlja poseban zakon.
8. ZZD u članu 13, definiše:

1. Svako lice ili grupa lica koje se žale da su bile diskriminisane po osnovama propisanim u članu prvom (1) ovog zakona mogu pokrenuti tužbu pred nadležnim sudom.

2. Udruženja, organizacije ili drugi pravni subjekti mogu pokrenuti ili podržati pravne postupke u ime podnosioca, nakon dobijanja njihove saglasnosti, za održavanje upravnih ili sudskih postupaka predviđenih za sprovođenje obaveza iz ovog zakona.

9. Član 14, stav 3, ZZD-a propisuje:

“Subjekti imaju mogućnost da podnesu tužbu za diskriminaciju, u skladu sa ovim zakonom, najkasnije pet (5) godine o dana kada je oštećeni saznao za kršenje.”

10. Član 16, stav 9 ZZD-a propisuje:

“Sudski postupci u slučajevima diskriminacije se trebaju obraditi po hitnom postupku.”

11. Iako se sudska zaštita od diskriminacije može ostvariti kroz ustavnu zaštitu prava, građanski, upravni, krivični ili prekršajni postupak, u komparativnoj perspektivi najčešće se obezbeđuje zaštita kroz parnični postupak.

12. Sud je u parničnom postupku, kada utvrdi da su ispunjeni zakonski uslovi za zaštitu, dužan da pruži zaštitu žrtvi diskriminacije. ZZD u članu 16. stav 2. utvrđuje da: *Nakon što dobije relevantne dokaze i argumente, sud utvrđuje da li je tuženi prema tužiocu počinio diskriminatorne radnje ili ne. Sud može odlučiti sledeće:*

2.1. da zabrani tuženom činjenje diskriminatornih radnji koje krše ili mogu prekršiti pravo tužioca, ili da naloži tuženom da eliminiše sva diskriminatorne radnje protiv tužioca;

2.2. da nadoknadi materijalnu ili nematerijalnu štetu prouzrokovanu kršenjem prava zaštićenih ovim zakonom, prema tužbi za obeštećenje;

2.3. naloži privremene mere u saglasnosti sa odredbama odgovarajućeg zakona o parničnom postupku (ukoliko je tužilac pouzdano dokazao da je njegovo/njeno pravo na jednako postupanje prekršeno i da li je nalaganje mere neophodno u cilju eliminisanja opasnosti od nepopravljive štete, a posebno za veća kršenja prava na jednako postupanje ili u cilju sprečavanja nasilja);

2.4. naloži kraći vremenski rok za izvršenje, nego što je propisano odgovarajućim zakonom o izvršnom postupku;

2.5. u medijima objavi sudsku odluku, kojom se potvrđuje kršenje prava na jednako postupanje.

13. Svako lice koje tvrdi da je žrtva diskriminacije ima pravo da podnese tužbu protiv okrivljenog i preduzme sve pravne radnje kod nadležnog suda. Prema članu 16. stav 4. ZZD-a:

Zahtevi (...) se mogu podneti zajedno sa zahtevima za zaštitu drugih prava, o kojima se odluči u parničnom postupku, ukoliko su svi zahtevi međusobno povezani i ukoliko isti sud ima predmetnu nadležnost nad njima, bez obzira da li je za te zahteve utvrđeno donošenje odluke u opštem ili posebnom parničnom postupku.

14. Prema članu 12, stav 4, ZZD-a:

“Udruženja, organizacije ili drugi pravni subjekti mogu pokrenuti ili podržati žalbe u ime podnosioca, nakon dobijanja njihove saglasnosti, za vođenje postupka pred ombudsmanom.”

