

АРХИВ

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

2

БЕОГРАД
2021.

**АРХИВ
ЗА
ПРАВНЕ
И
ДРУШТВЕНЕ
НАУКЕ**

2
БЕОГРАД
2021.

АРХИВ ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

ИЗДАЈЕ

Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и
Институт за политичке студије
Адреса: Крунска 74, Београд; Светозара Марковића 36, Београд
Телефони: 011/2446-910; 011/3039-380
Е-mail Редакције: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 УДК 34 Број 2/2021 Година 116

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021>

Главни и одговорни уредник

проф. др Владан ПЕТРОВ

Заменик главног и одговорног уредника

проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ

РЕДАКЦИЈА

проф. др Владан ПЕТРОВ, проф. др Бранко РАКИЋ, проф. др Небојша ШАРКИЋ,
проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ, проф. др Сретен ЈУГОВИЋ,
проф. др Вања БАЈОВИЋ, др Владан СТАНКОВИЋ, др Бојан ТУБИЋ,
др Милош СТАНКОВИЋ, др Милош СТАНИЋ,
др Драган ТРАИЛОВИЋ, Ђорђе МАРКОВИЋ

Секретари часописа

др Богдана Стјепановић, Јована Мисаиловић

САВЕТ

председник Академије наука и умјетности
Републике Српске (АНУ РС) Рајко КУЗМАНОВИЋ,
академик АНУ РС Мирко ВАСИЉЕВИЋ, академик АНУ РС Витомир ПОПОВИЋ,
проф. др Миодраг ОРЛИЋ, проф. др Драгор ХИБЕР, др Живојин ЂУРИЋ,
проф. др Зоран Томић, проф. др Милан ШКУЛИЋ, др Боса НЕНАДИЋ,
проф. др Саша БОВАН, проф. др Никола МОЈОВИЋ,
проф. др Бранислав РИСТИВОЈЕВИЋ, проф. др Драгана КОЛАРИЋ,
проф. др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ, Ирена МОЈОВИЋ,
др Јован ЋИРИЋ, др Радослав ГАЋИНОВИЋ, Катарина МАНОЈЛОВИЋ АНДРИЋ,
Јелена ИВАНОВИЋ, проф. др Александар В. ГАЈИЋ, проф. др Дарко СИМОВИЋ

ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО

Прелом и штампа – Бирограф, Београд

Тираж: 50

Радове објављене у овом часопису није дозвољено прештампавати, било у целини, било у деловима, без изричите сагласности издавача. Оцене изнесене у чланцима лични су ставови њихових писаца и не изражавају мишљење уредништва, нити установа у којима су аутори запослени.

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

Established 1906.

PUBLISHERS

Union of Lawyers Associations of Serbia and Republika Srpska
and Institute for Political Studies
Address: Krunska 74, Beograd; Svetozara Markovića 36, Beograd
Phones: 011/2446-910; 011/3039-380
E-mail: arhiv@ips.ac.rs
ISSN 0004-1270 UDK 34 No 1/2021 Year 116
DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021>

Editor in chief

Prof. dr Vladan PETROV

Deputy editor in chief

Prof. dr Milan JOVANOVIĆ

EDITORIAL BOARD

Prof. dr Vladan PETROV, prof. dr Branko RAKIĆ,
prof. dr Nebojša ŠARKIĆ, prof. dr Milan JOVANOVIĆ,
prof. dr Sreten JUGOVIĆ, prof. dr Vanja BAJOVIĆ,
dr Vladan STANKOVIĆ, dr Bojan TUBIĆ,
dr Miloš STANKOVIĆ, dr Miloš STANIĆ,
dr Dragan TRAILOVIĆ, Đorđe MARKOVIĆ

Secretary of Editorial board

dr Bogdana Stjepanović, Jovana Misailović

COUNCIL

President of the Academy of Sciences and Arts
of the Republika Srpska (ASA RS) Rajko KUZMANOVIĆ,
academician of the ASA RS Mirko VASILJEVIĆ,
academician of the ASA RS Vitomir POPOVIĆ, prof. dr Miodrag ORLIĆ,
prof. dr Dragor HIBER, dr Živojin ĐURIĆ, prof. dr Zoran TOMIĆ,
prof. dr Milan ŠKULIĆ, prof. dr Bosa NENADIĆ, prof. dr Saša BOVAN,
prof. dr Nikola MOJOVIĆ, prof. dr Branislav RISTIVOJEVIĆ,
prof. dr Dragana KOLARIĆ, prof. dr Bojan MILISAVLJEVIĆ, Irena MOJOVIĆ,
dr Jovan ĆIRIĆ, dr Radoslav GAĆINOVIĆ, Katarina MANOJLOVIĆ ANDRIĆ,
Jelena IVANOVIĆ, prof. dr Aleksandar V. GAJIĆ, prof. dr Darko SIMOVIĆ

THE JOURNAL IS PUBLISHED QUARTERLY

Print – Birograf, Beograd

Circulation: 50

Papers published in this journal may not be printed, either in whole or in parts, without the consent of the publisher. The observations given in the articles are the personal views of their writers and do not express the opinion of the editorial board or the institutions where the authors are employed.

АРХИВ ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БРОЈ 2

АПРИЛ – ЈУН 2021.

ГОД. 116 СТР. 1– 178

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

1. Небојша ШАРКИЋ, Младен НИКОЛИЋ –
ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА9
2. Владан ЈОНЧИЋ – ПРОБЛЕМ ПРЕСТАНКА
ЗАШТИТЕ САНИТЕТСКОГ ОСОБЉА, ЈЕДИНИЦА,
ОБЈЕКТА И ТРАНСПОРТА ЊИХОВИМ
НЕДОЗВОЉНИМ АКТИВНОСТИМА31
3. Хамдија ШАРКИНОВИЋ – ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ
ПРАВА И СЛОБОДА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА
ЉУДСКА ПРАВА И САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА
СР ЊЕМАЧКЕ У ДОБА КОРОНАВИРУСА63
4. Хана ШАРКИНОВИЋ-КÖСЕ – О УСТАВНИМ
ПАРЛАМЕНТАРНИМ ИМУНИТЕТИМА93

ПРИКАЗИ

- Мирослав ЂОРЂЕВИЋ, ПРИКАЗ ЗБОРНИКА:
VENICE COMMISSION – THIRTY YEARS OF QUEST
FOR DEMOCRACY THROUGH LAW 1990 – 2020115

ПРИЛОЗИ

Владан ПЕТРОВ, ПРОТИВРЕЧЈА ВИДОВДАНСКОГ УСТАВА121

IN MEMORIAM

1. Владан ПЕТРОВ, Ратко Марковић (1944–2021)125
2. Мирослав ЂОРЂЕВИЋ, Милош СТАНИЋ,
Стефан Андоновић (1991–2021)128

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

1. Алекса ШКУНДРИЋ – ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ
И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА130
2. Никола СТАНКОВИЋ – АНАЛИЗА И ДОМАШАЈИ
УГОВОРА О ЗАБРАНИ НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА149

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

№ 2

APRIL – JUNE 2021

YEAR 116 PAGE 1- 178

CONTENTS

ARTICLES

1. Nebojša ŠARKIĆ, Mladen NIKOLIĆ – POSTPONEMENT OF ENFORCEMENT9
2. Vladan JONČIĆ – THE PROBLEM OF TERMINATION OF PROTECTION OF SANITARY STAFF, UNITS, FACILITIES AND TRANSPORT CAUSED BY ILLEGAL ACTIVITIES31
3. Hamdija ŠARKINOVIĆ – RESTRICTION OF HUMAN RIGHT AND FREEDOM IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT AND THE FEDERAL CONSTITUTION COURT OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY IN THE TIME OF COVID-19 PANDEMIC63
4. Hana ŠARKINOVIĆ-KÖSE – ON CONSTITUTIONAL PARLIAMENTARY IMMUNITIES93

REVIEWS

- Miroslav ĐORĐEVIĆ – REVIEW OF COLLECTION OF PAPERS: VENICE COMMISSION – THIRTY YEARS OF QUEST FOR DEMOCRACY THROUGH LAW 1990 – 2020 115

NOTES

Vladan PETROV – CONTRADICTIONS OF THE VIDOVDAN CONSTITUTION.....	121
---	-----

IN MEMORIAM

1. Vladan PETROV – Ratko Marković (1944–2021).....	125
2. Miroslav ĐORĐEVIĆ, Miloš STANIĆ – Stefan Andonović (1991–2021)	128

STUDENT ARTICLES

1. Aleksa ŠKUNDRIĆ - RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW.....	130
2. Nikola STANKOVIĆ - ANALYSIS AND REACHES OF THE TREATY ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS	149

ЧЛАНЦИ

Небојша ШАРКИЋ*

УДК 347.932

Правни факултет

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021.1>

Универзитета Унион Београд

Прегледни рад

Младен НИКОЛИЋ**

Привредни апелациони суд

ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА***

- Сажетак -

Намера аутора је да у чланку дају приказ једног од правних средстава у извршном поступку полазећи од актуелног Закона о извршењу и обезбеђењу уз указивање на различито третирање овог правног средства у законима који су уређивали поступак извршења на овим просторима.

Предлог за одлагање извршења представља једно од правних средстава предвиђених у извршном поступку. Одлагање извршења подразумева да је већ донето решење о извршењу и у случају да се предлог усвоји од доношења одлуке о одлагању по правилу се више не спроводи извршење уз изузетак предузимања законом предвиђених извршних радњи када је у питању остварење новчаног потраживања. Одлагање је могуће на предлог једне од странака, по споразуму странака, на предлог трећег лица, по споразуму странака и трећег лица и на предлог државног тужиоца. Ово правно средство у појединим законима који су регулисали поступак извршења није било уопште предвиђено што је стварало изузетне проблеме у поступању судова и касније извршитеља јер су се дешавале различите животне ситуације (када су

* Електронска адреса аутора: info@pravnofakultet.rs.

** Електронска адреса аутора: ninaana@vektor.net.

*** Овај чланак се ослања на реферат аутора Младена Николића и Небојше Шаркића „Специфична правна средства у извршном поступку“ који је објављен у зборнику радова *Новине у извршном законодавству Србије*, (приредно Небојша Шаркић) Глосаријум, Београд, 2020. стр. 32-70.

у питању пре свега физичка лица), а које су оправдавале да дође до одлагања. У актуелном Закону о извршењу и обезбеђењу предлог за одлагање је предвиђен и регулисан на (можемо констатовати) задовољавајући начин. Одлука се доноси у кратким роковима, у облику решења и по правилу се може побијати приговором као искључивим правним леком. Одлагање је временски ограничено.

Кључне речи: одлагање, суд, јавни извршитељ, извршни поверилац, извршни дужник, треће лице, решење, приговор.

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Институт одлагања извршења, у поступку спровођења извршења у грађанским стварима, представља деклатантан пример промењених правно-политичких ставова у поступку обезбеђивања заштите права грађана и њихове имовине¹.

Наиме, овај институт је претрпео у протеклих четрдесет година, у савременом законодавству које се примењује на овим подручјима, најдрастичније измене. Различита законска решења, које ћемо сада кратко анализирати, према временским раздобљима и идеолошким схватањима законодавца овом правном институту давали су потпуно различита значења.

Одлагање извршења 1978. године у тадашњом савезном Закону о извршном поступку², било је веома либерално

¹ О Закону о извршењу и обезбеђењу из 1930. године и могућности одлагања извршења Вид. И. Мајснер, *Закон о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 1939; Ф. Чулиновић и Матијевић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 1938; Борислав Благојевић: *Систем извршног права*, Београд, 1938;

Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка*, О одлагању и обустави извршења, стр. 268.

Небојша Шаркић, *Приказ новог Закона о извршењу и обезбеђењу* (првих 100 чланова), Параграф, Београд, 2016. стр. 30,

Никола Бодирога, „Одлагање извршења у извршном поступку“, *Правни живот* 13/2008, Београд, стр. 377;

Никола Бодирога, „Одлагање извршења донетих арбитражних одлука“, *Право и привреда*, 4-6/18, стр. 267.

Здравко Петровић, „Одлагање извршења зборник радова“, *Двадесет година Закона о извршном поступку*, Ниш, 1999, стр. 89.

² Закон о извршном поступку (*Службени лист СФРЈ бр. 20/78, 6/82.....*) ступио је на снагу 1. октобра 1978. године. Закон о извршном поступку регулисао је поступак принудног извршења и обезбеђења. Одлагање извршења регулисано је одредбама члана 63. до 68. члан

постављено. Готово да и није било предмета чијем се извршењу одмах приступало. Систем тадашњих правних лекова и пракса судова да се у највећем броју случајева омогући коришћење правног лека довело је до тога да је извршни поступак у том периоду био синоним неефикасне државе и спорог пружања правне заштите како физичким тако и правним лицима³.

Каснија решења, према Закону о извршном поступку из 2000. године⁴ воде нас у потпуно супротном правцу где је почетком овога века доминирало правно схватање да се у извршном поступку одлагање спровођења извршења уопште не може дозволити јер заправо није ни било законом предвиђено. То практично значи да се чак и у најдрастичнијим ситуацијама (тешка болест члана породичног домаћинства, губитак посла, ванредне околности и сл.) оне нису узимале у обзир да би се одложило извршење и да би се на било који начин помогло извршном дужнику да се одређена специфична ситуација превазиђе.

63. предвиђа могућност да се одлагање извршења затражи на предлог дужника у чак осам случајева. То су: ако је против одлуке на основу које је одређено извршење најављен ванредни правни лек или ванредно правно средство; ако је поднесен предлог за повраћај у пређашње стање у поступку у коме је донесена одлука на основу које је одређено извршење; ако је поднесена тужба за поништај пресуде изабраног суда на основу које је одређено извршење; ако је против правноснажног решења донесеног у извршном поступку подигнут захтев за заштиту законитости; ако је поднесена тужба за стављање ван снаге поравнања на основу кога је дозвољено извршење; ако је дужник против решења о извршењу поднео приговор односно тужбу; ако је дужник поднео предлог за укидање потврде о извршности; ако извршење зависи од истовременог испуњења неке обавезе повериоцева, а дужник је ускратио испуњење своје обавезе због тога што повереник није испунио своју обавезу него је показао спремност да је истовремено испуни и ако је дужник или учесник у поступку захтевао да се отклони неправилности учињене при спровођењу извршења. Врхунац свакако представља следећи став који каже: „да суд може на предлог дужника одложити извршење и у другим случајевима у које за постоје нарочито оправдани разлози“. Вид. Небојша Шаркић, Драган Рашић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Савремена администрација Београд, 1986.; Небојша Шаркић, Драган Рашић, *Приручник за примену Закона о извршном поступку*, Савремена администрација, Београд, 1990.

³ Треба напоменути да је јавни тужилац у извршном поступку имао одређена овлашћења. Он је могао од суда захтевати одлагање, односно прекид извршног поступка када је био овлашћен да употреби ванредно правно средство против одлука које представљају извршну исправу. Ово овлашћење се није односило на одлуке тада постојећих самоуправних судова (судова удруженог рада, изабраних судова, мировних већа и арбитража). Правно схватање судова је било да се заправо о захтеву јавног тужиоца као државног органа није ни одлучивало. Суд је одређивао застој у извршењу и обезбеђењу и о томе обавештавао јавног тужиоца и стране у поступку. Ово решење је критиковано јер је тако заправо јавни тужилац а не суд одлучивао да ли су испуњени услови за застој извршења односно који су разлози за одлагање.

³дравко Петровић, „Прекид и одлагање извршења по захтеву јавног тужиоца“, *Зборник радова Глосаријум*, 2002. стр. 53.

⁴ Закон о извршном поступку (*Службени лист СРЈ бр. 28/2000, 73/2000.*).

Каснија правна решења⁵ у измењеним законским прописима углавном су вратила (на срећу), институт одлагања извршења али у нешто редуцираним облицима у односу на првобитни концепт.

По нашем схватању значај ове теме за обраду је вишеструк. Прво покушаћемо да објаснимо како се одређена решења из идеолошких и политичких програма законодавца одражавају на законске прописе и колико негативних последица могу таква идеолошка схватања да донесу. С друге стране покушаћемо да објаснимо да је институт одлагања извршења један од фундаменталних принципа извршног поступка. Он мора да обезбеди уравнотежен однос између неспорних права извршног повериоца и извршног дужника, при чему је ван сваке сумње да су права извршног повериоца доминантна у односу на права извршног дужника. Наиме, после парничног или неког другог поступка извршни поверилац је издејствовао извршну исправу. Она представља перфектни правни акт који му омогућује реализацију одређеног права. Обавеза државе (читај обавеза суда или јавног извршитеља) је да му уз поштовање начела економичности и ефикасности (у најкраћем могућем року са најмање трошкова) омогући реализацију утврђеног права. Наравно, то не значи да је извршни дужник „грађанин другог реда“. То напротив значи да извршни дужник има сва права која му је закон али и међународни стандарди обезбедио у погледу: хуманости поступања, заштите достојанства личности извршног дужника и чланова његове породице, сразмеру у поступку извршења, забрану спровођења извршења на одређеним стварима и правима или у одређеном обиму и сл.

⁵ Закон о извршном поступку (*Службени гласник Р. Србије бр. 125/04*), Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник Р. Србије бр.31/11, 99/11-др. закон.*), Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник Р. Србије бр. 106/15, 106/16 аутентично тумачење, 113/17 аутентично тумачење, 54/19 и 9/20 аутентично тумачење*).

⁶ законским решењима из наведених закона вид. детаљније образложење уз одредбе о одлагању извршења: Небојша Шаркић, *Грађански извршни поступак*, Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном поступку са судском праксом и обрасцима*, Факултет за пословно право, Београд, 2005; Н. Шаркић, М. Николић, *Коментар Закона о извршном поступку „Службени гласник“*, Београд, 2009; Н. Шаркић, М. Николић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Параграф, 2013; Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, Параграф, 2016; Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу „Службени гласник“*, 2018; Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2020.

У оквиру ових института заштите права извршног дужника, те хуманог извршног права, свакако да се мора анализирати и институт одлагања извршења. Његова основна сврха је у томе да извршном дужнику омогући одређена права у изузетним случајевима. Дакле, ако нам парнични поступак траје више месеци, па чак и година, ако нам извршни поступак траје више месеци онда је заиста логично да извршном дужнику омогућимо да у посебним случајевима затражи да се извршење одложи на ограничен период како би сам обезбедио: иселење из стана, нашао позајмицу да исплати дуг, обезбедио повраћај ствари коју мора дати извршном повериоцу и сл.

У наредним деловима даћемо анализу садашњег нормативног супстрата али ћемо и изнети наше мишљење које би решење било најприкладније.

2. ОДЛАГАЊЕ НА ПРЕДЛОГ ИЗВРШНОГ ПОВЕРИОЦА

Део II закона, Глава VI, одредбе чл. 120-127. актуелног Закона о извршењу и обезбеђењу регулишу одлагање извршења.

Имајући у виду да се након што суд или јавни извршитељ донесу решење о извршењу, извршење даље спроводи по службеној дужности, што значи да за предузимање законом прописаних извршних радњи није потребан предлог странака (пре свега извршног повериоца), даљи логичан след извршења води ка намерењу извршног повериоца.

Наше мишљење је да је јако добро, из практичних разлога, што је законодавац вратио у наш извршни поступак могућност одлагања извршења и што га је нормирао. Наш став је да се у појединим животним ситуацијама мора поштовати право извршног дужника, те да се, истина веома рестриктивно, али животно оправдано, некада мора удовољити захтеву, те одложити извршење у одређеном временском периоду под законом прописаним рестриктивним условима. Ово не утиче на опште опредељење о неопходности ефикасне заштите пред судом, а посебно у извршном поступку. Ово такође не умањује наш генерални став да је извршни поверилац тај који је јачи у праву и коме се мора у најкраћем могућем року с најмање трошкова изаћи у сусрет и спровести извршење.

Уосталом, он на то има право јер поседује извршну или веродостојну исправу. Ипак, постоје животне ситуације у којима се морају уважити објективни разлози, као што су: трудноћа и скори порођај, окончање школске године, приспеће зараде или других новчаних средстава у наредних неколико дана, тешка болест извршног дужника или члана породичног домаћинства и сл.

Нажалост, по нашем мишљењу, законодавац је непотребно закомпликовао ове одредбе, а чини нам се да је правнотехнички ствар могла много једноставније да се реши (на предлог извршног повериоца увек и према његовом предлогу – с обзиром на то да је он тај који диспонира); по споразуму странака увек, у случају да тај споразум нема неки од видова мане воље; по предлогу извршног дужника рестриктивно само једанпут у временски ограниченом року уз обавезно полагање јемства).

Иако одредбе о одлагању говоре само о јавном извршитељу ове одредбе које регулишу одлагање извршења примењује и на суд у ситуацији када је суд искључиво надлежан за спровођење извршења.

Услов да би се извршење по предлогу извршног повериоца одложило јесте да извршење није започело, тј. да није предузета ниједна извршна радња и тада се извршење обавезно одлаже, а правни лек против те одлуке није дозвољен. У супротном, ако је предузета нека од извршних радњи, нпр. извршен попис покретних ствари, а извршни дужник се (што ће се ретко десити) успротиви предлогу за одлагање, предлог за одлагање који је поднео извршни поверилац биће одбијен. У том случају, који ће се у пракси заиста ретко десити, извршни поверилац, сагласно ономе што је прописано у ставу 4. члана 120 Закона о извршењу и обезбеђењу може изјавити приговор као искључиви правни лек.

Када је у питању одлагање извршења на предлог извршног повериоца, онда постоји још једна карактеристична ситуација, а то је када је законом прописан рок у коме се може предложити извршење. Ради се о извршењу ради враћања запосленог на рад, када је рок 60 дана од дана извршности извршне исправе и код државинских спорова када је рок 30 дана. Само у том року извршни поверилац може предложити одлагање извршења. У супротном, ако се рок прекорачи, предлог за одлагање се одбацује и против тог решења дозвољен је приговор.

3. СПОРАЗУМ СТРАНАКА О ОДЛАГАЊУ

Одлагање извршења по споразуму странака могуће је у неколико ситуација. Најпре, странке, дакле извршни поверилац и извршни дужник, могу заједничким поднеском суду или јавном извршитељу, у зависности од тога ко спроводи извршење, предложити да се извршење одложи. Осим наведеног, уколико извршни поверилац предложи одлагање извршења, а извршни дужник се сагласи са тим предлогом и обратно, уколико извршни дужник предложи одлагање извршења, а извршни поверилац се сагласи са тим предлогом, извршење ће бити одложено, опет по споразуму странака.

Уколико је треће лице, које је претходно поднело приговор, предложило одлагање извршења, а извршни поверилац и извршни дужник се сагласе са предлогом трећег лица, извршење ће такође бити одложено.

Одлука о одлагању доноси се у форми решења, а против решења којим је извршење одложено по споразуму странака није дозвољен правни лек. Суд или јавни извршитељ неће испитивати из којих разлога је извршење одложено по споразуму странака. У овом случају странке диспонирају дозвољеним правом (аутономија воље).

Законодавац ограничава када је могуће да извршење буде одложено по споразуму. У ситуацији када одлагање предложи извршни дужник или када га предложи треће лице прописано је да је тада могуће постићи споразум о одлагању до правноснажности решења о предлогу за одлагање. То значи да се извршни поверилац, када је у питању предлог за одлагање извршног дужника, може и после доношења решења којим је нпр. одбијен предлог за одлагање, а пре правноснажности тог решења, сагласити са предлогом за одлагање извршног дужника и извршење ће бити одложено по споразуму странака. Када је у питању треће лице, неопходно је да се и извршни поверилац и извршни дужник сагласе са његовим предлогом, а пре правноснажности којом је одлучено о предлогу за одлагање трећег лица, да би извршење било одложено. Одредбом из става 3. члана 121. Закона о извршењу и обезбеђењу може се оправдано приговорити, тако да ово ограничење нама не делује

оправдано и не видимо ваљан аргумент зашто се извршење и након правноснажности одлуке донете по предлогу извршног дужника или трећег лица за одлагање не би могле одложити уколико су све странке, укључујући и треће лице ако је оно предложило одлагање, сагласиле.

Своју „фасцинираност“ суђењем у разумном року законодавац је исказао и потпуно непотребним ставом 4. члана 121 у којем наводи да ако је извршење одложено споразумом странака време на које је одложено извршење не рачуна се у трајање поступка у погледу заштите права за суђење у разумном року. На моменте се чини да је ово право за писца закона важније од права странака у извршном поступку, јер се чини да се законодавац више брине о ефикасности извршног поступка од оних који у њему учествују. Наравно да се време у коме су се странке сагласиле да се не предузимају изврне радње не може рачунати у неоправдано дугачак судски поступак и наравно да се касније не може утврђивати појединачна одговорност или одговорност суда због тога што је извршни поступак трајао одређени временски период.

4. ОДЛАГАЊЕ НА ПРЕДЛОГ ИЗВРШНОГ ДУЖНИКА

Сматрамо да је законодавац правилно поступио када је у одредбе овог Закона о извршењу и обезбеђењу увео могућност одлагања на предлог извршног дужника. Реч је о одлагању које је најделикатније и њему се мора посветити највећа пажња. Иако различите животне околности оправдавају да се извршења у законом прописаним случајевима одложе на предлог извршног дужника, суд и јавни извршитељ не смеју дозволити злоупотребу овог права, а, с друге стране, мора се водити рачуна да се заштите елементарна права извршног дужника и обезбеди хумано поступање.

Закон ограничава право извршног дужника на само једно подношење предлога за одлагање. Тумачењем одредбе из става 1. члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу закључили бисмо да извршни дужник који је једном предложио одлагање, други пут, иако су се промениле околности на којима заснива свој нови предлог за одлагање, такав предлог не може поднети због

ограничења из става 1. члана 122. То даље значи да је дозвољено подношење само једног предлога, а да би сваки следећи предлог који би поднео извршни дужник био одбачен без упуштања у разлоге из којих се подноси и основаност тог предлога. Уколико суд спроводи извршење предлог се подноси суду и о њему одлучује судија појединац, а уколико јавни извршитељ спроводи извршење предлог се подноси јавном извршитељу и јавни извршитељ одлучује о предлогу за одлагање.

Разлози због којих се извршење на предлог извршног дужника може одложити су кумулативно прописани у ставу 2. члана 122. Осим уобичајених разлога, а то је вероватноћа да би због спровођења извршења извршни дужник претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, неопходно је и да је та штета већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац. Осим наведено, извршни дужник за разлоге због којих тражи одлагање извршења мора доставити одређене доказе који оправдавају одлагање а то су јавне или по закону оверене исправе.

Суд или јавни извршитељ морају на основу навода из предлога за одлагање извршног дужника и достављених доказа оценити да ли постоји вероватноћа да ће извршни дужник претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету и уједно да ли је та штета већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац, а ова оцена зависи од сваког конкретног случаја.

У извршном поступку упоређивати евентуалну штету коју спровођењем извршења трпи извршни дужник и евентуалну штету коју због одлагања извршења трпи извршни поверилац заиста није лако, јер је реч о поступку у коме се не расправља као у парничном поступку, због чега суд и јавни извршитељ приликом одлучивања о предлогу за одлагање извршног дужника морају посветити нарочиту пажњу свим наводима странака и достављеним доказима. Када су у питању јавне или по закону оверене исправе као докази којима извршни дужник оправдава одлагање и разлоге које је изнео, била би реч о одлукама неког државног органа, извештај лекара или лекарске комисије, налазу инспекције или потврди издатој од стране неког државног органа или установе. Наиме, разлози могу бити различити и с

обзиром на то да ће најчешће бити у питању физичка лица као извршни дужници могу се односити на болест, смртни случај у кругу породице, завршетак школске године.

Да би дошло до одлагања није довољно да извршни дужник испуни све што је прописано чланом 122. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, јер извршни поверилац има право да до доношења решења о предлогу извршног дужника за одлагање услови одлагање полагањем јемства од стране извршног дужника. Ово је свакако добро законско решење и условљавање одлагања полагањем јемства од стране извршног дужника ће показати озбиљност и истинитост навода извршног дужника и спречити злоупотребе. Законодавац је опет предвидео изузетак и по нашем мишљењу он је оправдан и односи се очигледно само на физичка лица. Уколико би полагање јемства довело до извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу, извршни дужник не би био дужан да положи јемство које је предложио извршни поверилац као услов за одлагање. Тешку оскудицу, а реч је о прилично широком и флексибилном појму који оставља довољно простора јавном извршитељу или суду да цени конкретан случај, ипак извршни дужник мора доказивати одређеним јавним исправама. То ће по правилу бити уверења, односно одлуке надлежних државних органа, установа социјалне заштите или завода за запошљавање.

Ако је извршни дужник уверен да ће му одлагање омогућити да се на неки други начин реши однос између њега и извршног повериоца, он ће свакако положити јемство да би исходовао одређени период у коме се извршење неће спроводити. Тада је полагање јемства и логично и оправдано. Уколико су пак разлози за одлагање искључиво хуманитарне – социјалне природе, онда би заиста било нелогично да се лицу које нема средства да плати главни дуг, те предлаже одлагање дал би на неки начин прибавило новчана средства за измирење, намеће и обавеза полагања јемства, очигледно би имало и за измирење доброг дела новчаног потраживања извршног повериоца.

Одредбе из члана 122. не говоре ништа о висини јемства које је потребно положити, али смо мишљења да када су у питању новчана потраживања то би у сваком случају могло да буде полагање главнице новчаног потраживања, а када је у

питању извршење ради неновчаног потраживања онда суд или јавни извршитељ у сваком конкретном случају мора проценити значај радње, чињења или нечињења које треба да изврши извршни дужник и сагласно томе процени и висину јемства које треба положити.

Када је извршни поверилац условио одлагање извршења полагањем јемства, па је суд или јавни извршитељ, у зависности од тога ко је искључиво надлежан да спроводи извршење, наложио извршном дужнику да у одређеном року положи јемство, ако он то није учинио сматраће се да је предлог за одлагање повучен.

У ставу 4. члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу не говори се ништа о одлуци која се доноси у случају да се предлог за одлагање сматра повученим. Наше је мишљење да се одлука доноси у форми решења, те би сагласно одредби члана 24. став 2. била дозвољена и жалба против те одлуке.

5. ОДЛАГАЊЕ НА ПРЕДЛОГ ТРЕЋЕГ ЛИЦА

За разлику од веома лошег решења из прошлог Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године у којем законодавац уопште није предвидео могућност одлагања, па ни на предлог трећег лица, иако је оно поднело приговор и упућено на парницу, у овом закону уврштена је логична одредба да је могуће одлагање и на предлог трећег лица.

Треће лице стиче процесну могућност да предложи одлагање извршења, након што је поднело приговор којим тражи да се извршење прогласи недозвољеним на неком предмету на коме се извршење прогласи недозвољеним на неком предмету на коме се извршење спроводи. За разлику од права извршног дужника који само једном у току поступка може предложити извршење, законодавац је то другачије решио у односу на треће лице. Законодавац није ограничио могућност трећег лица да поднесе предлог за одлагање извршења и више од једног пута, али је ограничио могућност одлагања тако што је прописао да се извршење може одложити само једном, наравно док је у току извршни поступак, и то под условом да треће лице доказује своје право правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом.

Осим што приговор трећег лица мора да садржи идентификационе податке из члана 30. овог закона, и поднесак – предлог за одлагање који подноси треће лице, мора садржати исте идентификационе податке да би био потпун. У супротном, предлог би био одбачен. Није спорно да треће лице, када интервенише приговором у поступку извршења тражећи да се извршење на неком предмету на коме је одређено извршење прогласи недозвољеним, мора поднети и одређене доказе за своје тврдње у погледу права која има. То ће по правилу бити одређене јавне или приватне исправе оверене по закону. Међутим, законодавац, по нашем мишљењу, непримерено користи израз „доказује“, јер треће лице не може у извршном поступку доказати своје право, а ако то право буде оспорено, треће лице то право доказује у парничном поступку. По нашем мишљењу, када је у питању приговор трећег лица, али и његов предлог за одлагање, треће лице би требало да учини вероватним своје тврдње како у погледу права за које тврди да га има на предмету извршења, тако и у погледу разлога који оправдавају одлагање извршења. Треће лице у погледу разлога који оправдавају одлагање извршења у случају да му је приговор одбијен или одбачен и када је у законом прописаном року поднело тужбу ради утврђења да је извршење недозвољено на неком предмету. У том случају, потпуно је логично да треће лице предложи одлагање до правноснажног окончања парничног поступка који је иницирало тужбом и да достави и тужбу са пријемним печатом надлежном суду. У тој ситуацији, када му је приговор претходно одбијен, треће лице свакако не може у извршном поступку доказивати своје право неком правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом јер би, у супротном, приговор трећег лица био претходно усвојен да поседује такве доказе. Већ смо изнели своје неслагање са „концептом“ који је законодавац предвидео у погледу одлучивања о приговору трећег лица. Сматрамо да никако није требало прописати могућност да се о приговору трећег лица мериторно одлучује у поступку извршења како од суда, а тако посебно не од јавног извршитеља. Мислимо да је требало предвидети само могућност да се приговор одбаци уколико је неуредан и недозвољен или је непотпун (изостали су било какви докази за тврдњу трећег лица) и могућност да треће лице буде упућено на парницу.

Треба указати на значајну разлику која се појављује у одредбама става 1. члана 123. Том одредбом пре измена и допуна Закона о извршењу и обезбеђењу је, у случају да треће лице доказује своје право правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом, с тим да је претходно поднело приговор, било прописано да јавни извршитељ одлаже извршење, док сада норма прописује да се извршење може одложити. Разлика је велика, јер је према претходном тексту, према нашем мишљењу, постојала обавеза јавног извршитеља да одложи извршење, а сада је јавни извршитељ слободан да, процењујући сваку конкретну ситуацију, одлучи да ли ће или неће одложити извршење на предлог трећег лица.

6. РОК ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ И ПРАВНИ ЛЕК

У случају када извршни дужник предлаже одлагање извршења, његов предлог се обавезно доставља извршном повериоцу уз упозорење да у року од три дана од дана достављања предлога за одлагање може да се изјасни и да одговор на предлог за одлагање. Законодавац је изменама и допунама закона поступак по предлогу за одлагање извршног дужника, али и трећег лица, учинио контрадикторним, јер је прописао обавезну доставу предлога за одлагање извршном повериоцу када је у питању предлог извршног дужника, а када је у питању предлог за одлагање трећег лица – обавезну доставу на изјашњење извршном повериоцу и извршном дужнику. Рок у коме се извршни поверилац и извршни дужник по поднетим предлозима за одлагање могу изјаснити веома је кратак и износи три дана од дана достављања предлога за одлагање. Ово је логично имајући у виду хитност извршног поступка, а посебно хитност одлучивања о предлогу за одлагање.

Рокови за одлучивање о предлогу за одлагање који важе и за јавног извршитеља и за суд веома су кратки и то је оправдано. Одлука се доноси у року од пет дана од када је за примљен предлог за одлагање, а решење којим је одлучено о предлогу мора да се отпрати у наредна три радна дана.

Искључиви правни лек против одлуке о поднетом предлогу за одлагање у случају да га је поднело треће лице или извршни

дужник је приговор. Он се подноси у року од осам дана од дана пријема решења и о том приговору одлучује веће надлежног првостепеног суда.

7. ДЕЈСТВА ОДЛАГАЊА

Материјалноправно дејство решења о одлагању почиње тећи и производи дејство од тренутка доношења, што практично значи да само достављање решења странкама нема значаја у односу на непоступање јавног извршитеља или суда када је предлог за одлагање усвојен. Овакво решење јесте неуобичајено, али се може оправдати чињеницом да одлука којом се извршење одлаже пре свега делује у односу на јавног извршитеља који спроводи извршење, односно суд који спроводи извршење и због тога је од мањег значаја за наступање одлагања чињеница да је одлука достављена странкама.

Правило је да се за време на које је одложено извршење не предузимају радње којима се спроводи извршење, али је по нашем мишљењу законодавац унео веома оправдан изузетак који се односи на поступак намирења новчаног потраживања. Реч је пре свега о оним радњама на основу којих извршни поверилац може стећи заложно право или право намирења на предмету извршења, а то су пописивање покретних ствари, забележба решења о извршењу на непокретности, пленидба и упис заложног права на акцијама или уделима. Такође, изузетак је предвиђен и за могућност процене вредности предмета извршења, а радња процене јесте по својој природи секундарна радња која не утиче на сам поступак извршења и не одступа од донетог решења о одлагању извршења, нити наноси неку штету извршном дужнику.

Можемо закључити да су изузетак оне радње које имају изузетан значај за извршног повериоца, а односе се на његово право на намирење на неком предмету у случају новчаног потраживања, док са друге стране не утичу посебно на нека права извршног дужника или трећег лица и не наносе им већу штету.

Законодавац посебно наглашава несуспензивност поднетог предлога за одлагање, као и изјављеног приговора против решења

којим је одбачен или одбијен предлог за одлагање извршења. То значи да поднети предлог за одлагање, као и поднети приговор против решења којим је предлог одбачен или одбијен, не утичу на ток извршног поступка.

8. ВРЕМЕ НА КОЈЕ СЕ ОДЛАЖЕ ИЗВРШЕЊЕ

Сасвим је разумљиво да је законодавац, када је у питању време на које се одлаже извршење напарвио разлику у зависности од тога по чејем предлогу је извршење одложено. Када је реч о одлагању на предлог извршног повериоца, онда одлагање траје онолико колико је извршни поверилац предложио.

У случају да је извршење одложено на предлог извршног дужника, време на које се извршење одлаже процењује и о томе одлучује јавни извршитељ, односно суд, уколико је суд искључиво надлежан за спровођење извршења. При томе се цене све околности конкретнег случаја и конкретни разлози због којих извршни дужник предлаже одлагање. Ако је то, на пример, болест, на основу извештаја лекара или комисије у којој је назначено време неспособности за рад, или време трајања терапије, процениће се и време на које се одлаже извршење. Уколико је у питању, на пример, крај школске године, то ће бити до завршетка школске године.

Законом о изменама и допунама Закона о извршењу (Службени гласник Р.Србије бр. 54/19) и обезбеђењу отклоњен је пропуст који је учињен у тексту закона, те је у ставу 2. назначено и трајање одлагања на предлог трећег лица и регулисано на истоветан начин као и поводом предлога за одлагање извршног дужника, тј. да рок трајања одлагања зависи од конкретних околности у сваком поједином случају. Ипак се мора нагласити, да је у случају одлагања извршења на предлог трећег лица реч о карактеристичној ситуацији. То је ситуација у којој је треће лице поднело тужбу да се извршење прогласи недозвољеним и у том случају одлагање, уколико је предлог трећег лица усвојен, треба да траје до правноснажног окончања парнице за недозвољеност извршења. У супротном одлагање на би имало сврху.

9. НАСТАВЉАЊЕ ОДЛОЖЕНОГ ИЗВРШЕЊА

У случају када је извршење одложено решењем јавног извршитеља или суда, јавни извршитељ или су, у зависности ко је искључиво надлежан да спроводи извршење, по истеку времена које је одређено у решењу, по службеној дужности, наставиће спровођење извршења. Предлог странке није потребан, јер суд или јавни извршитељ, који је донео решење о извршењу има непосредно сазнање о истеку рока који је назначен у решењу о одлагању.

У случају да рок, односно време на које је одложено извршење није протекао, могућ је наставак спровођења извршења, под условом да извршни поверилац, сада законодавац, користи прави израз, учини вероватним да су престали разлози за одлагање, или ако положи јемство. Дакле, није потребно да докаже да су престали разлози за одлагање, него да то учини вероватним одређеним чињеничним наводима и одређеним исправама које подноси. Када је у питању полагање јемства законодавац ни у овој норми не говори о висини јемства, што значи да су суд и јавни извршитељ овлашћени да процењујући околности сваког конкретног случаја одлуче о висини јемства који ће положити извршни поверилац.