15. Prema članu 13, stav 2: *“Udruženja, organizacije ili drugi pravni subjekti mogu pokrenuti ili podržati pravne postupke u ime podnosioca, nakon dobijanja njihove saglasnosti, za održavanje upravnih ili sudskih postupaka predviđenih za sprovođenje obaveza iz ovog zakona.”* Dok prema članu 18 ZZD *“Slučajevi diskriminacije koji dotiču grupe lica se mogu pokrenuti kroz grupno delovanje u njihovo ime od strane nevladine organizacije ili Ombudsmana, u takvim slučajevima nije potrebna saglasnost pripadnika grupe.”*

16. Prema članu 16, stav 3, ZZD-a: *“Nezadovoljna strana može da uloži žalbu protiv odluke prvog stepena u roku od sedam (7) dana pred Apelacionim sudom, prema odgovarajućem zakonu o parničnom postupku.”*

17. Prema članu 20, stav 1 i stav 2 ZZD-a:

1. Kada lica koja smatraju da načelo jednakog postupanja nije primenjeno prema njima iznesu dokaze pred upravnim organom ili nadležnim sudom, iz kojih se može pretpostaviti da je postojala posredna ili neposredna diskriminacija,

2. Teret dokazivanja pada na tuženu stranu, koja treba da dokaže da nije postojalo kršenje načela jednakog postupanja.

18. Ombudsman ističe prebacivanje tereta dokazivanja kao jednu od karakteristika koje razlikuju postupak u slučajevima diskriminacije u parničnom postupku i koja se razlikuje od uobičajenih sudskih postupaka po tome ko je odgovoran za dokazivanje činjenica u predmetu. Po pravilu, u sudskom postupku teret dokazivanja je na tužitelja (osobu koja podnosi predmet sudu) da dokaže njegove/njene tvrdnje. Međutim, u slučajevima diskriminacije, kada tužilac iznese *prima facie* slučaj (dovoljan početni dokaz) o diskriminaciji, teret dokazivanja prelazi na tuženu stranu. Tužitelj prvo treba da iznosi dokaze koji ukazuju na to da je došlo do diskriminacije. Ovo može uključivati činjenice da strana koja tuži ima bilo koju zaštićenu karakteristiku definisanu članom 1. ZZD-a, da je pretrpio štetnu radnju počinjenu od strane vlasti (kao na primer, otpuštanje sa radnog mesta ili degradiranje) i da postoje indikacije da se takva radnja odnosi na zaštićene karakteristike (kao što je na primer seksualna orijentacija). Kada tužitelj iznese *prima facie* slučaj, teret dokazivanja prelazi na tuženu stranu. Zatim, tužena strana mora da navede legitiman razlog za radnju preduzetu protiv tužitelja. Tužena strana mora da dokaže da je preduzeta radnja zasnovana na faktorima koji nisu povezani sa diskriminacijom. Ova promena u teretu dokazivanja osmišljena je kako bi se tužiteljima olakšalo osporavanje diskriminatorne prakse i sudovima da otkriju prave razloge iza određenih radnji. Često je teško pronaći direktne dokaze o diskriminaciji, tako da kada tužilac obezbedi dovoljno dokaza za tvrdnju o diskriminaciji, teret prelazi na tuženu stranu da dokaže suprotno.