Када је реч о одлагању извршења по споразуму странака или странака и трећег лица, логично је да ће се и пре истека времена на које је одложено извршење наставити када странке или странке и треће лице предложе наставак спровођења.

Одредба из става 4. члана 127. Закона о извршењу и обезбеђењу јесте последица опредељења законодавца, да одлагање које је уследило на предлог извршног повериоца или по споразуму странака, или странака и трећег лица, не делује према новом извршном повериоцу, дакле, оном извршном повериоцу који је ступио у извршни поступак на место извршног повериоца по чијем предлогу је извршење одложено. У том случају, по ступању новог извршног повериоца у извршни поступак суд или јавни извршитељ доносе решење о настављању извршења. Решење којим је одлучено о настављању извршења пре истека времена на које је одложено побија се искључиво приговором и о приговору одлучује веће надлежног првостепеног суда.

Када је у питању одредба из члана 127. став 4. поставља се питање да ли извршни дужник, у ситуацији када је решење којим је одлучено да се извршни поступак настави постало правноснажно, јер је на пример његов приговор одбијен, има право да предложи одлагање извршења. Сматрамо да има право да тражи одлагање извршења, а сагласно одредбама члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу.

10. ОДЛАГАЊЕ НА ПРЕДЛОГ ДРЖАВНОГ (ЈАВНОГ) ТУЖИОЦА

Да бисмо имали потпуни увид у институт одлагања извршења треба указати, да сагласно одредбама из члана 27. Закона о јавном тужилаштву (Службени гласник Р.Србије бр. 116/08.... 106/15..) јавни тужилац може захтевати одлагање или прекид извршења одлуке кад сматра да постоје разлози да се ванредним правним средством побија одлука донета у судском или другом поступку. Тај захтев се подноси органу који дозвољава извршење одлуке, а ако је извршење почело – органу који га спроводи заједно са доказом да је уложио ванредно правно средство. Сагласно одредбама из члана 28. наведеног закона, у случају усвајања захтева јавног тужиоца, одлагање или прекид извршења траје до доношења одлуке о ванредном правном средству јавног тужиоца. Међутим, одлука о одлагању или прекиду извршења престаје да важи ако јавни тужилац у року од 30 дана од њеног пријема (одлуке коју побија ванредним правним леком) не уложи ванредно правно средство.

Наиме, према одредбама из члана 421. Закона о парничном поступку⁶ Републички јавни тужилац ротив правноснажне пресуде донете у другом степену може да поднесе Врховном касационом суду захтев за преиспитивање правноснажне пресуде. Захтев може да се поднесе против правноснажне пресуде којом је повређен закон на штету јавног интереса и то у року од три месеца од дана правноснажности пресуде.

⁶ Закон о парничном поступку Службени гласник Р.Србије бр. 72/11, 49713- одлука УС, 74/13- одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20.

11. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Генерално посматрано можемо рећи да је постојећи закон нашао прикладну равнотежу између основних права извршног повериоца (за брзу и економичну заштиту утврђеног права) у односу на права извршног дужника која су спомињана у уводном делу овога текста.

Чини се да је законодавац у највећој мери испунио централни задатак извршног законодавства, а то је да уравнотежи права извршног повериоца (која проистичу из извршне исправе) у односу на обавезу извршног дужника уз наравно императивна ограничења у погледу хуманости поступања ограничења по обиму и врсти и сл.

Ипак, по нашем мишљењу цео актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу пати од пренормираности и „пренаглашене жеље законодавца да уреди сва спорна питања“. Закон је морао да остави знатно више слободе и креативности судовима и свакако јавним извршитељима у поступку спровођења извршења. Када је у питању институт одлагања треба се држати основних принципа, а то су пре свега, да ће се одложити извршење увек на захтев извршног дужника. Извршење ће се одложити увек уколико је постигнут споразум између странака, осим ако је реч о недозвољеном располагању.

Када говоримо о одлагању по захтеву извршног дужника ситуација је потпуно другачија. Ово одлагање може бити само резултат општег концепта заштите извршног дужника. Оно мора бити временски ограничено. Мора се свести само на једно образложено одлагање. Овде бисмо оставили пуну могућност одлучивања онемо ко спроводи извршење (суд или јавни извршитељ).

Потпуно идентичан концепт задржали бисмо и у односу на права трећих лица која морају „пружити озбиљне доказе“ да је њихов предлог за одлагање оправдан или да је повезан са неким правом које трећа лица могу или желе да остваре.

Ма колико да смо сви свесни проблема неефикасног судства и да смо опредељени ка брзој заштити утврђених права извршних поверилаца, не можемо а да не водимо рачуна о животној реалности. Бројни су оправдани аргументи које често

износе извршни дужници (да ће у року од неколико дана добити зараду, те да ће измирити дуг; да очекује прилив средстава од трећих лица која њему дугују; да очекује реализацију кредита од пословне банке и да о томе пружи доказе; да је члан породичног домаћинства у тешкој здравственој ситуацији; да се очекује порођај супруге; да дете треба да заврши школу и сл). Дакле, ови изузетни случајеви морају бити цењени од стране суда и јавних извршитеља. Они се морају третирати веома рестриктивно.

Ипак нама се чини да је законодавац пропустио да институт јемства⁷ боље уреди, посебно када је у питању треће лице и да на тај начин релаксира стрепњу повериоца код евентуалног одлагања. По нашем схватању јемство би било идеалан облик заштите у свим оним случајевима када извршни дужник тражи од суда или јавног извршитеља да се извршење одложи. Јемство наравно нема пун ефекат у одним најдрастичнијим случајевима када се ради о хумано-социјалним разлозима, али у бројним другим разлозима јемство може одиграти изузетно значајну улогу. Јемство се може исказати у висини процењене вредности потраживања, или у паушалном износу попут кауција у кривичном поступку. Код одређивања паушалних кауција цениће се вредност спора, имовно стање физичког или правног лица које је извршни дужник, евентуална могућност злоупотребе и сл. Ова категорија заштите, по нашем мишљењу потпуно би отклонила сваку дилему која би се односила на евентуално приговарање извршног повериоца да је суд или јавни извршитељ био благонаклон према извршном дужнику или да је одлагањем извршења доведен у неравноправни положај.

ЛИТЕРАТУРА

Благојевић Борислав: *Систем извршног права*, Београд, 1938.

Бодирога Никола, „Одлагање извршења донетих арбитражних одлука“, *Право и привреда*, 4-6/18.

Бодирога Никола, „Одлагање извршења у извршном поступку“, *Правни живот* 13/2008, Београд.

⁷ О институту јемства Вид. Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Сл. гласник, Београд, 2009, стр. 171; Небојша Шаркић, *Грађански извршни поступак*, Факултет за пословно право, Београд, 2005, стр. 76.

Бодирога Никола, *Теорија извршног поступка*, О одлагању и обустави извршења.

Мајснер, *Закон о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 1939.

Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, „Службени гласник“, 2018.

Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2020.

Николић Младен, Шаркић Небојша, „Специфична правна средства у извршном поступку“, *Новине у извршном законодавству Србије*, (приредио Небојша Шаркић) Глосаријум, Београд, 2020.

Петровић Здравко, „Одлагање извршења зборник радова“, *Двадесет година Закона о извршном поступку*, Ниш, 1999.

Петровић Здравко, „Прекид и одлагање извршења по захтеву јавног тужиоца“, *Зборник радова* Глосаријум, 2002.

Чулиновић Фердо, Иво Матијевић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 1938.

Шаркић Небојша, *Грађански извршни поступак*, Факултет за пословно право, Београд, 2005.

Шаркић Небојша, М. Николић Младен, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Параграф, 2013.

Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, Параграф, 2016.

Шаркић Небојша, Младен Николић Младен, *Коментар Закона о извршном поступку*, Сл. гласник, Београд, 2009.

Шаркић Небојша, Николић Младен, *Коментар Закона о извршном поступку са судском праксом и обрасцима*, Факултет за пословно право, Београд, 2005.

Шаркић Небојша, Николић Младен, *Коментар Закона о извршном поступку*, „Службени гласник“, Београд, 2009.

Шаркић Небојша, *Приказ новог Закона о извршењу и обезбеђењу* (првих 100 чланова), Параграф, Београд, 2016.

Шаркић Небојша, Рашић Драган, *Коментар Закона о извршном*

поступку, Савремена администрација Београд, 1986.

Шаркић Небојша, Рашић Драган, Приручник за примену Закона о извршном поступку, Савремена администрација, Београд, 1990.

Правни извори

Закон о извршном поступку, Службени лист СФРЈ бр. 20/78, 6/82.

Закон о извршном поступку, Службени лист СРЈ бр. 28/2000, 73/2000.

Закон о извршном поступку, Службени гласник Р. Србије бр. 125/04.

Закон о извршењу и обезбеђењу, Службени гласник Р. Србије бр. 31/11, 99/11-др. закон.

Закон о извршењу и обезбеђењу, Службени гласник Р. Србије бр. 106/15, 106/16 аутентично тумачење, 113/17 аутентично тумачење, 54/19 и 9/20 аутентично тумачење.

Закон о парничном поступку Службени гласник Р. Србије бр. 72/11, 49713- одлука УС, 74/13- одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20.

Закон о јавном тужилаштву, Службени гласник Р. Србије бр. 116/08.... 106/15.

Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić

POSTPONEMENT OF ENFORCEMENT

- Resume -

The authors' intention is to present one of the legal remedies in enforcement proceedings, according to The Law on Enforcement and Security Interest, in addition to pointing out a different treatment of this legal remedy in the laws which regulated enforcement proceedings in this area.

A motion to postpone enforcement is one of the legal remedies in enforcement proceedings. Postponement of enforcement means that a decision on enforcement has already been issued and in case the motion is granted, conducting of enforcement is usually suspended from the moment a postponement decision is issued, with the exception of conducting enforcement actions concerning satisfaction of a monetary claim, which are prescribed by the law. The postponement is possible if one of the parties files the motion, if the parties reach an agreement, if a third party files the motion, if parties and a third party reach an agreement or if a state prosecutor files the motion. This legal remedy wasn't regulated in some of the laws on enforcement proceedings, which caused serious problems for courts and later, for enforcement officers, because various life events that occurred (especially when it comes to natural persons) justified the postponement. In the current Law on Enforcement and Security Interest a motion to postpone enforcement is regulated in a satisfactory manner. A postponement decision is issued in a short time and it can usually be challenged by an objection, as the sole legal remedy. The postponement is limited in time.

Keywords: postponement, court, public enforcement officer, enforcement creditor, enforcement debtor, third party, decision, objection.

* Овај рад је примљен 21. марта 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

ПРОБЛЕМ ПРЕСТАНКА ЗАШТИТЕ САНИТЕТСКОГ ОСОБЉА, ЈЕДИНИЦА, ОБЈЕКТА И ТРАНСПОРТА ЊИХОВИМ НЕДОЗВОЉНИМ АКТИВНОСТИМА

-Сажетак-

Примену међународних правила оружаних сукоба је крајем 20. и почетком 21. века карактерисало константно више или мање њихово кршење. Посебно осетљиво питање је било кршење гарантованих правила која су у току развоја међународног права прва настала и сматрана за темељ међународног хуманитарног права. Правила везана за заштиту рањеника, болесника, санитарских објеката (болница) и транспорта су међу првима била донета и представљала су основ хуманитарне заштите повређених лица, лица која се брину о њима (медицинско особље), објекти и простор где би били смештени и транспорти за њихов превоз. У скоро свим оружаним сукобима долазило је и долази до кршења правила о њиховој заштити проузрокованих њиховим њиховим актима. Међународно хуманитарно право забрањује да заштићена лица и објекти буду предмет напада у циљу војног успеха, али и да они сами не смеју прекорачити или злоупотребити свој заштићени статус. Међународна правила су предвидела и ситуације када се прекорачи или злоупотреби заштићени статус и то управо из разлога да се не би дала војна предност некој од зарађених страна коришћењем овог статуса. Међународно уговорно и обичајно право су предвидели две врсте тих кршења. Кршење заштићеног статуса актима

* Аутор је ванредни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Београду.
Електронска адреса аутора: vlajkojoncic@gmail.com

штетним по непријатеља и директним учествовањем у непријатељствима заштићених субјеката. Непријатељ је на основу ових кршења имао право да предузме мере против прекршилаца. Међународно хуманитарно право је предвидело две врсте заштите. Предвиђена је општа заштита гарантована свим субјектима правилима и обичајима рата и посебна заштита која је била предвиђена за лица објекте и транспорте као неку врсту *lex specialis*. Губитком посебне заштите, због предузимања борбених (и неборбених, али непријатељских) активности коришћењем свог заштићеног статуса (предузимањем радњи штетних по непријатеља, како то формулишу међународноправни инструменти), остаје општа заштита гарантована међународним конвенцијама и обичајним правом. У случају кршења статуса због директног учествовања у непријатељствима се не губи минимална општа заштита већ се стварају услови за санкционисање прекршиоца. Овако предвиђена слојевита заштита обезбеђује да се и у случају да зарађена страна прекрши правила о својој заштити не изгуби потпуно свој заштићени статус, а посебно за санитетско особље и установе који су неопходни за пружање помоћи рањеним и болесним, и то не само војницима, него и цивилима. Да би дошло до примене мера у случају аката штетних по непријатеља или директног учествовања у непријатељствима, међународно прво налаже да се испуне одређени услови за обе зарађене стране.

Кључне речи: међународно право, међународно хуманитарно право, међународно право оружаних сукоба, заштита санитетског особља, санитетских објеката, јединица и транспорта, радње штетне по непријатеља, директно учествовање у непријатељствима, заштита цивила и цивилних објеката, перфидија, војни циљеви.

1. УВОД

Примена и поштовање међународног права оружаних сукоба крајем 20. и почетком 21. века су поделили судбину међународног јавног права уопште. То је из разлога што су међународно право оружаних сукоба, односно, међународно хуманитарно право (у ширем смислу) је грана међународног јавног права. Међународно право оружаних сукоба је у класичном међународном праву је било саставни део међународног јавног права.¹ У пракси су обе научне дисциплине остале у нераскидивој вези једна са другом. Примена међународних правила оружаних сукоба, заједно са нормама међународног јавног права је у последњих тридесет година доживела тешка кршења. Непоштовање основних норми међународног права, а посебно тзв. когентних норми је последњих деценија доживело свој врхунац. Највећи утицај на тешка кршења међународног права оружаних сукоба су била изазвана великим променама у међународним односима. Тектонске промене у међународним односима крајем осамдесетих и почетком деведесетих година 20. века су за последицу имале дебаланс равнотеже снага успостављене после Другог светског рата и губљење утицаја и снаге система колективне безбедности утврђеног кроз систем Организације уједињених нација. Међународни односи су почетком 21. века постали сложенији након рушења биполарности света и успостављене равнотеже снага после Другог светског рата. Наступило је време успостављања униполарности на челу са САД. Тај тренд је кратко трајао и у

¹ У доктрини међународног права не постоји потпуно усаглашено мишљење о наизвиу ове гране права. Постоје различити приступи и овде се користи назив међународно право оружаних сукоба као шири појам који обухвата области међународно хуманитарно право у ужем смислу и међународно ратно право. Користи се и израз међународно хуманитарно право (у ширем смислу те речи) уместо назива међународно право оружаних сукоба. О појму међународног права оружаних сукоба и међународног хуманитарног права у ширем и ужем смислу видети у: Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет, Београд, (2010), 2015, стр. 17-18; Борис Кривокапић, *Мир и рат у међународним односима*, Институт за упоредно право, Пословни и правни факултет, Београд, 2017, стр. 546-549; Зоран Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 424-432; Georg Schwarzenberger, *International law: the law of armed conflict*, Steven, 1957; Полторак А.И., Савинский Л. И., *Вооруженные конфликты и международное право*, Москва, 1976, стр. 65-108; Hans-Peter Gaser, *Medunarodno humanitarno pravo*, Medunarodni pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca, Institut Anri Dinan, Haupt, 1993; Henckaerts Jean-Marie, Doswald- Besk Louise, *Обичајно међународно хуманитарно право*, Tom I, Pravila, MKSK, (ICRC), Cambridge, 2005; Gary Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010.

општем стању сложених међународних односа крајем 20. века појавиле су се нове велике силе и наступио је процес уздизања тих нових светских сила. Њихово јачање на економском, политичком и војном плану је започет процес упостављања мултиполарности у међународним односима. У тако сложеним међународним односима повећан је број оружаних сукоба широм света. У тим сукобима успоставила се тенденција тешких кршења и непоштовања међународног права. Посебно су се истакла тешка кршења и повреде међународног права оружаних сукоба, а најтежа кршења су била према заштићеним категоријама цивилног становништва и цивилним објектима.

У великом броју тешких повреда међународног хуманитарног права значајно место је имало кршење Прве женевске конвенције из 1949. године, Допунског протокола I и Допунског II из 1977. године. Раније неприкосновена заштита санитетског особља, санитетских објеката и транспорта почела је да се „руни“ у ратовима у последњој деценији 20. века и првој декади 21. века под налетом игнорисања и омаловажавања међународног права. Посебна карактеристика ових повреда, везаних за заштиту гарантовану Првом и Другом женевском конвенцијом из 1949. године била је да су повреде вршиле и зараћене стране које су уживале поменуту заштиту. Повреде и кршења су се састојале у злоупотребама те заштите гарантоване овим конвенцијама. Ради се о кршењу члана 21. Женевске конвенције за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату од 12. августа 1949. (Прва женевска конвенција) и члана 34. Женевске конвенције за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору од 12. августа 1949. године (Друга женевска конвенција). Члан 21. Прве женевске конвенције гласи: „Заштита коју уживају сталне установе и покретне санитетске јединице санитетске службе може престати само ако се оне употребе, поред њихових хуманих дужности, за *вршење радњи штетних по непријатеља* (подвукао аутор). Ипак, заштита престаје тек после упућивања обавезне опомене, које ће у свима погодним случајевима оставити разуман рок и тек пошто та опомена остане без дејства.“² Члан 34. Друге женевске конвенције такође

² Члан 21. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату, од 12. августа 1949. (Прва женевска конвенција из 1949. године,

забрањује злоупотребу стипулисане заштите: „Заштита која припада болничким бродовима и бродским болницама може престати само ако се они употребе, поред својих хуманитарних задатака, за вршење аката штетних по непријатеља. Међутим, заштита престаје тек после обавезно дате опомене, која ће у свим погодним случајевима оставити разуман рок, и тек пошто та опомена остане без дејства. Болнички бродови, посебно, не могу имати нити употребљавати тајну шифру за своје радио емисије нити за које било друго средство преношења вести.“³

Дакле, медицинско (санитетско) особље, санитетске установе, санитетске јединице и санитетски транспорти уживају „посебну заштиту“ због њихове хуманитарне функције како би се обезбедила медицинска нега за рањенике, болеснике и бродоломнике у свим околностима. Међутим, члан 21. Прве и члан 34. Друге женевске конвенција забрањују да се ова „посебна заштита“ користи како би се омогућила предност у конкретним ратним околностима против непријатеља. Израз који је употребљен; „посебна заштита“ је својеврсан *lex specialis* у односу на такозвану „општу заштиту“ цивилних лица које пружају чл. 48., 51. и 52. Додатног протокола I из 1977. године и са њима повезане обичајне међународноправне норме⁴ У пракси оружаних сукоба у последње време се не ретко догађало да се заштићени објекти из чл. 21. Прве женевске конвенције користе у ратне сврхе и тако добије војна предност стране која га користи. Противничка страна се доводи у положај да или трпи ту предност или да приступи борбеној неутрализацији те противничке предности. Међутим, предузимањем таквих активности долази се у ситуацију да се крше правила хуманитарног права. У таквим случајевима отварају се и друга питања, посебно да ли су предузете правовремене мере да се противник упозори на злоупотребу заштићених лица и објеката и да ли је сачекао одређено време („разуман рок“), да противничка војска напусти заштићени објекат или средство. Заштићени објекат или средство губе заштиту тек ако „опомена остане без дејства“.

Службени лист ФНРЈ, бр. 24/50).

³ Члан 34. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору од 12. августа 1949 (Друга женевска конвенција из 1949. године, Службени лист ФНРЈ, бр. 24/50).

⁴ Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I) (Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 16/78).

Слабост поменутих Женевских конвенција из 1949. и њихових Додатних протокола из 1977. је у томе што се не дефинише прецизно појам „вршење радњи штетних по непријатеља“ у односу на норме везане за санитетске службе и прецизности које се односе на друге релевантне појмове међународног хуманитарног права, нити на последице губитка ове посебне заштите.⁵ Додуше, у коментарима Правила 28. Обичајног међународног хуманитарног права стоји: „Иако Женевске конвенције и Допунски протоколи не дефинишу „радње штетне по непријатеља“, наводе се неке врсте радњи које не представљају „радње штетне по непријатеља“ и не представљају повреду правила Женевских конвенција. То су, на пример, лично наоружање које носи особље санитетске јединице, случај када су санитетске јединице под пратњом, када се у тим јединицама налази лако наоружање и муниција одузета од рањених и болесних војника или цивила итд. Према Коментару на Прву женевску конвенцију, примери радњи штетних по непријатеља подразумевају коришћење санитетске јединице за прикривање војника способних за борбу, складиштење оружја или муниције, као и војне станице за извештавање или за прикривање војних акција. Институт „вршење радње штетних по непријатеља“ се први пут појавио у члану 7. Женевских конвенција из 1906. године где је утврђено да „заштита санитетских формација и установа престаје ако се користе за вршење дела штетних по непријатеља“. Приликом доношења конвенција 1949. године, током рада Дипломатске конференције 1949. године, није унет овај институт у ревидиране конвенције. У току рада саме конференције је закључено да сама формулација „није довољно елегантна“. „Настојали смо да нађемо бољу формулацију, али смо се вратили традиционалном изразу... Израз је можда донекле еластичан, али нам се чини јасним. Обухвата не само дела ратних дејстава већ и било коју активност која

⁵ На ово питање обраћају пажњу неки од женевских правила и документа Међународног комитета Црвеног крста: Коментари на Прву женевску конвенцију: *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd ed. Geneva, 2016 (Commentary on Geneva Convention I (Commentary GC I), ICRC, Art. 21, para. 1840); Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987; Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds); *Правила обичајног међународног хуманитарног права*); *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987 (Commentary on AP I/AP II, ICRC), AP I, Art. 13, para. 550.

карактерише борбена дејства.“⁶ Првобитна формулација коју је предложила радна група МКЦК је био; „дела чија је сврха или ефекат да нанесу штету Страни која је у неповољнијем положају, олакшавањем или ометањем војних операција“. Формулација је, на крају, није остала у финалном тексту. Тиме је остала празнина која је оставила траг у практичној примени конвенција. Учестала кршења на која је указано на почетку овог текста су само усложнила питање практичне примене члана 21. Прве женевске конвенције и члана 34. Друге женевске конвенције. Имајући у виду да међународно право, у ситуацијама када се користи заштићен статус у циљу добијања предности, укида заштиту овим заштићеним категоријама и дозвољава да се изврши напад на заштићена лица, објекте и транспорте који крше правила о заштити. Из тих разлога се намеће захтев да се размотри проблематика и евентуално дају одговори и предложе решења. Питање заробљавања медицинског особља у случају да је применило радње штетне по непријатеља у оквиру (зло) употребе правила о заштити санитетског особља нема значаја јер је дефиниција напада регулисана чл. 49. Допунског протокола I, а питање положаја заробљеног особља је регулисано Трећом женевском конвенцијом из 1949. године, а потврђено је и у Коментарима Међународног комитет Црвеног крста (у даљем тексту МКЦК).⁷

2. ЗАШТИТА САНИТЕТСКОГ ОСОБЉА, ЈЕДИНИЦА, ОБЈЕКТА И ТРАНСПОРТА ПО МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ

Међународно хуманитарно право пружа пуну заштиту болесницима, рањеницима, санитетском особљу, санитетским јединицама, и транспортима у међународним оружаним сукобима, али и у немеђународним оружаним сукобима. Првобитно је међународно хуманитарно право штитило само „рањенике и болеснике“ са статусом борца. Савремено међународно хуманитарно право (у даљем тексту МХП) је проширило опсег заштите у правцу да се под појмом рањеници

⁶ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-A, стр. 818–819.

⁷ Трећа женевска конвенција је скраћени назив за Женевску конвенцију о поступању са ратним заробљеницима од 12. августа 1949. године.

и болесници сматрају и повређени и болесни цивили. На ово упућују правила Допунског протокола I из 1977. године и Обичајног међународног хуманитарног права.⁸ Прецизно речено, Допунски протокол I је успоставио јединствен систем заштите за сва ова лица. Дакле, међународна правила предвиђају, условно речено, две врсте правила заштите. Правила која би се могла назвати правила опште заштите и правила посебне заштите. Ову поделу у доктрини помињу и Роберт Колб, Фумико Накашима и Пјетро Вери и други.⁹ Правила опште заштите су регулисана као правила која се односе на цивилно становништво које регулише Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата од 12. августа 1949. године (позната под скраћеним називом Четврта женевска конвенција из 1949) и правила наведена у Студији под називом „Обичајно међународно хуманитарно право“ која су постала регулаторна правила јер је Студија постала својеврсна кодификација обичајних међународних правила оружаних сукоба.¹⁰

Додуше, међународна правила траже и испуњење одређених услова. Да би лице имало сатутус рањеника или болесника морало би да испуни кумулативно два услова: лице мора да захтева медицинску негу и мора да се уздржи од било каквог непријатељског чина према противнику.¹¹ Одсуство било ког од ових услова искључује лице из заштићеног статуса. Његов статус ће у конкретном случају зависити од његовог стварног понашања и од његовог здравственог стања. Ове обавезе се

⁸ *Обичајно међународно хуманитарно право*, МКСК, Том, I, Правила, (edit. Jean-Marie Henckaerts/Lousie Doswald-Beck), Правила: 25-26, 28-30, 109-111; Коментари на Прву женевску конвенцију, ICRC Commentary on GC, I, note 4, Art. 12, para. 1321; Допунски протокол I из 1977 чл. 8 (a), (API, ICRC, Commentary on API, note 4, Art. 8(a), para. 304.

⁹ Robert Kolb and Fumiko Nakashima, „The notion of ‚acts harmful to the enemy‘ under international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross*, 2018, pp. 111, 1171-1199; Pietro Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, ICRC, Geneva, 1992, p. 71 (преузето од: Robert Kolb and Fumiko Nakashima, „The notion of ‚acts harmful to the enemy‘ under international humanitarian law“).

¹⁰ У Предговору студије „Обичајно међународно хуманитарно право“ (Том I), су председник МКЦК Јакоб Каленберг, судија Абдул Г. Короме и Ив Сандоз су недвосмислено, уз опрез да на прејудуцирају нормативан значај правила наведених у Студији, скренули пажњу да су наведена правила утврђена на основу прихваћених међународних конвенција, праксе и *opinio iuris* држава, одлука међународних судова и трибунала и међународноправне доктрине (мишљења експерата међународног права). Тиме су дискретно утврдили да су правила утврђена у студији својеврсно кодификована као међународно призната правила) чак је Каленберг изричито написао у Предговору да је израда Студије „напредак у кодификацији међународног хуманитарног права“, стр. X).

¹¹ Допунски протокол I, чл. 8(a) и Коментари на женевске конвенције, ICRC Commentary on GC I, note 4, common Art. 3, para. 737, Art. 12, para. 1341.

једнако примењују у међународним и у немеђународним оружаним сукобима.

Појам „санитетско особље“ је проширен на сличан начин како би обухватио војно санитетско особље и цивилно санитетско особље, односно цивиле. Дефиниција из чл. 24-26. Прве женевске конвенције и Четврте женевске конвенције из 1949. године је проширена кодификацијом кроз Допунски протокол I из 1977. чл. 8. (ц). За ова лица се такође тражи испуњење два кумулативна услова. Један је да страна у сукобу у оквиру својих обавеза стави медицинско особље под контролу¹² и друго, да њихово распоређивање и постављање (привремено или трајно) мора бити искључиво циљу „тражења, прикупљања, транспорта, утврђивања дијагнозе или лечења, укључујући и пружање прве помоћи, рањеника болесника и бродоломника и за спречавање болести, управљање санитетским јединицама или функционисање или управљање санитетским транспортом“.¹³ Под заштићеним објектима се сматрају на првом месту „санитетске јединице и транспорти и зграде“, под којима се сматрају и војни и цивилни.¹⁴

Посебна заштита ограничена је на санитетске јединице и транспорте које је страна у сукобу доделила у медицинске сврхе. Неовлашћене санитетске јединице или транспорти такође су заштићени према правилима о заштити цивилних објеката (општа заштита). Опште је прихваћено да су ова правила применљива и у међународним и у немеђународним оружаним сукобима.¹⁵ Војни и цивилни санитетски објекти су такође под заштитом као и цивилни објекти (Допунски протокол I, члан 52), тј. они су истовремено и цивилни објекти, тако да уживају исту заштиту као и други цивилни објекти.¹⁶ Дакле, имају општу заштиту.¹⁷ Цивилни објекти негативно се дефинишу као „цивилни објекти су сви објекти који нису војни циљеви“.¹⁸

¹² *Обицајно међународно humanitarno pravo*, МКСК, No.2, Commentary on Rule 25.

¹³ Исто.

¹⁴ Прва женевска конвенција, чл. 19; Четврта женевска конвенција чл. 18; Допунски протокол I, чл. 8 (е). За транспорте, Прва женевска конвенција чл.35. и Четврта женевска конвенција, чл. 8 (г).

¹⁵ Коментари на Допунски протокол II, Commentary on AP II, a, ICRC, note 4, Art. 11, para. 4711-4712.

¹⁶ Коментари на Прву женевску конвенцију, Commentary on GC I, ICRC, note 4, Art. 19, para. 1794.

¹⁷ Члан 52. Допунског протокола I из 1977.

¹⁸ Commentary on GC I, ICRC, above note 4, Art. 24, para. 1983; *Обицајно међународно*

Ово се односи и на војне и цивилне санитетске јединице и транспорте.

Под појмом *посебне заштите* подразумева се суштинска обавеза „поштовања и заштите“. Овај термин је први пут уведен у уговорном праву у Женевској конвенцији о побољшању стања рањених и болесних у војскама на терену из 1906. године.¹⁹ Намера је била да се заштити имунитет, неповредивост и неутралност које уживају хитна помоћ, санитетско (медицинско) особље и, према томе, рањени и болесни. Обавеза поштовања подразумева низ обавеза негативне природе, тј., да се нарочито уздрже од напада на заштићена лица. Обавеза заштите обухвата низ обавеза позитивне природе, односно, предузимање мера у корист заштићених лица.²⁰ Ова двострука обавеза примењује се и у односима између страна у сукобу и заштићених лица непријатеља, као и према лицима из сопствених оружаних снага.²¹ Правила међународног хуманитарног права се у вези посебне заштите лица или јединица примењују „у свим околностима“, осим када су дела почињена у непријатељске сврхе или са последицама које штете противној страни. Оваква формулација указује да се зарађене стране не могу позивати на своје оперативне разлоге или на војну потребу у циљу оправдања непоштовања ратних правила.²² Обавеза постоји без обзира на то да ли је непријатељ поштује или не. Дакле, одмазде су забрањене против заштићених лица у међународним и немеђународним оружаним сукобима. На то указују сва међународна правила.²³

Једна од основних карактеристика посебне заштите из Прве и Друге женевске конвенције из 1949. године, Допунског протокола I из 1977. године и правила обичајног права јесте да је забрањено вршити нападе на заштићена лица, објекте и средства. Ова

humanitarno pravo, МКСК, Правило 9.

¹⁹ Женевска конвенција о побољшању стања рањених и болесних у војскама на терену од 6. јула 1906. је била ревизија и разрада Женевских конвенција из 1864.

²⁰ Коментари на Прву женевску конвенцију, *Commentary on GC I*, ICRC, note 4, Art. 24, para. 1984.

²¹ Исто, para. 1986.

²² Коментари на Прву женевску конвенцију, *Commentary on GC I*, ICRC, note 4, Art. 24, para. 1983; Исто: Jann K. Kleffner, “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, стр. 325.

²³ Прва женевска конвенција, чл. 46, Друга женевска конвенција, чл. 47, Допунски протокол I, чл. 20 кодификована правила Обичајног међународног хуманитарног права, правило 146. и 148.

обавеза се посебно односи на директне нападе на заштићена лица и објекте. Погрешно би било закључити да посебно заштићена лица уживају мањи степен заштите од обичних цивила из опсега опште заштите. Међутим, ако би се тумачило супротно, била би заустављена или површно поштована сврха посебне заштите. Проблем настаје када се санитетска помоћ пружа рањеницима и повређенима непосредно у близини борбених дејстава, када се средства транспорта нађу у јеку борбе у самом срцу борбених дејстава где је могуће да настрадају. У пракси се такве ствари и догађају због жестине борбе. Последица оваквог стања јесте да се зарађене стране често позивају на ненамерну, тзв. колатералну штету, односно на војну потребу или последицу војне потребе. У пракси, а и у доктрини, поставља се питање до ког степена је та гаранција заштите. Намеће се питање о тзв. колатералној штети и пропорционалности у поштовању и идеалној примени ових правила у борбеним дејствима, тј. до које мере се може толерисати повреда ових правила, посебно правила о дозвољивости непријатељских аката са позивом на пропусте, или када су последице такве да се могу сматрати колатералном штетом. У теорији нема јединственог мишљења и искристалисала су се два става.²⁴ Једни сматрају да се обавеза мора да ублажи у односу на штету нанету цивилима у смислу колатералне штете. Тако, Џефри Корн и Андрју Каливер, сматрају да Де Мартенсова клаузула пружа основу учесницима сукоба да размотре ограничену примену обавезе сразмерности војне потребе и поштовања хуманитарних правила на заштићена санитетска војна лица и војно – медицинске објекте тамо где је то оперативно изводљиво.²⁵ Друга група теоретичара сматра да се захтев сразмерности тумачи тако као што се заштита војно-санитетског особља, предмета, војних рањеника и болесника тумачи онако као и за преостале учеснике сукоба (борце).²⁶

²⁴ Jann K. Kleffner, "Military Collaterals and Jus in Bello Proportionality", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 48, 2018, pp. 49–50; Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, MA, 2014, стр. 173–177; Geoffrey Corn and Andrew Culliver, "Wounded Combatants, Military Medical Personnel, and the Dilemma of Collateral Risk", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 45, No. 2, 2017, стр. 454.

²⁵ Тако и: Robert Kolb/ Fumiko Nakashima, "The notion of "acts harmful to the enemy" under international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, 2019, нав. дело, стр. 1171-1199.

²⁶ Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Boston, MA, 2009, стр. 193–196, 204–207. (Preuzeto: Robert Kolb/ Fumiko Nakashima, "The notion of "acts harmful to the enemy"

У сваком случају, најисправније би било схватање да се не прави разлика и да заштићена лица, укључујући и оне који су постављени у статус *hors de combat* (непријатељ онеспособљен за борбу), не буду мање заштићена од цивила и цивилних објеката. Уосталом, међународно хуманитарно право предвиђа обавезу да се таква лица не нападају без обзира на њихов статус. Чланови од 41-42. Допунског протокола на женевске конвенције то гарантују.²⁷ На обавезу под називом предострожност у нападу гарантује чл. 5. Допунског протокола I из 1977. године. Обавеза је да се у спровођењу војних операција стално води рачуна о томе да се поштеди цивилно становништво, цивили и цивилни објекти и да се у нападима морају да предузму таксативно набројане мере. (Да се провери да објекти који ће се напасти нису цивилни, да се предузму све могуће мере предострожности при избору средстава и метода напада, да одлуке за напад морају водити рачуна на опасност да напад може проузроковати случајна страдања цивила, да напад треба да буде анулиран или прекинут ако постане јасно да циљ није војни и др.). Таксативно набројане мере члана 57. Протокола I су посебно значајне јер захтевају управо посебну заштиту. Поједине одредбе чл. 57. изричито захтевају посебну заштиту, као на пример, да се провери да објекти које ће се напасти нису цивилни, да се предузму све могуће мере предострожности при избору средстава и метода

under international humanitarian law”).

²⁷ Члан 41. *Заштита непријатеља онеспособљеног за борбу*

1. Лице које је признато, или које у датим условима треба да буде признато као онеспособљено за борбу, не сме бити предмет напада.

2. Лице је онеспособљено за борбу уколико је:

(а) у власти противничке стране;

(б) јасно изразило намеру да се преда; или

(ц) у бесвесном стању или друкчије онеспособљено услед рана или болести и према томе није у могућности да се сам брани;

под условом да се у сваком таквом случају уздржава од сваког непријатељског акта и да не покушава да побегне.

3. Када се лица која имају право на заштиту као ратни заробљеници нађу у власти противничке стране под неуобичајеним околностима битке услед којих је онемогућена њихова евакуација предвиђена у Делу III, Одељак I, III конвенције, она треба да буду ослобођена и треба да се предузму све практично могуће мере предострожности да се обезбеди њихова сигурност.

Члан 42. Лица која се налазе у ваздухоплову

1. Ниједно лице које искаче падобраном из ваздухоплова у невољи не сме бити предмет напада за време спуштања.

2. По спуштању на земљу на територији коју контролише противничка страна, лице које се спустило падобраном из ваздухоплова у невољи имаће могућност да се преда пре него што постане мета напада, уколико није очигледно да предузима акт непријатељства.

3. Ваздушно-десантне јединице које се превозе ваздухопловом нису заштићене овим чланом.

напада, да одлуке за напад морају водити рачуна да ли постоји опасност да напад може проузроковати случајне губитке живота цивила и да напад треба да буде анулиран или прекинут ако постане јасно да циљ није војни.

3. ПРЕСТАНАК ЗАШТИТЕ САНИТЕТСКОГ ОСОБЉА, ЈЕДИНИЦА, ОБЈЕКТА И ТРАНСПОРТА ПО МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ

Санитетско особље, јединице, објекти и транспорт су заштићени општим и посебним нормама међународног хуманитарног права. Двострука заштита је добар гарант да ће заштићена лица и објекти бити поштеђени од ратних дејстава. Такође, ова двострука заштита обезбеђује обавезу непријатеља да пажљиво процени одговор у случају предузимања мера ако, заштићени субјекти предузму „активности штетне по непријатеља“ или се укључе у „директно учествовање у непријатељствима“.

Намеће се питање односа између посебне и опште заштите заштићених субјеката предвиђене међународноправним инструментима. Да ли једна другу потиру или су компатабилне? Шта ће се догодити ако заштићена лица или објекат изгубе посебну заштиту јер су постала у једном тренутку борбених дејстава војни циљ (заштићени објекат је постао војни, заштићено лице је узело учешће у борбеним дејствима и др.)?

Прво, не треба губити из вида да у том случају заштићени субјекти имају посебну заштиту и да само губи имунитет под утицајем норме о забрани да се користи методама непријатељског деловања (радњи штетних по непријатеља) из чл. 21. Прве женевске конвенције и члан 34. Друге женевске конвенције из 1949. године. У случају да заштићено лице или објекат изгубе посебну заштиту, због предузимања радњи штетних по непријатеља, остаје му статус по општој заштити као цивилно лице или објекат на основу Четврте женевске конвенције. У том случају прекршилац губи посебан (заштићен) статус на основу Прве и Друге женевске конвенције. Ошту заштиту заштићени субјекти губе када предузму директно учествовање у непријатељствима и истовремено могу изгубити и статус цивила, а тиме комплетну општу заштиту. У сваком случају, ако изгуби општу и посебну заштиту због предузимања радњи штетних по непријатеља,

односно, непосредног учествовања у непријатељствима губи сваку заштиту и постају легалан војни циљ.