SAŽETAK ČINJENICA SLUČAJA

19. Ombudsman je na osnovu člana 16, stav 1, Zakona br. 05/L-019 o Ombudsmanu, dana 1. marta 2024. godine primio žalbu protiv Skupštine Republike Kosova u vezi sa diskriminacijom i povredom dostojanstva LGBTIQ+ osoba tokom plenarne sednice Skupštine Republike Kosova, koja je održana 16. marta 2022. godine. Žalba je podneta u ime sledećih nevladinih organizacija: Inicijativa mladih za ljudska prava Kosova (YHR), Centar za jednakost i slobodu, Centar za razvoj društvenih grupa, Zaštitnici građanskih prava, Kosovski centar za Rodne studije, koje ovlašćenjem zastupa Marigona Shabiu iz Inicijative mladih za ljudska prava Kosova.
20. Imajući u vidu da su podnosioci žalbe 1. marta 2024. godine, istog dana kada su podneli žalbu Ombudsmanu, podneli i tužbu (C.nr 2993/2024) Osnovnom sudu u Prištini, Ombudsman je, nakon analize okolnosti slučaja, odlučio da svoje mišljenje iznese ovom sudu u svojstvu prijatelja suda.
21. Dana 16. marta 2022. godine, Skupština Republike Kosovo je održala plenarnu sednicu na kojoj je, između ostalog, obavila prvo razmatranje Nacrta Građanskog Zakonika br. 08/L/124. Odredba koja je izazvala kontradiktornu diskusiju među poslanicima Skupštine Kosova je član 1138. stav 2. Nacrta Građanskog Zakonika, koji predviđa da su „*odobrene registrovane građanske zajednice između lica istog pola. Uslovi i procedure regulišu se posebnim zakonom.*”
22. Na ovoj sednici su izražene negativne izjave na račun LGBTIQ+ osoba od strane pojedinih poslanika, koji ne samo da su otvoreno propagirali "prirodnu porodicu" i "očuvanje vrste" i "tradicije", već su takođe verbalizirali predrasude prema istopolnim parovima. Prema njima, novi Zakonik bi ugrozio "javni moral" i predstavljao bi "seksualnu neumerenost", "moralnu degeneraciju", "bolest", "destrukciju", ponašanje koje je "u suprotnosti sa ljudskom prirodom", "povredu svetosti porodice", "predstavlja čin koji ozbiljno šteti javnom zdravlju, postajući uzrok teških i neizlečivih bolesti, poput HIV/AIDS-a", a koji na kraju rezultiraju "socijalnom traumom".
23. Pre skupštinske rasprave, pojedini poslanici su se pojavili u javnosti sa izjavama i tvrdnjama zašto ne treba glasati o Projektu Građanskog zakonika. Ovi stavovi izazvali su negativne komentare na društvenim mrežama i u javnom mnijenju, što je dodatno razotkrilo homofobične narative i stavove.
24. Organizacije civilnog društva reagovala su protiv jezika koji se koristio prema LGBTIQ+ zajednici tokom debate o Projektu građanskog zakonika. U svojim reagovanjima one su naglasile da diskriminacija i društvena stigmatizacija štete psihičkoj, fizičkoj, socijalnoj i ekonomskoj dobrobiti LGBTIQ+ osoba.

Mišljenje Ombudsmana

25. Relevantna zakonska regulativa za zaštitu od diskriminacije propisuje da su svi jednaki pred zakonom i da niko ne smije biti diskriminisan na osnovu ličnog statusa kao što je, između ostalog, seksualna orijentacija, što znači da je seksualna orijentacija zaštićena karakteristika definisana članom 1, ZZD-a.

26. Imajući u vidu predmet ove žalbe, Ombudsman ističe da je neophodno utvrditi da li stavovi i izjave pomenutih poslanika iznetih 16. marta 2022. godine na plenarnoj sednici Skupštine Republike Kosovo, tokom prvog razmatranja Nacrta građanskog zakonika, br. 08/L-124, predstavljaju povredu odredbi ZZD-a. Odnosno, da li stavovi i izjave ovih poslanika predstavljaju povredu dostojanstva osoba ili grupa osoba na osnovu njihovih ličnih osobina, konkretno seksualne orijentacije, i da li te izjave stvaraju neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje za pripadnike LGBTIQ+ zajednice i da li se ove izjave mogu smatrati govorom mržnje.
27. Ustav Republike Kosovo, u članu 3. garantuje jednakost pred zakonom, u članu 7. definiše vrednosti gde su, između ostalog, navedena ljudska prava i slobode i nediskriminacija, kao i u članu 24. garantuje da su svi jednaki pred zakonom i da niko ne može biti diskriminisan, između ostalog, na osnovu seksualnog opredeljenja.
28. Ombudsman podseća na svečanu zakletvu poslanika definisanu članom 10. Poslovnika Skupštine, sa tekstom kao u nastavku:
- “Ja, poslanik Skupštine Republike Kosova, zaklinjem se da ću časno i predano vršiti svoju dužnost i dostojanstveno predstavljati narod, da ću raditi u interesu Kosova i svih njegovih državljana, da ću raditi na zaštiti i poštovanju ustavnosti i zakonitosti, na zaštiti suvereniteta, teritorijalne celovitosti i institucionalnog integriteta Kosova, na garanciji ljudskih prava i sloboda, u skladu sa zakonima zemlje. Zaklinjem se!”*
29. Zakletva da će poštovati ustavnost i zakonitost i garantovati slobode i ljudska prava u skladu sa zakonima zemlje obavezuje poslanike da sprovode i poštuju Ustav i zakone za zaštitu od diskriminacije građana Republike Kosovo koji pripadaju zajednici LGBTIQ+.
30. Preporuka CM/Rec(2010)5 Komiteta ministara državama članicama o merama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta (koju je Komitet ministara usvojio 31. marta 2010. godine na 1081. sastanku zamenika ministara) daje niz preporuka:
- Podsećajući, između ostalog, da su lezbejke, gejevi i biseksualne i transrodne osobe vekovima bile i još uvek su izložene homofobiji, transfobiji i drugim oblicima netolerancije i diskriminacije čak i u okviru svojih porodica, uključujući kriminalizaciju, marginalizaciju, socijalnu isključenost i nasilje, po osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, i da su potrebne posebne mere da bi se tim osobama osiguralo puno uživanje ljudskih prava;
- S obzirom na sudsku praksu ESLJP i drugih međunarodnih pravosudnih institucija koje smatraju seksualno opredeljenje zabranjenom osnovom za diskriminaciju i koje su doprinele unapređenju zaštite prava transrodnih osoba;
- Podsećajući da, u skladu sa praksom Suda, svaka razlika u postupanju, da ne bi bila diskriminatorna, mora da ima objektivno i razumno opravdanje, dakle, treba da teži legitimnom cilju i koristi sredstva koja su razumno srazmerna cilju kojem se teži;
- Imajući u vidu načelo da nije moguće pozivati se ni na kulturne ni na tradicionalne niti religijske vrednosti ili pravila „dominantne kulture“ da bi se opravdao govor mržnje ili bilo koji drugi oblik diskriminacije, uključujući i diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta;

31. Ombudsman, u kontekstu slučaja, uzima u obzir važnost slobode mišljenja i izražavanja. U tom kontekstu, Ombudsman ističe da svaki pojedinac ima pravo na iznošenje ličnog mišljenja i ličnih stavova, što je osnova svakog slobodnog demokratskog društva. Međutim, pravo na slobodu govora, bez obzira na način izražavanja i objavljivanja ideja i mišljenja, ne bi trebalo da bude opravdanje za diskriminaciju. Prema tome, izražavanje stavova i uverenja kojima se narušava dostojanstvo osoba ili grupa osoba i narušava ugled, kao i zagarantovana prava drugih, ne može se pravdati pravom na slobodu izražavanja.
32. Ovi stavovi i ove izjave imaju posebnu težinu kada se ima u vidu da su poslanici Skupštine Kosova deo institucije koja je najviše predstavničko telo i nosilac ustavne i zakonodavne vlasti u zemlji i što je izuzetno važno za uspostavljanje demokratskog sistema i koji predstavlja osnovu za uspostavljanje vladavine prava, nadgledanje procesa upravljanja i poštovanje međunarodnih instrumenata i standarda ljudskih prava koji su direktno primenljivi u Republici Kosova.
33. Ombudsman uzima u obzir da poslanici imaju imunitet na svoje izjave u parlamentu, ali taj imunitet bi trebao da se preispita kada su u pitanju izjave koje sadrže govor mržnje i diskriminaciju.
34. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) se bavio slučajevima koji uključuju diskriminatorni govor koji koriste javni službenici, uključujući političare i predstavnike vlasti. Evo nekoliko ključnih tačaka i principa proizašlih iz jurisprudencije ESLJP-a:
- ESLJP prepoznaje važnost slobode izražavanja, uključujući slobodu izražavanja za javne službenike, kao osnovno pravo prema članu 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP). Međutim, ovo pravo nije apsolutno i može biti podložno ograničenjima, posebno kada je reč o govoru koji može štetiti pravima ili interesima drugih.
 - ESLJP takođe podržava princip nediskriminacije prema članu 14. EKLJP, koji zabranjuje diskriminaciju u uživanju prava i sloboda zagarantovanih Konvencijom.
 - ESLJP pravi razliku između legitimne kritike ili izražavanja mišljenja i govora mržnje. Govor mržnje, posebno kada se koristi od strane javnih službenika, može da naštetiti društvenu koheziju i da naruši ljudsko dostojanstvo i ne uživa zaštitu prema članu 10. ukoliko prelazi odobrene granice slobode izražavanja.
 - Kontekst u kojem se pojavljuje diskriminatorni govor je ključan. Izjave javnih službenika imaju težinu i mogu imati značajan uticaj na javni diskurs i društvene stavove. Stoga, takva izjava može da bude predmet strože kontrole i odgovornosti.
 - ESLJP naglašava važnost delotvornih pravnih lekova za žrtve diskriminatornih izjava. ESLJP očekuje od država da obezbede mehanizme za rešavanje govora mržnje i osiguravaju odgovornost, uključujući pravne, sudske i administrativne mere.
35. S tim u vezi, Ombudsman podseća na nekoliko primera koji ilustruju pristup ESLJP govoru mržnje javnih službenika, naglašavajući ravnotežu između slobode izražavanja i zaštite od diskriminacije i podsticanja na mržnju. ESLJP je dosledno podržavao kazne i sankcije protiv javnih službenika za čije se izjave smatralo da predstavljaju govor mržnje, potvrđujući važnost promocije tolerancije i zaštite ranjivih grupa od diskriminacije.