Критеријуми за губитак посебне заштите су нешто строжији у односу на општу. Да би заштићени изгубили општу заштиту довољно је да супротна ратујућа страна испуни општи услов за искључење обавезе заштите, а то је војна потреба (добивање војне предности у уништавању непријатеља или директно учешће у непријатељствима од стране заштићених лица и објеката). Поред овог неопходно је испуњење и других услова и доказивања да је војна потреба имала у конкретном случају превагу над хуманитарним принципима. Да би се изгубила посебна заштита регулисана мерама предострожности из поменутих чланова Прве и Друге женеуске конвенције из 1949. године неопходно је да се од стране противника предузму одређене активности. Мора се издати унапред упозорење, са разумним временским ограничењем. Упозорење се мора поштовати „кад год је то могуће“ и да се констатује да упозорење није уважено од стране противника пре напада на заштићене објекте (санитетске службе и транспорти). Након испуњења овог услова може да се констатује да су заштићени објекти постали легални војни циљеви (чл. 52. Допунског протокола I). Дакле заштита долази не из режима посебне заштите, него из опште заштите, без обзира да ли су заштићени објекти прекршили правило предузимања *радњи штетних по непријатеља*. Разлог да се заштите поменути објекти лежи у тумачењу да је супротна ратујућа страна могла да предузме активности као што је ненасилно блокирање или заробљавање санитетске јединице која је предузела такве акције и акте. Услучају напада на поменуте објекте мора да се обезбеди да је такав циљ напада постао легитиман војни циљ (изгубио сваку заштиту). Члан 52. (2) Допунског протокола I врло јасно и исцрпно стипулише под којим условима неки објекат може бити нападнут.²⁸ На све ове услове се додају и мере упозорења из посебне заштите.

²⁸ Члан 52. *Ошита заштита цивилних објеката*

1. Цивилни објекти не смеју бити предмет напада или репресалије. Цивилни објекти су сви објекти који нису војни објекти дефинисани у ставу 2.

2. Напади треба строго да се ограниче на војне објекте. Што се тиче објеката, војни објекти су ограничени на оне који по својој природи, локацији, намени или коришћењу ефикасно доприносе војној акцији, и чије потпуно или делимично уништење, заузимање или неутрализација у условима који владају у то време пружају одређену војну предност.

3. У случају да постоји сумња да ли се неки објект, који је нормално намењен за цивилне сврхе, као што су храм, кућа или друга пребивалишта или школа, користи тако да даје ефикасно допринос војној акцији, сматраће се да се не користи на тај начин.

Пажљиво нормативно уређење оваквих случајева од стране међународног хуманитарног права учињено је из разлога јер је увек постојала опасност да заштићено особље и објекти могу доћи у искушење да злоупотребе свој посебан статус у циљу стицања предности на бојишту. Искуства из Другог светског рата су утицала да се након рата у току доношења нових међународних конвенција узму у обзир ова искуства и уграде забране.²⁹ Мора се признати да су зарађене стране у ратовима после доношења Женевских конвенција и Протокола I и II и даље чиниле повреде злоупотребом заштите санитетског особља и објеката које гарантује међународно право. Разуме се да овакво понашање доводи до губитка посебне заштите ових заштићених категорија. У доктрини МХП се овакви случајеви сматрају изузецима и не утичу на опште схватање да су ове заштићене категорије начелно под заштитом међународног права.³⁰

Прецизно тумачење норми из међународних инструмената који регулишу ово питање упућује да постоје врло прецизни услови да би се изгубио заштићен статус у случају предузимања активности дефинисаних као „дела штетних по непријатеља“.

Коментари на Прву женевску конвенцију захтевају да је неопходно да се испуни први услов, а то је да санитетске службе изврше акте непријатељског деловања изван своје хуманитарне функције.³¹ Појам „хуманитарна функција“ је прецизиран и усвојен у Додатним протоколима на женевске конвенције и заменио је ранији израз „хуманитарне дужности“ из Прве и Друге женевске конвенције из 1949. године.³² Члан 21. Прве женевске конвенције, члан 19. (1) Четврте женевске конвенције, чланови 13. (1) и 21. Допунског протокола I прецизно одређују да заштита поменутих лица и објеката „може престати само ако се оне употребе, поред њихових хуманих дужности, за вршење радњи штетних по непријатеља“. Међутим, стоји даље да „заштита престаје тек после упућивања обавезне опомене,

²⁹ Jean Pictet, “The Medical Profession and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 247, 1985, pp. 198–197; Leonard S. Rubenstein/Melanie D. Bittle, “Responsibility for Protection of Medical Workers and Facilities in Armed Conflict”, *The Lancet*, Vol. 375, 2011, pp. 334–336.

³⁰ На овај закључак упућују правила: *Обицајно међународно хуманитарно право*, (Customary Law Study) Том I, МКСКК, коментари на правила 25, 28, 29.

³¹ *Commentary on I Geneva convention*, (Commentary GC I), note 4, Art. 21, par. 1844. ICRC; *Обицајно међународно хуманитарно право*, прав. 25, 28–29, МКСКК, (у даљем тексту: *Commentary on GC I*, ICRC).

³² *Commentary on Additional Protocol II* (Commentary AP II), note 4, Art. 11, para. 4724.

које ће у свима погодним случајевима оставити разуман рок и тек пошто та опомена остане без дејства“. За повреде члан 11. (2) Додатног протокола II предвиђа се губитак заштите за санитетске јединице и транспорте. У овом члану се користи израз „непријатељска дела“, али то у основи значи исто, тако да нема потребе разматри ове изразе.

Интересантно да међународни инструменти (међународни уговори и обичајно право) предвиђају да санитетске јединице и транспорти у случају ових повреда због предузимања радњи штетних по непријатеља губе само посебну заштиту, али не и општу. Намеће се питање шта то практично значи? Да ли то значи да ове јединице губе право на само део заштите или потпуну заштиту? Могу ли ове јединице бити подвргнуте нападима као војни циљ или не? Тешко је генерално и уопштено донети закључак. Мора се имати у виду широка скала повреда и сложеност ситуација у борбеним дејствима. Зато се може сматрати да је могућ губитак само посебне заштите, али да општа заштита треба да остане. Разуме се да би било превише строго закључити да прекршилац губи комплетну заштиту, уз ограду да ако је дошло до тешких кршења, а то се може тумачити тешким вероломством и самим тим је испунило услове да се такво понашање третира као перфидија. У том случају не само да се такав циљ може сматрати за војни, него се лица која су то наредила или учинила такве акте подводе под статус извршилаца тешких ратних злочина. Остаје да се разјасни још један посебан услов који штити санитетске јединице. Ради се о чињеници да када су санитетске јединице починиле непријатељски акт истовремено то извршиле „изван своје хуманитарне функције“. Ни један међународно правни инструмент који регулише питање заштите санитетских јединица и транспорта не прецизира детаљно формулацију „изван своје хуманитарне функције“. Дискутабилно је да ли акти предузети против непријатеља („штетни по непријатеља“) тако широко дефинисани могу да у сваком случају скину посебну заштиту санитетских јединица и објеката. У пракси су могући разни аспекти деловања који би се могли сматрати да су непријатељски акти. Могуће је, из неког разлога, да се од стране санитетских јединица отвори ватра на противника. Поставља се питање да ли је то учињено из разлога што је санитетско особље отварало ватру на противника из

разлога (само)одбране, или случај да је борбена јединица стране којој припада санитетска јединица поставила ватрени положај на простору на коме се налази санитетски објекат (болница или место за пријем рањеника). Да ли је то довољно да се сматра да је противник предузео активности које су штетне по њега и да се сматра да су овим испуњени услови за губитак статуса заштићеног објекта и лица. Да ли се може сматрати да су заштићена лица и објекти изгубили свој статус или прекршили право на заштиту ако се болнице искористи као склониште за припаднике оружаних снага, за дезертере, као магацин за оружје и муницију, или као место за извиђање, или скривени центар везе? Посебно је питање да ли постављање санитетске јединице или формирање пољске болнице у близини војног положаја (циља) како би се тај циљ заштитио од напада имајући у виду забрану да се напада противник без упозорења ако се у његовој близини налази заштићени објекат или јединица, губи заштићени статус?³³ Може ли да се употребе болнице као центри за везу са борбеним трупима или да се смести санитетска јединица у близини војног циља с намером да се (војни циљ) заштити од непријатељских војних операција?³⁴ Међународно право оружаних сукоба забрањује и сматра се као вид перфидије, а тиме губитак посебне и опште заштите, ако санитетско особље укључи у санитетске транспорте возила војног транспорта, ако у тим транспортима превози трупе, наоружање, муницију и другу војну опрему. Такође се ове забране односе и на авионске и бродске санитетске транспорте.³⁵ Коришћење заштићених лица и објеката у војне сврхе је изричито забрањено чланом 12. (4) Допунског протокола I на женевске конвенције из 1977.

Међународно право оружаних сукоба је врло рано успоставило институт перфидије која је изричито забрањена. Под перфидијом се подразумевају подмукли и нечасни поступци ратовања које предузме лице (или група лица), и то тако што користећи уобичајена правила части, на која се ослања противник, злоупотребом тих правила, вара или доводи и заблуду

³³ Вид: Коментарје МКЦК: *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, 4, Art. 21, para. 1842, (*Komenatari na Prvu ženevsku konvenciju od 12. Avgusta 1949*); Jean Pictet, *Commentary on GC I*, ICRC, Geneva, note 65, Art. 21, pp. 200–201; Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 4, ICRC, Geneva, 1958, Art. 19, p. 154

³⁴ *Commentary on GC I*, ICRC, Geneva, note 4, Art. 21, para. 1842.

³⁵ *Commentary on GC I*, ICRC, Geneva, note 4, Art. 21, para. 1842, Art. 35, para. 2389, *Commentary on AP I*, ICRC, Geneva, note 4, Art. 28, para. 1052, para. 1058, para. 1046.

противника да је предузета нека радња која се сматра часним поступком или поштовањем неког ратног правила са циљем да се стекне ратна предност, при чему се доводи у питање живот или здравље противника.³⁶ Перфидију је регулисао још Хашки правилник из 1907. године чланом 23. ст. 1. тч. 6. Додатни протокол на женевске конвенције из 1977. године (Протокол I) допунио је и прецизирао одређене забране. Тако је забрањено да „Акти(ма) којима се улива поверење противника да га наведе да има право, или да је обавезан да прихвати заштиту по правилима међународног права која се примењују у оружаном сукобу, с намером да се изневери то поверење“ (чл. 37, ст. 1). Дакле, акти које тумачимо као злоупотребу у смислу да се предузимају активности штетних према непријатељу су истовремено и акти перфидије и на тим основама је утврђено правило дела штетна према непријатељу.

С друге стране мора се узети у обзир и чињеница да олако скидање заштите би довело санитетске службе у тежак положај током вршења њихове основне функције – нега рањеника и болесника и тако буду онемогућене у тој функцији. Присуство мобилних санитетских јединица и транспорта на бојишту ствара разноврсне ситуације и могуће је да се понекад санитетске јединице и медицински тимови нађу на простору где се изводе борбена дејства и да неким својим активностима изврше радње које се могу да квалификују (како то предвиђа међународно хуманитарно право) као „акти штетни по непријатеља“ и да, на основу одредаба чл. 21. Прве женевске конвенције и члан 34. Друге женевске конвенције из 1949. године, изгуби посебну заштиту због непријатељског деловања према противнику. Зато је обавеза, на коју упућују поменуте норме МХП, иако се конкретна активност може да тумачи као штетна по непријатеља, да се предузму разумне мере како би се нејасна ситуација разрешила и да би се избегло угрожавање безбедности рањеника, болесника и припадника санитетских служби. Из тих разлога потребно бити веома опрезан са закључком да ли се у сваком случају, када активности заштићених санитетских лица инсинуирају на дела штетна по непријатеља, могу да предузму мере искључења заштите.

Други услов за искључење посебне заштите санитетских

³⁶ Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, 2015, нав. дело, стр. 127.

јединица, транспорта и болесничких бродова, мора бити кумулативан са првим, јеста да заштита престаје након што је противник послао „одговарајуће упозорење“ са давањем разумног времена да се јасно уклони или престане са таквим непријатељским активностима. Страна у сукобу која трпи мора да обавести санитетске органе или њихову команду. Коментари на Прву женевску конвенцију из 1949. прецизирају да је „сврха издавања упозорења да омогући онима који чине „дело штетно за непријатеља“ да прекину такво дело, или - ако наставе - на крају да омогуће сигурну евакуацију рањених и болесних који нису одговорни за такво понашање и који не би требало да постану жртве тога. У том контексту, „одлука о одрицању од захтева за упозорењем мора се донети изузетно опрезно, узимајући у обзир дужни ризик који ово носи за рањене и болесне људе“. Зато је неопходно да се „таква одлука може дозволити само изузетно, у екстремним околностима непосредне претње животима бораца, где је јасно да се упозорење неће поштовати“.³⁷ Коментари на Другу женевску конвенцију из 1949, такође појашњавају да је то „упозорење или изјава“, односно „претходна најава“ која некога обавештава „о могућој опасности, проблему итд.“. Оштећена страна у сукобу мора обавестити болнички брод, санитетско особље или болеснике да су починили или чине штетно дело, или да постоје оправдани основи сумње да су таква дела почињена или се чине, и да је у опасности да буде нападнут или подвргнут мерама извршења ако не оконча дотичну активност. Упозорење се мора пренети на такав начин да се може очекивати његово примање и разумевање. Болнички бродови и болесници губе заштиту само ако упозорење занемаре и ако наставе и даље да користе такве „активности штетне по непријатеља“.³⁸

Сврхе ових упозорења јесу да се омогући онима који чине активности штетне по непријатеља да прекину са тим радњама или, ако се настављају са њима, да евакуишу рањенике и болеснике. Редактори конвенција и протокола су имали претпоставку да се санитетско особље неће упуштати у такве радње и да таква дела, ако би била почињена, могла бити проузрокована грешком или немаром. С тим у вези, захтев за упозорењем одражава принцип нужности, тј. да је логично да

³⁷ Commentary on GC I, ICRC, note 4, Art. 21, para. 1849.

³⁸ Commentary on GC II, ICRC, note 8, Art. 34, para. 2381.

ако се не да упозорење, не може да се прихвати аргумент да је напад заиста био потребан како би се сузбили штетни поступци. У супротном, одсуство упозорења може бити прихваћено само као изузетак и то „у екстремним околностима непосредне претње животима нападнутих легитимних бораца, где је јасно да се упозорење не би поштовало“.³⁹ То је случај, на пример, када се због тренутне ситуације нема времена да дају упозорења као у случају да борбена јединица на противправан напад припадника заштићене стране (болничко особље) узврати ватром.

Подуслов другог услова је да противник није прихватио упозорење. Дакле, упозорење мора бити неприхваћено да би се сматрало да је и овај услов у потпуности испуњен, како би се испунио услов да су извршене радње штетне по непријатеља. То је обавеза испуњења оног дела услова кога објашњавају Коментари на Прву женевску конвенцију и где стоји да „дело штетно по непријатеља није прекинуто“.⁴⁰ У супротном, ако је медицинско особље прекинуло такве делатности, противник не би могао да се позове да је престала заштита санитетске јединице или појединаца, односно да на основу прекршаја МХП од стране заштићеног особља предузме акте примене силе. Противник који се позива да је дошло до *извршења радњи штетних по непријатеља* има још један предуслов да би предузео примену силе према заштићеним лицима. Ради се о општој заштити из чл. 52. Допунског протокола на женевске конвенције из 1977. године. Тумачењем овог члана долази се до закључка да мере које предузме страна која је оштећена радњама заштићеног особља морају бити само заштитне, а никако казнене. Тако, на пример, оштећена страна може да предузме акције претраживања, хватања санитетских јединица и транспорта, њихово испитивање, хапшење или притварање.⁴¹ Разуме се да такве мере морају бити ограничене и уске како би се смањили негативни ефекти пружања здравствене заштите у оружаним сукобима.⁴²

³⁹ На ово скрећу пажњу: J. K. Kleffner, “Military Collaterals and Jus in Bello Proportionality” 2018, нав. дело, note 14, стр. 338 и Robert Kolb and Fumiko Nakashima, “The notion of ‘acts harmful to the enemy’ under international humanitarian law”, 2019, нав. дело, стр. 1181.

⁴⁰ *Commentary on GC I*, note 4, Art. 21, para. 1853, ICRC.

⁴¹ *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, ICRC, Geneva, 2014, стр. 25–27, (преузето: Robert Kolb and Fumiko Nakashima, нав. дело).

⁴² Исто, стр. 25–27.

Какве су последице ако се на упозорење ратујуће стране која је оштећена радњама штетних по непријатеља престане са тим активностима? Да ли оштећена страна има право да примени силу на заштићено особље, као меру санкције? Може да се сматра да је самим престанком тих активности већ наступила нека врста санкције и да свака друга, осим неке заштитне, није дозвољена. Заштићене санитетске јединице, особље и транспорти самим престанком „радњи штетних по непријатеља“ су престали да буду легитиман војни циљ (по чл. 52. Допунског протокола I на женевске конвенције) јер нема доприноса у војним операцијама, односно, основа да се војна потреба постави изнад принципа хуманости. У практичним ситуацијама могуће је да страна која учини „радње штетне по непријатеља“ делимично уважи упозорење. Ситуација је у том случају сложенија него у претходном. Може да се, у завиносности од околности, сматра да се случај решава у складу са поменутиим принципима неопходности и пропорционалности.

Питање је компликованије у случајевима мешовитих и немеђународних оружаних сукоба. С обзиром да се ради о оружаном сукобу у коме је бар једна страна недржавни ентитет и да није обавезна по постојећим међународним конвенцијама узимају се у обзир правила Допунског протокола на женевске конвенције II из 1977. године и правила из Студије МКЦК о Обичајном међународном хуманитарном праву. Студија о обичајном међународном праву не тражи предузимање радњи упозорења за државе које нису ратификовале Допунски протокол II из 1977. Ипак се може сматрати да би неке мере упозорења требало предузети у складу са општим чланом 3. за све Женевске конвенције из 1949. године који на неки начин одражава обичајно право. Додуше, позивање на обичајно право у овом случају је слаб аргумент и питање да ли би се прихватило у пракси како неки теоретичари помињу.⁴³

Интересантно је да су се у међународноправној судској пракси овакви случајеви дискутабилно третирали. Роберт Колб и Фумико Накашима су изнели случај Галића који је био пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију

⁴³ Jelena Pejic, „The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, стр. 191, (преузето: Robert Kolb and Fumiko Nakashima, нав. дело).

као пример тумачења и примене међународног права у мешовитим оружаним сукобима.⁴⁴ У случају Галић покренуло се питање напада на болницу која је поред активности у лечењу рањеника и болесника постала и база муслиманских снага из које се отварао ватра на положај Срба. Жалбено веће је прво утврдило да је болница овим активностима изгубила заштиту, због радњи штетних по непријатеља и постала легитиман војни циљ. Међутим, Жалбено веће је на крају стало на становиште да не постоји губитак заштите јер није испуњен други услов, а то је да се прекршилац унапред упозори на радње супротне хуманитарној функцији заштићеног објекта. Веће се позвало на релевантне одредбе Допунског протокола I (члан 13. (1) и Допунског протокола II (члан 11. (2)). Веће је нашло да није било одговарајућег упозорења да ће се напасти због кршења правила и обичаја МХП и није дат разуман временски период за престанак кршења правила супротној зараћеној страни.⁴⁵ Међутим, овде се није узела у обзир чињеница да је због озбиљности напада и штете које су трпеле војне снаге Срба није имало довољно времена да даје упозорење из разлога хитног одбијања напада и онемогућавања штете. Трибунал, у конкретном случају, није се довољно удубио у разматрање свих околности и сигурног утврђивања чињенице да није било упозорења. По неким сведочењима постојало је упозорење. Имајући у виду целокупан рада Хашког трибунала и у последње време све чешћих закључака и неповољних оцена о његовом раду и сврси задатака које је на почетку рада имао, а које Трибунал није остварио, поменуто становиште потврђује његову необјективност. У овом судском случају се поставља низ питања. Како је утврђено да није било упозорења, ко је требао да утврди, да ли су ватрена дејства била у дужем временском периоду и зашто ову чињеницу Трибунал није узео у обзир. Дакле, јасно је да је Трибунал у овом случају био доста пристрасан у својој одлуци против оптуженог Галића.

Намеће се питање када се активности против непријатеља од стране припадника санитетских јединица могу да се подведу

⁴⁴ Robert Kolb and Fumiko Nakashima, „The notion of “acts harmful to the enemy” under international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross*, 111, ICRC, Geneva, 2019. нав. дело, стр. 1183-1184, (ICTY, Prosecutor v Stanislav Galić, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November, 2006).

⁴⁵ ICTY, Prosecutor v Stanislav Galić, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November, 2006), note 94, para. 340, стр. 344.

под појам „директно учешће у непријатељствима“? Ако се утврди да је медицинско особље предузело овакве активности оно је овим извршило тешке повреде Међународног права оружаних сукоба. Намеће се питање зашто се уводио институт „акти штетни по непријатеља“ ако је већ био постојао институт „директно учешће у непријатељствима“? На први поглед изгледа да се они подударaju. Тако само изгледа. „Директно учешће у непријатељствима“ се помиње у члану 51. (3) Додатног протокола I („Цивили ће уживати заштиту која је предвиђена у овом одељку уколико не узимају директног учешћа у непријатељствима, односно за време док не узимају директног учешћа у непријатељствима и чланом“) и у члану 13. (3) Додатног протокола II под насловом Заштита цивилног становништва („Цивили ће уживати заштиту предвиђену овим делом, уколико не узимају и за време док не узимају директно учешће у непријатељствима“). Имајући у виду широк дијапазон активности и последица код радњи предузетих као „дела штетна по непријатеља“ у односу на израз „директно учешће у непријатељствима“ јасно је да је директно учешће у непријатељствима ужи појам и да је много мање могућности доношења штете непријатељу од активности која се могу тумачити као дела штетна по непријатеља. Директно учешће у непријатељствима је груба повреда правила и обичаја ратовања и подразумева предузимање насилних аката (отварање ватре на противника, физички напад и др), него када су у питању „радње штетне по непријатеља“. Уосталом, јасно је да су и редактори конвенција и протокола то имали у виду када су раздвојили ове две активности „директно учешће“ и „штетно деловање“.

Зашто је битно да ли се недозвољене активности санитетских јединица квалификују као „директно учешће у непријатељствима“ или „дела штетна по непријатеља“. Битно је због последица које произилазе из ових активности. Најважнија последица је да непријатељ није у обавези да се придржава правила о заштити. У случају да заштићена лица предузму непријатељске активности и након што их непријатељ упозори на кршење правила (у циљу да испуни поменуте услове) и протекне временски период (временско ограничење за упозорење), губе посебну заштиту и могу бити нападнута. Притом се постављају нова питања. Да ли се губитак посебне заштите односи на целу

санитетску јединицу или само на појединце који су прекршили правила и обичаје ратовања? Притом треба имати у виду и практичан проблем прецизног утврђивања прекршилаца ако се зна да се у борбама не може увек потпуно и прецизно да примене међународна правила. Битно је утврдити да ли санитетско особље и јединице (као збирни колектив) својим недозвољивим активностима губе статус, односно да ли им се мења заштићени статус или не. Заштићено санитетско особље ће у случају преузимања неких непријатељских активности изгубити само посебну заштиту, али ће им остати општа заштита као у случају цивила који предузму непријатељске радње према непријатељским војницима. У таквим случајевима санитетско особље, као у случају када цивили прекрше свој заштићени статус и нападну непријатеља или предузму неке друге непријатељске радње може бити подложно нападима од стране непријатеља. Дакле, санитетско особље и објекти губе посебну заштиту, али не и општу заштиту тј. задржавају заштићен статус као и цивили којима заштићен статус гарантују Четврта женевска конвенција и Допунски протокол I (52. (2)).⁴⁶ Ако цивилно санитетско особље предузме радњи које се могу подвести под акте штетне по непријатеља оно губи посебну заштиту гарантовану Првом и Другом женевском конвенцијом, али задржава заштићен статус као цивили по Четвртој женевској конвенцији и Допунском протоколу I и не могу бити нападни јер су заштићени члановима 48. и 51. Додатног протокола I и нормама међународног обичајног права. Међутим, ако су радње биле таквог карактера да су превазишле уобичајну повреду карактеристичну за акте штетне по непријатеља и ушле у оквир директног учешће у непријатељствима, отвара се могућност непријатељу да предузме оружану силу против њих. Предузимање силе према прекршиоцима правила и обичаја ратовања се сматра легалним и легитимним и није у супротности са међународним правом.

⁴⁶ Члан 52. ст. 2 „Напади треба строго да се ограниче на војне објекте. Што се тиче објеката, војни објекти су ограничени на оне који по својој природи, локацији, намени или коришћењу ефикасно доприносе војној акцији, и чије потпуно или делимично уништење, заузимање или неутрализација у условима који владају у то време пружају одређену војну предност.“

4. ЗАКЉУЧАК

Повреде и кршења међународног права, а посебно (због осетљивости поштовања у пракси) међународног права оружаних сукоба и најосетљивијег дела међународног хуманитарног права постојале су у историји ратовања и остаће као антипод принципа хуманости. Последице тих повреда и кршења нарочито су осетљиве по питању заштићених лица и објеката, а нарочито санитетских лица, објеката и транспорта. Међународно право је изградило солидне основе за заштиту, не само ових категорија, него и шире. Поред све заштите и давања гаранција догађају се у пракси и нежељене ситуације када ти исти заштићени субјекти искористе и злоупотребе свој статус у војне сврхе (војна потреба). Заштита, гаранције и одговорност санитетских лица, објеката и транспорта је међународноправно добро постављена. Међутим, поред свих забрана и гаранција да зараћене стране не користе статус заштићеног субјекта, ипак се у пракси догађало, и догађа се, да злоупотребе свој статус из разлога војне потребе. Изнете анализе упућују да се могу извући одређени закључци.

Прво, забрањено је да се заштићени објекти и лица користите у циљу војног успеха, али и да они сами не смеју прекорачити или злоупотребити свој заштићени статус. На то упућују правила међународног хуманитарног права која су предвидела и ситуације када се прекорачи или злоупотреби заштићени статус. Учињено је то из разлога да се не би дала војна предност некој од зараћених страна коришћењем овог статуса. Међутим, то исто не значи да се заштићеним лицима и објектима потпуно одузме заштићен статус и на да се тај начин супротној зараћеној страни дају овлашћења да без контроле удари свом војном силом против прекршиоца са заштићеним статусом.

Друго, прављење разлике између посебне и опште заштите, иако то изричито не помињу међународна правила, са једне стране, даје могућност заштићеној страни да избегне губитак тоталне (опште) заштите и са друге, да оштећена страна (она према којој су предузети „радње штетне по непријатеља“) има могућност предузимања одбране, али да то

буде пропорционално, лимитирано у времену, простору и уз дозвољене активности у циљу избегавања штете. Из тих разлога су правила и обичаји ратовања направили разлику између активности „директног учествовања у непријатељствима“ и „аката штетних по непријатеља“. На основу разликовања ових активности се могу применити санкције (у ограниченом обиму) према заштићеном субјекту.

Треће, неопходно је да се исправно тумаче појмови војна потреба, војни циљ и дозвољени напад. Примена ратних чини према заштићеним објектима који су предузели неку од радњи штетних по непријатеља или директно учествују у непријатељствима морају бити оправдане и пажљиво одабране.⁴⁷ Правила МХП захтевају да напад у циљу одвраћања од недозвољних активности заштићених субјекта буде („колико је то могуће“) неопходно и пропорционално према тачно утврђеним војним циљевима у циљу њиховог онеспособљавања, али никако да захвате и остале заштићене компоненте. Истовремено се захтева да се изда упозорење страни која крши правила о заштити да крши свој статус и да јој се да разуман рок да престане са тим.

Четврто, напад у циљу одвраћања или одбране од заштићених лица из заштићених објеката (зона или места) мора да буде усмерен на „специфични војни циљ“, а оружје које се користи за напад требало би, колико год је то могуће, да буде оно које је неопходно и пропорционално према тачно утврђеном војном циљу.⁴⁸

Пето, у случају да се утврди да је санитетски објекат коришћен у војне сврхе и да је по свим правилима изгубио статус на основу међународних правила и обичаја рата и да може бити подвргнут директном нападу остаје обавеза нападача да испоштује мере упозорења на које упућује члан 21. Прве женевске конвенције из 1949. године. Проблем се може појавити код болница и санитетских места „које нису признате или одобрене једне од страна“. Такви санитетски објекти и места се сматрају заштићеним иако нису релевантно укључени у заштиту међународног хуманитарног права. Такво тумачење има за циљ

⁴⁷ Активности одговора морају бити у складу са чл. 52. (2) и чл. 51. (4, а) Додатног протокола I и правилима обичајног права.

⁴⁸ Члан 52. ст. 2. Допунског протокола I.

да избрише разлику између статуса рањеника и болесника у болницама које су војне, са једне стране и у цивилним болницама, са друге, односно, између званичних (сталних, „овлашћених“) и незваничних (привремених, „неовлашћених“) болница. Студија Обичајног међународног хуманитарног права прихвата да и такве (привремене, „неовлашћене“) установе имају заштићен статус на основу, како је утврђено у Студији, широке праксе која је то прихватила.⁴⁹ Студија се иначе позива и на Статут Међународног кривичног суда. Статут потврђује да намерно усмеравање напада на „болнице и места где се сакупљају болесни и рањени, под условом да то нису војни циљеви“ и на „санитетске јединице... које носи знакове распознавања, дефинисане Женевским конвенцијама у складу са међународним правом“ се могу сматрати ратним злочином по међународном кривичним праву.⁵⁰ Римски статут Међународног кривичног суда, такође стипулише као ратни злочин „намерно усмеравање напада на... болнице и места на којима се сакупљају болесни и рањени, под условом да то нису војни циљеви“.⁵¹ Све је учињено да се сачува општа минимална заштита болесника, рањеника, санитетских објеката (болница) и транспорта.

Аутор је имао за циљ да скрене пажњу и да да одговор на осетљиво питање које се у пракси испољавало и вероватно ће се испољавати када заштићена лица и објекти прекрше правила свог статуса и прекрше правила о заштити у циљу придобијања војне предности коришћењем заштићеног статуса. Овакво понашање се лако може тумачити као акт перфидије. Квалификовање изнетих понашања заштићених лица и објеката као акта перфидије аутоматски доводи до губљења њиховог статуса и санкционисања дела као ратни злочин. Да би се то избегло било је неопходно да се анализом дође до најприхватљивијег тумачења применљивог у пракси. Истовремено је указано и на осетљивост проблема и значај пажљивог приступа у решавању таквих ситуација.

⁴⁹ *Customary Law Study*, ICRC, Tom I, note 2, Rule 28.

⁵⁰ Исто.

⁵¹ Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998, Arts 8. (2) (b) (ix), 8. (2) (e) (iv).

ЛИТЕРАТУРА

1. Вучинић Зоран, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Службени гласник, Београд, 2006.
2. Јончић Владан, *Међународно хуманитарно право*, (2. издање), Правни факултет, Београд, 2015.
3. Јончић Владан, *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет, Београд, 2010.
4. Кривокапић Борис, *Мир и рат у међународним односима*, Институт за упоредно право, Пословни и правни факултет, Београд, 2017.
5. Corn Geoffrey and Culliver Andrew, “Wounded Combatants, Military Medical Personnel, and the Dilemma of Collateral Risk”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 45, No. 2, 2017.
6. Gaser Hans-Peter , *Међународно хуманитарно право*, Међународни покрет Црвеног крста и Црвеног полумесеца, Institut Anri Dinan, Haupt, 1993.
7. Henderson Ian, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Boston, MA, 2009.
8. Jean-Marie Henckaerts, Doswald- Besk Louise, *Обичајно међународно хуманитарно право*, Том I, Pravila, MKSK, (ICRC), Cambridge, 2005.
9. Kleffner K., Jann, “Military Collaterals and Jus in Bello Proportionality”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 48, 2018.
10. Kleffner K., Jann, „Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
11. Kolb Robert / Nakashima Fumiko, „The notion of “acts harmful to the enemy” under international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross*, 111, ICRC, Geneva, 2019.
12. Kolb Robert, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, MA, 2014.

13. Pictet Jean, “The Medical Profession and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 247, 1985.
14. Rubenstein S., Leonard / D. Bittle Melanie, “Responsibility for Protection of Medical Workers and Facilities in Armed Conflict”, *The Lancet*, Vol. 375, 2011.
15. Sandoz Yves, Swinarski Christophe and Zimmermann Bruno, (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987.
16. Schwarzenberger Georg, *International law: the law of armed conflict*, Steven, 1957.
17. Solis D. Gary, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

18. Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Допунски Протокол I).
19. Допунски протокол уз женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Допунски протокол II).
20. Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата од 12. августа 1949. године, (IV женевска конвенција из 1949).
21. Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату, од 12. августа 1949 (Прва женевска конвенција из 1949).
22. Женевска конвенција о побољшању положаја рањеника, болесника и бродолоника оружаних снага на мору од 12. августа 1949. (Друга женевска конвенција из 1949).
23. Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима од 12. августа 1949. године (Трећа женевска конвенција из 1949).

24. *Правила обичајног међународног хуманитарног права*, (edit.) Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, 1987.
25. *Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 2nd ed., ICRC, Geneva, 2017. (Commentary on GC II, ICRC).
26. *Commentary on the Additional Protocols I u II*, ICRC, Geneva, 1987. (Commentary AP I, II).
27. *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd ed., ICRC, Geneva, 2016 (Commentary on GC I, ICRC).
28. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-A.
29. *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, ICRC, Geneva, 2014.
30. *ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November, 2006.

Vladan JONČIĆ

THE PROBLEM OF TERMINATION OF PROTECTION OF SANITARY STAFF, UNITS, FACILITIES AND TRANSPORT CAUSED BY ILLEGAL ACTIVITIES

-Resume-

The application of International Rules of Armed Conflict at the end of the 20th and the beginning of the 21st century was characterized by a constant more or less violation of them. A particularly sensitive issue was the violation of guaranteed rules, which were the first to arise during the development of International Law and were considered as basis of International Humanitarian Law. Rules related to the protection of the wounded, sick, medical facilities (hospitals) and transport were among the first to be adopted and were the basis for humanitarian protection of injured persons, persons caring for them (medical staff), facilities and space where they would be accommodated and transports for their transportation. In almost all Armed Conflicts, there have been and continue to be violations of the rules on their protection caused by their acts. International Humanitarian Law prohibits protected persons and objects from being attacked for the purpose of military success, but also that they themselves must not exceed or abuse their protected status. International rules also provide for situations when the protected status is exceeded or abused, precisely for the reason that a military advantage would not be given to any of the warring parties by using this status. International treaty and customary law provided for two types of these violations. Violation of the protected status by acts harmful to the enemy and direct participation in the hostilities of the protected subjects. Based on these violations, the enemy had the right to take measures against the violators. International humanitarian law provides for two types of protection. There is a general protection guaranteed to all subjects by the rules and customs of war and a special protection that was provided for persons objects and transports as a kind of *lex specialis*. The loss of special protection, due to undertaking combat (and non-combat, but hostile) activities using its *protected status* (by undertaking actions harmful to the enemy, as formulated by international legal instruments), remains general protection guaranteed by international conventions and customary law. In the case of violation of the status due to direct participation in hostilities, the minimum *general protection* is not lost, but this create conditions for sanctions against the violators. This layered protection ensures that even in the event that the warring party violates the rules on its protection, it does not completely lose its protected status, especially for medical staff and institutions necessary to provide assistance to the wounded and sick, not only soldiers but also civilians. In order to apply measures in the event of acts harmful to the enemy or direct participation in hostilities, the international first orders that certain conditions be met for both warring parties.

Keywords: International Law, International Humanitarian Law, International Law of Armed Conflict, protection of medical personnel, medical facilities, units and transport, actions harmful to the enemy, direct participation in hostilities, protection of civilians and civilian facilities, perfidy, military targets.

* Овај рад је примљен 23. марта 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА СР ЊЕМАЧКЕ У ДОБА ВИРУСА КОРОНА

- Сажетак -

Рад се бави праксом Европског суда за људска права и Савезног уставног суда СР Њемачке у вези с коронавирусом SARS-CoV-2 и заразном болешћу COVID-19. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода признаје и „ограничење“ (limitation) основних права и слобода заштићених Уставом и „одступање“ (derogation) од тих права. „Ограничење“ подразумејева лакши степен мијешања, јер се може извршити и без проглашења „ванредног стања“, а „одступање“ подразумејева тежи степен мијешања, јер се не смије извршити без проглашења ванредног стања. Сагледавајући ограничења у свијетлу конкретног предмета у цјелини и у контексту околности ситуације изазване вирусом SARS-CoV-2, потребно је да се предузетим мјерама постигне правична равнотежа између потребе да се заштити здравље и животи грађана, с једне стране, и право на слободу кретања и слободу окупљања лица који су у вези с новим коронавирусом те ограничење слобода, с друге стране, односно да ограничење права тих лица за њих није представљало несразмјеран терет у односу на циљ којем се тежило.

Кључне ријечи: Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, Уставни суд СР Њемачке,

* Електронска адреса аутора: hamdija.sarkinovic@ustavisud.me.

ограничавање/дерогација људских права и слобода за вријеме пандемије коронавируса и COVID-19.

1. УВОД

Због глобалне пандемије заразне болести COVID-19 узроковане вирусом SARS-CoV-2, државе чланице Савјета Европе, које су уједно и странке Конвенције о заштити људских права и основних слобода (у наставку текста: Конвенција или ЕКЉП), предузеле су исте или сличне мјере против ширења опасног вируса, у различитом обиму и интензитету, чиме су ограничиле више људских права и основних слобода зајемчених Конвенцијом, првенствено слободу кретања и слободу окупљања.¹ Ограничења појединих других права и слобода у највећој су мјери деривати тих примарних ограничења, а у неким државама ограничења се протежу и на права која не деривирају из примарних ограничења слободе кретања и окупљања, попут права на слободу изражавања, приватни и породични живот, породична окупљања, сахране и др.²

Одредба члана 15 Конвенције омогућава државама странкама да у ванредним приликама дерогирају у ограниченом обиму и под надзором Европског суда за људска права (у наставку текста ЕСЉП) своје обавезе осигурања одређених права и слобода зајемчених Конвенцијом. Брзо ширење коронавируса и опасност за живот коју са собом носи и тежак терет који лежи на здравству због лијечења особа обољелих од болести COVID-19, коју тај вирус проузрокује, довело је до наметања бројних ограничења нормалном начину живота у државама чланицама Савјета Европе. Та ограничења нужно утичу на уживање права и слобода зајемчених Европском конвенцијом о људским правима независно од тога је ли њихово наметање пратило обавјештење о дерогирању обавеза из члана 15 Конвенције. Изазов који COVID-19 поставља у односу на опасност за живот и тјелесни интегритет несумњиво има обавезу да ангажује позитивне

¹ Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, стр. 116.

² Jasna Omejac, „Izvanredno stanje u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja“, *Pravni vjesnik* br. 12/1996, стр. 76.