- a. Slučaj *Eon protiv Francuske* (br. 26118/10) se odnosi na gradonačelnika Francuske koji je dao antisemitske komentare tokom javnog sastanka. Osuđen je po francuskom zakonu za podsticanje rasne mržnje. ESLJP je utvrdio da predsednikovi komentari nisu zaštićeni slobodom izražavanja i da predstavljaju govor mržnje.
 - b. Slučaj *Feldek protiv Slovačke* (br. 29032/95) se odnosi na slovačkog poslanika koji je u jednom novinskom članku dao omalovažavajuće komentare o romskoj zajednici. ESLJP je presudio da komentari predstavljaju govor mržnje i krše zabranu diskriminacije prema članu 14. EKLJP, koji je povezan sa članom 10. (sloboda izražavanja).
 - c. Predmet *Ernst protiv Belgije* (br. 33400/96) se donosi na belgijskog političara koji je tokom televizijskog intervjua dao izjave u kojima je poricao Holokaust. Osuđen je po belgijskom zakonu za podsticanje rasne mržnje. ESLJP je podržao odluku belgijskog suda, ističući važnost borbe protiv rasizma i netolerancije.
 - d. Slučaj *Féret protiv Belgije* (br. 15615/07) se odnosi na lidera jedne belgijske političke stranke koji je delio letke usmerene na imigrante i koji sadrže ksenofobične izjave. On je osuđen po belgijskom zakonu za podsticanje diskriminacije i rasne mržnje. ESLJP je podržao odluku belgijskog suda, ističući potrebu zaštite pojedinaca od diskriminatornog govora.
36. Ombudsman ocenjuje da sloboda govora, izražavanja i informisanja ne treba da bude opravdanje za bilo kakvu diskriminaciju i potcenjivanje bilo kojeg ličnog svojstva, niti za promociju predrasuda i stvaranje neprijateljskog i uvredljivog okruženja za određenu grupu ljudi. Takođe, sloboda izražavanja se ne može koristiti kao izgovor za govor mržnje.
37. Ombudsman ocenjuje da su izjave narodnih poslanika, koji prenose poruke i oblikuju stavove javnog mnjenja, izuzetno važne i stoga njihove izjave ne bi trebale da podržavaju predrasude, stereotipe i druge neprihvatljive društvene modele. Iz tog razloga, svi državni službenici i javna tela imaju posebnu odgovornost i izuzetno važnu ulogu u promociji tolerancije, promociju prava na različitost i stvaranju društva u kojem se prava svih poštuju bez diskriminacije.
38. Ombudsman ocenjuje da su izjave poslanika date 16. marta 2022. godine, tokom rasprave na plenarnoj sednici Skupštine Kosova, prilikom razmatranja Nacrta građanskog zakonika br. 08/L-124, u vezi sa članom 1138, stav 2, diskriminirajuće, narušavaju dostojanstvo LGBTIQ+ osoba stvarajući za njih ponižavajuće i uvredljivo okruženje i, na osnovu prakse ESLJP, predstavljaju govor mržnje prema LGBTIQ+ zajednici.

S poštovanjem,

Naim Qelaj

Ombudsman