обавезе државе чланице у односу на поштовање права на живот из члана 2³ и права на поштовање приватног живота из члана 8 Конвенције. Недовољни кораци у информисању јавности о ризицима које носи зараза коронавирусом и у савјетовању одређених превентивних корака могу резултирати повредом позитивне обавезе предузимања нужних мјера за заштиту живота, као што је то био случај у неким другим околностима које је Суд разматрао.⁴

У првом дијелу рада обрађује се ограничење људских права и слобода у складу с Конвенцијом и релевантна судска пракса ЕСЉП, од права на слободу и безбједност преко права на слободу кретања до права на имовину. У другом дијелу рада обрађени су акти којима су привремено ограничавана људска права и слободе за вријеме пандемије коронавируса кроз најновију праксу Савезног уставног суда СР Њемачке.

2. ОГРАНИЧЕЊЕ/ДЕРОГИРАЊЕ У ВРИЈЕМЕ ВАНРЕДНОГ СТАЊА

Одредбама члана 15 Конвенције прописано је да у вријеме рата или другог изванредног стања које угрожава опстанак народа свака висока уговорна странка може, у обиму који је строго одређен потребама тих ванредних прилика, предузети мјере које дерогирају њене обавезе из ове Конвенције, уз услов да те мјере нијесу неспојиве с њеним осталим обавезама по међународном праву, с тим да се на основу ове одредбе не може дерогирати члан 2, осим за случајеве смрти проузроковане законитим ратним дејствима, нити чланови 3, 4 (став 1) и 7.3.⁵ Свака висока уговорна странка која се послужи тим правом

³ Jasna Omejac, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava. Strasbourški acquis, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb: Novi informator d.o.o., 2014, стр. 76.

⁴ Đorđe Gardašević, Ograničenje ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim situacijama, doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, 2010, стр. 256, i Arsen Bačić, „Određbe o “stanju nužnosti” u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, год. 34/45, стр. 46.

⁵ Ријеч је о апсолутној забрани дерогације: забране мучења, нечовјечног или понижавајућег поступања или кажњавања (члан 3), забране ропства или ропству сличног односа (члан 4 став 1), начела *nullum crimen nulla poena sine lege* (члан 7) и начела *ne bis in idem* (члан 4 Протокола бр. 7). За разлику од њих дерогација члана 1 Протокола бр. 13 уз Конвенцију (укидање смртне казне) само је релативне нарави јер забрана дерогације не важи ако је ријеч о смрти проузрокованој законитим ратним дјеловањем.

дерогирања својих обавеза мора генералног секретара Савјета Европе у цјелости обавијестити о мјерама које је предузела и о разлозима због којих је то учинила. Она ће такође обавијестити генералног секретара Савјета Европе о престанку дјеловања тих мјера и о поновној пуној примјени свих одредаба Конвенције.

Према томе, члан 15 Конвенције омогућује државама странкама да у ванредним приликама дeroгирају, у ограниченом обиму и под надзором Европског суда за људска права, своје обавезе осигурања одређених права и слобода зајемчених Конвенцијом. Кад се подносилац захтјева жали да му је повријеђено неко право током периода дерогације, досадашња судска пракса показује да Суд прво испитује меритум случаја, тј. да ли ће се оспорена мјера, која је довела до повреде конвенцијског права, оправдати на основу материјалног члана Конвенције којом се то право уређује. Ако се она не може оправдати кроз мјеродавни члан Конвенције, Суд то утврђује, па због изјављене дерогације наставља испитивање разматрајући само поднесене дерогације. Прво испитује је ли дерогација била ваљана, што укључује испитивање јесу ли биле испуњене све претпоставке из члана 15 Конвенције за њено изјављивање.⁶ Допуштено је и оспоравање ваљаности саме дерогације коју је држава изјавила. Међутим, ако је држава изјавила дерогацију, али странке у поступку не траже да Суд примијени члан 15 Конвенције на конкретан случај, онда Суд неће испитивати је ли ситуација на коју се подносилац жалио била покривена ваљаном дерогацијом.⁷

Кад је ријеч о надзорним овлашћењима Суда у примјени члана 15 Конвенције, основни приступ садржан је у пресуди *Ирска против Уједињеног Краљевства* (II), бр. 5310/71, 18. јануар 1978, § 207, и гласи:

„(а) Улога Суда

Ограниченост надзорних овлашћења Суда посебно је видљива кад је ријеч о члану 15. На свакој је држави уговорници на првом мјесту, због њене одговорности за ‘опстанак [њеног] народа’, да одреди кад је тај опстанак угрожен ‘ванредним

⁶ *A. и други против Уједињеног Краљевства* [VV], бр. 3455/05, 19. фебруар 2009, пар. 161; *Лоулес (Lawless) против Ирске* (бр. 3), бр. 332/57, 1. јул 1961, пар. 15.

⁷ European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in time of emergency, Last update: 31. 12. 2019, таčke 4. i 5., стр. 5, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf (приступ: 3. април 2020).

стањем' и, ако јесте, колико је далеко потребно ићи у покушају да се опасност превлада. Због њиховог непосредног и сталног контакта с пријетећом нуждом тренутка, националне су власти у начелу у бољем положају од међународног суда да просуде да ли постоји такво ванредно стање те природа и обим дерогације нужни да би се оно отклонило. У том питању члан 15 став 1 оставља тим властима широку слободу одлучивања.

Независно од тога, државе не уживају неограничену слободу у том подручју. Суд који је, заједно с Комисијом, одговоран за осигурање надзора над обавезама држава (члан 19) овлашћен је да пресуди да ли су државе прекорачиле 'обим који је строго одређен потребама кризе'. Национални степен слободне процјене прати, према томе, европски надзор (*European supervision*).“

Иако поступају под „европским надзором“, државе чланице у примјени члана 15 Конвенције имају изузетно широко подручје слободне процјене те није потребно претходно формално прогласити ванредно стање у земљи да би држава прибјегла дерогирању својих обавеза на основу члана 15 Конвенције. Довољно је да у једном закону држава одступи од неке обавезе из Конвенције и то образложи постојањем „ванредног стања које угрожава опстанак народа“ у смислу члана 15 Конвенције. Да ли је заиста постојало такво стање, оцјењује сам Суд у поступку.⁸

Поступање државе у односу на било који облик болести није до сада било значајно заступљено у захтјевима пред Европским судом за људска права, а углавном се односило на лијечење затвореника од хепатитиса, АИДС-а и туберкулозе, у једном случају је притворено лице од АИДС-а и у једном је наметнут карантин због којег је један члан породице био спријечен да посјети другог члана породице, чиме су отворили питања везана за поштовање права на слободу и сигурност из члана 5, односно поштовање права на породични живот из члана 8 ЕКЉП.

Пријетња проузрокована коронавирусом зависно од земље о којој је ријеч, била она стварна или непосредна, таква је да укључује читаву нацију и утиче на наставак организованог

⁸ *А. и други против Уједињеног Краљевства* [VV], бр. 3455/05, 19. фебруар 2009, пар. 175–181.

живота у земљи.⁹ Сва ограничења – заснивала се на дерогацији или не – морају имати правни основ, који укључује и поштовање релевантних уставних јемстава и захтјева државе чланице о којој је ријеч.¹⁰

Опасност коју COVID-19 представља за живот и тјелесни интегритет несумњиво ангажује позитивне обавезе државе чланице у односу на поштовање права на живот из члана 2 и права на поштовање приватног живота из члана 8 Конвенције. Наиме, постоји простор за тврдњу да недовољни кораци у информисању јавности о ризицима које носи зараза коронавирусом и у савјетовању одређених превентивних корака могу резултирати повредом позитивне обавезе предузимања нужних мјера за заштиту живота, као што је то био случај у неким другим околностима које је Суд разматрао. Једном кад постане јасна природа мјера потребних за савладавање пријетње, а држава је та која треба да их предузме – посебно кроз ограничење активности које би могли предузимати грађани – тада би се пропуст да се усвоје могао сагледати као повреда позитивних обавеза из члана 2 и 8 Конвенције.¹¹

У суочавању с опасностима за живот и тјелесни интегритет мора се водити рачуна о оперативним одабирима које држава мора направити у погледу приоритета и ресурса.¹² Ипак, једном кад постане јасна природа мјера потребних за свладавање пријетње, а држава је та која их треба предузети – посебно кроз ограничење активности које би могли предузимати грађани – тада би се њихово неусвајање могло сагледати као повреда позитивних обавеза из члана 2 и 8 Конвенције.¹³ Лакше је процијенити способност државе за дјеловање него просудити које су то мјере што би их требало предузети, поготово ако у најбољем начину поступања постоји сукобљено медицинско и научно мишљење.

Пандемију коронавируса посебно тешком чини то што одговор не може бити локалан и што је прекогранична сарадња несумњиво кључна те, иако би могла постојати одговорност због непредузимања неких присилних мјера за сузбијање понашања

⁹ Исто.

¹⁰ *Мехмет Хасан Алтан против Турске*, бр. 13237/17, 20. март 2018.

¹¹ *Финогенов и други против Русије*, бр. 18299/03, 20. децембар 2011.

¹² *Осман против Уједињеног Краљевства [VV]*, бр. 23452/94.

¹³ *Финогенов и други против Русије*, бр. 18299/03, 20. децембар 2011.

које доводи у опасност живот и тјелесни интегритет других – попут игнорисања захтјева за социјалну дистанцу, несумњиво ће постојати границе до којих ће то бити изводиво кад се упореди с понашањем појединаца, чији је идентитет могуће утврдити, који ометају друге у уживању права и слобода из Конвенције.¹⁴

3. ОГРАНИЧЕЊЕ ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА И СЛОБОДА ЗА ВРИЈЕМЕ КОРОНАВИРУСА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

3.1. Право на слободу и безбједност

Постојање неке обавезе дјеловања ради заштите живота и тјелесног интегритета сигурно је релевантно у процјени прикладности ограничења која могу бити наметнута другим правима и слободама. Одредбама члана 5 став 1 тачка (е) прописано је да је спречавање ширења заразних болести један од разлога због којих се лице може лишити слободе. Надаље, заштита здравља легитиман је циљ због којег се могу ограничити право на поштовање приватног и породичног живота, на слободу исказивања вјероисповијести или увјерења, на слободу изражавања и слободу окупљања и удруживања, у складу с члановима 8 до 11 ЕКЉП-а, право на слободу избора боравишта или напуштања било које државе, укључујући властиту, у складу с чланом 2 Протокола бр. 4 уз ЕКЉП.

Суд је у односу на лишење слободе утврдио да се мора показати да је ширење заразне болести опасно за јавно здравље или сигурност и да је притварање заражене особе крајња мјера за спречавање ширења заразе, будући да су мање строге мјере оцијењене и утврђене недостацима за заштиту јавног интереса. Кад год та мјерила престану бити испуњена, престаје постојати и основа за лишење слободе.¹⁵

У односу на ограничења других права стандард који мора бити испуњен јесте да она морају бити нужна у демократском друштву, а тиме и сразмјерна легитимном циљу који се настоји постићи, при чему држава несумњиво има одређено подручје слободне процјене. Међутим, Суд је у једином предмету у којем

¹⁴ *Идентоба и други против Грузије*, бр. 73235/12, 12. јул 2015.

¹⁵ *Енхорн против Шведске*, бр. 56529/00, 25. јануар 2005.

се разматрала примјена карантина¹⁶ истакао да ограничење мора бити „привремена мјера, која се мора прекинути чим то околности допусте“ и да ће „строга и дуготрајна ограничења“ врло вјероватно бити несразмјерна легитимном циљу којем се тежи. То упућује на то да ће приступ процјени допуштености ограничења бити већином исти, о којем год праву или слободи била ријеч.

У случају болести COVID-19 ваљало би имати на уму да је Суд спреман прихватити – чак и без дерогације из члана 15 Конвенције – екстензивно мијешање у право кад је држава усвојила мјере које су биле одговор на „постојање изузетно тешке кризе без преседана“.¹⁷ Иако је тај приступ усвојен у односу на мијешање у право својине настало због снижавања плата и зарада у циљу заштите националне економије, не би чудило да се у односу на екстензивна ограничења за очување здравствене инфраструктуре призна прилично великодушно, ако не и неограничено, подручје слободне процјене.

У случају *Енхорн* Суд је утврдио да је „вирус ХИВ био и остао опасан за јавно здравље и сигурност“. Међутим, није утврђено да је обавезна изолација подносиоца захтјева у том случају представљала крајњу мјеру како би се он спријечио у ширењу вируса ХИВ, будући да нијесу биле размотрене мање строге мјере и није било утврђено да би оне биле недовољне за заштиту јавног интереса. Надаље, Суд је утврдио да трајање изолације – од готово једне и по године у раздобљу од скоро седам година – није успоставило праведну равнотежу између потребе да се осигура заустављање ширења вируса ХИВ и подносиоцевог права на слободу.

Преостаје да се утврди представљају ли ограничења наметнута ради заустављања ширења коронавируса лишење слободе или је ријеч само о мијешању у слободу кретања из члана 2 Протокола бр. 4 уз ЕКЉП. Као што Суд истиче: „Полазна тачка за утврђење је ли неко ‚лишен слободе‘ у смислу члана 5 мора бити његова конкретна ситуација, а у обзир се мора узети цијели низ чинилаца као што су врста, трајање, учинци и начини спровођења мјере о којој је ријеч. Разлика између лишења и ограничења слободе само је у степену или интензитету, а не у природи или у материјалној бити (*substance*).“¹⁸

¹⁶ *Куимов против Русије*, бр. 32147/04, 8. јануар 2009. (пар. 96).

¹⁷ *Куфаки (Koufaki) и Адеди (Adedy) против Грчке* (одлука), бр. 57665/12, 7. мај 2013, у пар. 37.

¹⁸ *Де Томазо (De Tommaso) против Италије* [VV], бр. 43395/09, 23. фебруар 2017, пар. 80.

3.2. Тестирање и лијечење

Притварање лица ради тестирања на заразу коронавирусом могло би бити оправдано на основу члана 5 става 1 тачке (б) ЕКЉП јер је спроведено у циљу испуњавања обавезе прописане законом, ако заиста постоји законска обавеза у том смислу. Иако је то обично допуштено само ако је лице прво имало могућност да ту обавезу само испуни, непосредно прибијегавање притварању без такве могућности било би могуће ако се покаже да је то битно за ефикасно извршење те обавезе, што би вјероватно био случај када постоји бојазан да би то лице могло некога заразити,¹⁹ а што би се односило на лице осумњичено за умијешаност у терористичке активности. Надаље, обавезно је тестирање на туберкулозу тестом кожне реакције на туберкулин или рендгеном прсног коша ради заштите здравља јавности, што се не тумачи несразмјерним мијешањем у право на тјелесни интегритет из члана 8 Конвенције,²⁰ те је вјероватно да ће се сличан став заузети и у односу на релативно неинвазивне методе тестирања на корона вирус. Међутим, начин на који се спроводи тестирање не би смјела пратити превелика сила која би га могла претворити у употребу нечовјечног или понижавајућег поступања.²¹

Присилно лијечење притвореног лица које представља стварну терапеутску нужност према устаљеним начелима медицине не би требало довести до повреде члана 3 ЕКЉП. То се сигурно неће догодити кад је медицинска потреба увјерљиво показана, а процесна јемства поштована. У случају присилног храњења та су јемства била праћена судским допуштењем.²² Међутим, чини се да се такво што неће захтијевати у случају кад постоји медицинска потреба да се спаси живот особе ако је поступак једноставан и добро утемељен.²³

3.3. Право на слободу кретања

Заточење у сопственом дому може довести до лишења слободе упркос томе што услови у дому могу бити пуно бољи

¹⁹ *Маквеј (McVeigh) и други против Уједињеног Краљевства* (извјештај), бр. 8022/77, 18. март 1981.

²⁰ *Акаман (Acatappe) и други против Белгије* (одлука), бр. 10435/83, 10. децембар 1984.

²¹ *Јалох (Jalloh) против Њемачке* [VV], бр. 54810/00, 11. јул 2006.

²² *Невмержицки (Nevmerzhitsky) против Украјине*, бр. 54825/00, 5. април 2005, пар. 94.

²³ *Богумил против Португалије*, бр. 35228/03, 7. октобар 2008.

него у затвору.²⁴ Међутим, постоји разлика између потпуне забране напуштања сопственог дома и немогућности да то учините, осим у случају нужде, између 22.00 и 6.00 сати. Ово задње не би се сматрало „кућним притвором“, а тиме ни лишењем слободе у смислу члана 5 Конвенције. Веће ограничење могућности напуштања властитог дома – попут онога ради одласка у неопходну куповину или вјежбање – могло би се гледати другачије чак и ако нема неке стварне физичке силе, посебно ако је на снази потпуна забрана примања посјета.²⁵ Међутим, изостанак било каквог надзора у тим случајевима могао би бити олакшавајући чинилац, јер та лица тако неће бити под искључивим надзором.²⁶ Одлучујући чинилац у прилог ставу да је ријеч о лишењу слободе могле би бити и посљедице до којих доводи непридржавање захтјева да се остане дома, попут високих казни или присилних заточења.

Без обзира на то представља ли социјална дистанца која се присилно намеће кривичним санкцијама лишење слободе или само мијешање у слободу кретања, његова прихватљивост као ограничења оба конвенцијска права зависиће од мноштва чинилаца, па је важно може ли се показати да је оно било нужно за заустављање ширења коронавируса, да је мјера усвојена тек након што се показало да друга мање опсежна ограничења нијесу дјеловала и да оно није трајало дуже него што је то заиста било потребно за остварење циља којем се тежило. Могућност набавке потрепштине за живот биће важан чинилац код утврђивања је ли поштована равнотежа између сваког од тих права и јавног интереса. У том смислу једнако важна биће могућност комуницирања с другима и примања вијести и информација.

Ограничење приступа одређеним мјестима или подручјима или дјеловима земље, па чак и мјестима пребивалишта, неизбјежно ће довести до мијешања у слободу кретања из члана 2 Протокола бр. 4 уз ЕКЉП. Међутим, ограничење које је онемогућило приступ појединца одређеном подручју града, а које је трајало 14 дана, Суд није сматрао несразмјерним јер је било наметнуто као одговор на „ванредну

²⁴ *Бузађи (Buzadji) против Републике Молдавије* [VV], бр. 23755/07, 5. јул 2016.

²⁵ *Гузарди (Guzzardi) против Италије* [P], бр. 7367/76, 6. јануара 1980. И *Нада против Швајцарске* [VV], бр. 10593/08, 12. септембра 2012.

²⁶ *Амур (Amur) против Француске*, бр. 19776/92, 25. јун 1996.

ситуацију“ због јавног трговања и употребе тешких дрога након што се показало да мање строге мјере нијесу биле дјелотворне.²⁷

Међутим, бројна тренутно наметнута ограничења имају општу примјену, а погађају многа подручја земље и у неким случајевима спречавају људе да путују осим на врло малој удаљености од њиховог дома. Естонија је увела ограничење путовања на одређена острва, допуштајући одлазак на њих само лицима са сталним пребивалиштем ако не показују симптоме болести COVID-19. Сразмјерност тих ограничења – у односу на њихов обим и трајање – зависиће од њихове доказане релевантности за спречавање ширења болести, али и од њиховог утицаја на доступност животних потрепштина, попут куповине хране и приступа новцу.

3.4. Улазак и излазак из државе

Одредбама члана 3 став 2 Протокола број 4 уз ЕКЉП прописано је да нико не смије бити лишен права да уђе на подручје државе чији је држављанин. Упркос дерогацијама то право њима не би било нарушено. Осим тога изузеће које је прописано у односу на законите резиденте у складу је с њиховим правом на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 Конвенције. Међутим, могле би се јавити потешкоће у поштовању оба права у случају да буде оспорено држављанство или законито боравиште у држави која забрањује улазак.²⁸ У случајевима у којима је тај статус неоправдано ускраћен одбијање уласка значило би протјеривање супротно претходно наведеним правима.

Одредбама члана 2 става 2 Протокола бр. 4 уз ЕКЉП јемчи се лицима могућност да напусте било коју земљу, укључујући и властиту. Међутим, члан 2 став 3 предвиђа да остваривање тих права може бити подвргнуто ограничењима, укључујући она ради заштите здравља, ако је то нужно у демократском друштву. Таква су ограничења, изван оних везаних уз здравствену кризу, била допуштена ради испуњавања обавеза војне службе²⁹ и ради спречавања злочина.³⁰

²⁷ Ландфрејд (*Landvreugd*) против Низоземске, бр. 37331/97, 4. јун 2002, и Оливеира (*Oliveira*) против Низоземске, бр. 33129/96, 4. јун 2002.

²⁸ *Oudrhiri* против Француске (одлука), бр. 19554/92, 31. март 1993.

²⁹ *Марангос* против Ципра (одлука), бр. 31106/96, 20. мај 1997.

³⁰ *Антоњенков* и други против Украјине, бр. 14183/02, 22. новембар 2005.

Врло вјероватно би се сматрало да привремено ограничавање одласка из земље свим лицима, у ситуацији кад постоји неизвјесност би ли она тамо заразила друга лица или би се вратила у земљу као заражена лица, успоставља праведну равнотежу између захтјева општег интереса и права тих појединаца. Међутим, теже ће бити оправдати то ограничавање путовања ван земље ако се њиме спречава лицу повратак у земљу у којој има пребивалиште или ако оно траје дуже вријеме, поготово ако у земљи коју је особа требала посјетити није постојала опасност од заразе. Стога би се потреба за таквом забраном требала периодично преиспитивати.³¹

3.5. Приватни и породични живот

Утицај карантина због грипа на могућност контаката између оца и његовог дјетета био је само дјелимично основа за мијешање у подносиочево право на породични живот.³² У том случају већи дио разматраног раздобља био је резултат стављања дјетета под привремено старатељство о његовом тјелесном и психичком здрављу.

Међутим, у односу на раздобље карантина – које је трајало мало дуже од 3 мјесеца – Суд је истакао да „није трајало неразумно дуго, а подносилац је могао једном недјељно посјетити и видјети кроз стаклени прозор“. Могло би се сматрати да сличне могућности које су резултат забране посјећивања рођака ради спречавања ширења коронавируса искључују повреду члана 8 ако постоји доступност комуникације путем видео-позива. Релативно кратко трајање карантина у случају *Куимов* одражавало је природу болести па би се даљи прекид контаката могао сматрати оправданим за нешто што је толико вирулентно као коронавирус.

3.6. Породична окупљања

Значајна ограничења јавних окупљања у погледу броја оних који учествују или мјеста на којима се могу одржати подржана су онда кад је циљ био да се заштитити јавна

³¹ *А. Е. против Пољске*, бр. 14480/04, 31. март 2009.

³² *Куимов против Русије*, бр. 32147/04, 8. јануар 2009. (пар. 103).

безбједност или да се сачува јавни ред.³³ Такође је утврђено да распуштање скупа не крши право на слободу окупљања кад је оно било предузето у сврху заштите здравља и безбједности оних који су у њему учествовали.³⁴

3.7. Информације и изражавање

Европски суд за људска права сматра изражавање кључним у демократији па је, реагујући на изјаве једног новинара, за које се наводи да су створиле панику у јавности, Суд сматрао да је задатак новинара био „пренијети информације и идеје о релевантним политичким питањима и изразити мишљења о могућим будућим посљедицама конкретних одлука које је донијела Влада“, те је утврдио да „границе утврђене у члану 10 ставу 2 ЕКЉП нијесу биле прекорачене“.³⁵ Суд сматра да су и новинари и невладине организације одговорни за пружање поузданих и тачних информација када дјелују у својој надзорној улози чувара³⁶ па стога може постојати одговорност за објављивање неистинитих информација, а да претходно није предузет ниједан корак ради провјере њихове вјеродостојности.³⁷

3.8. Вјенчања и сахране

Допуштеност ограничења окупљања која су већ размотрена неизбјежно ће утицати и на церемоније вјенчања и прославе. Међутим, мало је вјероватно да ће се наметање одлагања могућности склапања брака као таквог, због ваљано утемељене забринутости од ширења болести, сматрати арбитрарним или несразмјерним, јер то није нешто што би могло угрозити саму бит права из члана 12 ЕКЉП.³⁸

Број смртних случајева и забринутост од ширења заразе могу довести до мијешања породици и пријатељима покојника

³³ *Chapel (Chappell) против Уједињеног Краљевства* (одлука), бр. 12587/86, 14. јул 1987, и *Rai (Rai), Алмонд (Allmond) и „Преговарајте сада“ против Уједињеног Краљевства* (одлука), бр. 25522/94, 6. Април 1995.

³⁴ *Cise (Cisse) против Француске*, бр. 51346/99, 9. април 2002.

³⁵ *Фатулајев против Азербејџана*, бр. 40984/07, 22. април 2010., пар. 122.

³⁶ Вид.: *Magyar Helsinki Bizottság против Мађарске* [VV], бр. 18030/11, 8. јануара 2016. и *Radio France и други против Француске*, бр. 53984/00, 30. март 2004.

³⁷ *Салустии (Sallusti) против Италије*, бр. 22350/13, 7. март 2013.

³⁸ *Фрасик против Пољске*, бр. 22933/02, 5. јануар 2010.

у могућност да изаберу вријеме, мјесто и начин на који се могу одржати погребни обреди и сахране, као и да им присуствују, што припада праву на поштовање приватног и породичног живота. Такво мијешање било би у складу с чланом 8 ЕКЉП само ако је успостављена праведна равнотежа између заштите тог права и легитимног циља јавне сигурности.³⁹ Процјене стања јавног здравства могле би императивно довести до тога да се погребни одржавају уз изостанак породице и пријатеља покојне особе, али је мало вјероватно да би то било оправдање за пропуштање да се савјетују о обредима које треба слиједити – што би могло укључивати и члан 9 ЕКЉП – или за употребу посљедњег почивалишта које би било непознато.

3.9. Имовина

Многа ограничења која су већ наметнута као одговор на ширење болести COVID-19 укључивала су захтјев да се продавнице, ресторани и други јавни објекти затворе, с посљедичним економским учинком не само на њихове власнике или пословође него и на оне који их допремају, с неким потрепштинама које би задњи осигурали губећи дио или цијелу њихову вриједност. Све такве мјере нужно утичу на право својине из члана 1 Протокола бр. 1 ЕКЉП, контроле употребе мирног уживања или мијешања у мирно уживање [имовине]. Ово право допушта да се ограничења намећу у јавном или општем интересу, а за мјере које су јасно повезане са заштитом здравља несумњиво би се сматрало да служе легитимном циљу.

3.10. Функционисање судова

За ефикасно функционисање правосудног система за вријеме пандемије коронавируса одговорни су првенствено правосудни органи и Уставни суд. Влада не смије на било који начин утицати на функционисање судова, посебно у вези с предметима који се тичу неспровођења мјера НКТ-а, јер по инерцији, због страха од ширења пандемије, предмети се покушавају завршити у што краћем року, а значајан удио у томе

³⁹ *Сабанчиева и други против Русије*, бр. 38450/05, 6. јуна 2013, и *Плоски против Пољске*, бр. 26761/95, 12. јануар 2002.

имају средства јавног информисања. Брига да се заштите сви који су укључени у правосудне системе имаће утицаја на вођење поступака пред судовима. На неким судским инстанцијама биће могуће да се они наставе без значајних сметњи кориштењем електронских средстава, док је мало вјероватно да би се то односило на већину кривичних поступака, бројне грађанске и управне поступке.

На многим судским инстанцијама утицај ће бити ограничен на кашњење, а ако криза потраје само неколико мјесеци мало је вјероватно да ће услиједити кршење права на суђење у разумном року. Чак и ако поремећај буде дужи, спољна природа његовог узрока значиће да се он неће моћи приписати погођеним државама све док су оне предузеле све кораке који су им били на располагању како би ублажили његов учинак⁴⁰ настао због немогућности приступа кључним документима за судске поступке због тога што дио територија државе више није био под њеном контролом, као и случају у којем је суд пропустио предузети мјере за рјешавање посљедица штрајка адвоката.⁴¹ Ако би могло доћи до неких сметњи у вези с покретањем поступака, право на приступ суду није апсолутно и није вјероватно да би се у већини случајева сматрало како то доводи до повреде члана 6 става 1 ЕКЉП. Међутим, у хитним случајевима кад би поступци могли бити потребни ради заштите појединаца од насиља у породици немогућност добијања заштитних мјера од суда могла би довести до повреда члана 2 и 3 ЕКЉП.⁴² Ако нема дерогације, не смије бити одступања од уобичајених рокова за привођење ухапшених лица пред судију који је овлашћен да утврди требају ли она бити пуштена на слободу.

4. ПРАКСА САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА СР ЊЕМАЧКЕ

Ради разјашњења спорних питања, пракса Европског суда за људска права и Савезног уставног суда Савезне Републике Њемачке, о ограничењу тих људских права и слобода у вези са заразном болешћу COVID-19 врло је значајна за рад уставних судова у Европи, а користио ју је и Уставни суд Црне Горе.

⁴⁰ *Хлебик (Khlebiak) против Украјине*, бр. 2945/16, 25. октобар 2017.

⁴¹ *Ага (Agga) против Грчке* (бр. 1), бр. 37439/97, 25. јануар 2000.

⁴² *Опуз против Турске*, бр. 33401/02, 9. април 2009.

У предмету *Бауман (Baumann) против Француске*⁴³ Европски суд је изразио став да слобода кретања забрањује сваку мјеру која би могла повриједити то право или ограничити његово вршење, која не задовољава захтјев мјере која се у демократском друштву може сматрати „неопходном“ у остваривању легитимних циљева из одредбе члана 2 став 3 Протокола број 4.

У предмету *Калвели (Calvelli) и Чиљо (Ciglio) против Италије*⁴⁴ Европски суд је потврдио став који је утврдио у својој ранијој пракси да се позитивне обавезе о праву на живот из одредаба члана 2 Европске конвенције односе „и на сферу јавног здравља“.

У предмету *Сисе (Cisse) против Француске*⁴⁵ Европски суд је оцијенио да су ограничења у остваривању права на окупљање подносиоца представке била неопходна и да су мјере које је полиција користила надилазиле оно што је било разумно очекивати од власти кад укину слободу окупљања, односно да је полиција, сходно домаћем закону, могла интервенисати без његовог захтјева.

У предмету *Куимов против Русије*⁴⁶ Европски суд је разматрао утицај карантина везаног за грип на могућност контаката између оца и дјетета и истакао да тромјесечни карантин није трајао неразумно дуго, јер је, поред тога, подносиоцу представке било дозвољено да сваке недјеље виђа дијете кроз стаклени прозор у фебруару и марту, због чега је тај суд право подносиоца на породични живот оцијенио дјелимичним основом за мијешање државе у то право.

У предмету *Хљустов против Русије*⁴⁷ Европски суд је оцијенио да није спорно да ограничење подносиоца представке да напусти Русију представља мијешање у његово право на слободу кретања и поновио став да свака мјера која ограничава слободу кретања треба да буде „у складу са законом“, да тежи једном или више легитимних циљева наведених у трећем ставу истог члана и да је „неопходна у демократском друштву“.

⁴³ Пресуда од 22. маја 2001. године, представка број 33592/96, ECHR 2001-V.

⁴⁴ Пресуда од 17. јануара 2002. године, представка број 32967/96.

⁴⁵ Пресуда од 9. априла 2002. године, представка број 51346/99.

⁴⁶ Пресуда од 8. јануара 2009. године, представка број 32147/04.

⁴⁷ Пресуда од 11. октобра 2013. године, представка број 28975/05.

У предмету *Гариб против Холандије*⁴⁸ Европски суд је поновио свој став да ће поштовати процјену законодавног тијела о томе шта је у „јавном“ или „општем“ интересу, осим ако је та процјена очигледно без разумног основа, да тај простор у принципу обухвата и његову одлуку да интервенише у предметној области и да након интервенције, донесе детаљна правила која утврђују постизање равнотеже између супротстављених јавних и приватних интереса, као и да то не значи да су рјешења која постигне законодавно тијело изван контроле тог суда:

4.1. *Пракса Уставног суда Савезне Републике Њемачке*

У предмету *1 BvR 755/20*⁴⁹ Савезни уставни суд Савезне Републике Њемачке подносилац жалбе је сматрао да се мјерама борбе против пандемије коронавируса којима се забрањују непосредни физички контакт или реални сусрети, објекти у којима се људи састају или раде, напуштање властитог стана без посебног разлога и др. у великој мјери умањују његове слободе и ограничавају основна права људи који бораве у Баварској, због чега је захтијевао доношење привремене мјере за обуставу примјене више аката, донесених од надлежних органа те државе ради сузбијања коронавируса. Савезни уставни суд је захтјев подносиоца оцијенио неоснованим:

Сагласно чл. 32 ст. 1 BVerfGG, Савезни уставни суд може у случају спора ријешити ситуацију привременом мјером, ако је то хитно потребно ради спречавања озбиљних штета, спречавања пријетње насиља или из другог важног разлога за опште добро. Разлози за неуставност спорног сувереног акта у начелу се

⁴⁸ Пресуда од 6. новембра 2017. године, представка број 43494/09.

⁴⁹ Савезни уставни суд, Одлука 3. вијећа Првог сената, од 7. априла 2020. Одлука у поступку по уставној жалби, за оцјену уставности:

¹ Баварске Уредбе о мјерама за сузбијање инфекције поводом пандемије коронавируса (баварска Уредба о мјерама за сузбијање инфекције поводом пандемије коронавируса – BayIfSMV), од 27. марта 2020. године, 2126-1-4-G, 2126-1-5-G (BayMBl 2020 бр. 158)

² Баварске Уредбе о привременом ограничењу изласка поводом пандемије корона вируса, од 24. марта 2020. године, 2126-1-4-G (BayMBl 2020 бр. 130).

³ Опште наредбе Баварског државног министарства здравља и њега од 20. марта 2020. године – Z6a-G8000 -2020/122-98. – и

⁴ Опште наредбе Баварског државног министарства здравља и њега и Баварског државног министарства породице, рада и социјалног старања, од 16. марта 2020. године – 51-G8000-2020/122-67 – измијене Општом уредбом од 17. марта 2020. године – Z6a-G8000-2020/122-83 -

морају занемарити, осим ако се уставна жалба од почетка покаже да је неприхватљива или очигледно неоснована.⁵⁰ Ако уставна жалба остане отворена, посљедице које би наступиле, у случају да се не донесе привремена мјера, а уставна жалба касније успије, морају се одмјерити у односу на штету која би настала да је тражена привремена мјера донијета, а уставна жалба буде неуспјешна.⁵¹

О захтјеву за привремену мјеру се из тог разлога мора одлучити на основу процјене посљедица. Приликом преиспитивања разлога из чл. 32 ст. 1 BVerfGG мора се, међутим, примијенити строги стандард због далекосежних посљедица привремене мјере.⁵² Када се разматрају посљедице, морају се узети у обзир ефекти на све оне на које утичу спорни прописи, а не само посљедице по подносиоца жалбе.⁵³

Након тога не може се донијети привремена мјера. Подносилац жалбе јасно објашњава да спорне мјере борбе против пандемије коронавируса у великој мјери умањују његове слободе које су заштићене основним правима, јер тренутно није у могућности да ступи у партнерство, да се бави музиком или демонстрира с другима. Такође се не смије занемарити да наведене мјере за обуздавање пандемије коронавируса знатно ограничавају основна права људи који бораве у Баварској. Они наводе да се ограничава непосредни физички контакт или реални сусрети, затварају се објекти у којима се људи састају или раде, а забрањује се и напуштање властитог стана без посебног разлога. Ако се захтјев за привремену наредбу не донесе а уставна жалба има успјех, сва ова ограничења, са својим знатним, а вјероватно и неповратним социјалним, културним и економским посљедицама, била би погрешно наметнута и било какво кршење истих било би погрешно кажњено.

Ако би, с друге стране, захтјев за привремену мјеру био успјешан, а уставна жалба неуспјешна, велики број људи

⁵⁰ Вид.: BVerfGE 112, 284, 291, 121, 1, 14 f; stRsp.

⁵¹ Вид.: BVerfGE 131, 47 <55>; 132, 195 <232>; BVerfG, Одлука 3. Вијећа Првог Сената, од 10. марта 2020. године.

⁵² Вид.: BVerfGE 55, 1 <3>; 82, 310 <312>; 94, 166 <216 f.>; 106, 51 <58>; BVerfG, Одлука 1. Вијећа Другог Сената, од 8. јуна 2018. год. – 2 BvR 1094/18 -, Rn. 2; Одлука 2. Вијећа Другог Сената од 1. октобра 2018. год. - 2 BvR 1845/18 -, Rn. 18; Одлука 2. Вијећа Другог Сената од 23. марта 2020. год. - 2 BvQ 6/20 -, Rn. 18; stRsp.

⁵³ Вид. за формалне законе: BVerfGE 122, 342 <362>; 131, 47 <61>.

вјероватно би се понашао на начин који спорна уредба треба да спријечи, мада би та ограничења понашања била у складу с уставом. Конкретно, установе и објекти на чији економски опстанак утиче затварање вјероватно би се поново отворили, а многи људи би вјероватно чешће напуштали своје домове, те би директни контакт међу људима такође био чешћи. Према садашњим сазнањима, то би у значајној мјери повећало ризик од инфекције вирусом, довело би до оболијевања многих људи, преоптерећења здравствених установа у лијечењу озбиљних случајева и, у најгорем случају, смрти људи.⁵⁴

Све у свему, уставна жалба се не чини очигледном или на други начин препознатљивом да би посљедице континуираних мјера заштите од пандемије коронавируса биле неподношљиве до те мјере да би постојеће рјешење о хитној правној заштити изузетно требало да се суспендује. Интереси који су овдје изнесени су значајни, али према строгој скали која се овдје примјењује не изгледају толико озбиљно да би се чинило неразумним оставити их у међувремену по страни, како би се омогућила највећа могућа здравствена заштита и заштита живота, на шта се држава принципијелно и обавезала на основу основног права на живот и физички интегритет из чл. 2 ст. 2 ГГ.⁵⁵ Ограничења личне слободе у односу на опасност по живот и тијело од мањег су значаја. С тим у вези, такође треба имати на уму да су спорни прописи од почетка временски ограничени, да предвиђају бројне изузетке у погледу ограничења изласка и да се то мора посебно узети у обзир приликом кажњавања прекршаја у сваком појединачном случају у оквиру процјене индивидуалних захтјева. Ова одлука је коначна.“

У предмету *1 BvR 828/20*⁵⁶ Савезни уставни суд Савезне Републике Њемачке подносилац је уставном жалбом оспорио одлуке Управног суда у Гисену и Врховног управног суда Хесен у поступку којима су одбијене његове жалбе за враћање у пређашње стање у поступку привремене правне заштите против забране окупљања. Савезни уставни суд је одлучио да се

⁵⁴ Детаљни подаци о томе: *BauVErfGG*, одлука од 26. марта 2020. г. – 6-VII-20 -, Rn. 16 f.

⁵⁵ Упор. *BVerfGE* 77, 170 <214>; 85, 191 <212>; 115, 25 <44 f.>.

⁵⁶ Савезни уставни суд Одлука 1. вијећа Првог сената, од 13. маја 2020. у поступку по уставној жалби, од 15. априла 2020. године, за оцјену уставности:

а) Одлуке Врховног управног суда Хесена од 14. априла 2020.г. – 2 В 985/20 - и

б) Одлуке Управног суда Гисен од 9. априла 2020.г. – 4 L 1479/20.GI -.

одложно дејство приговора подносиоца жалбе на одлуку града Гисена од 8. априла 2020 – 32 21 000/Ха/Др – враћа у пређашње стање, у мјери у којој су 4. априла пријављена окупљања од стране подносиоца жалбе за 16. и 17. април 2020. године била забрањена, с тим да Град Гисен има могућност, узимајући у обзир правно мишљење Вијећа, поново да одлучи, уз одговарајућу дискрециону оцјену, да ли ће одржавање поменутих јавних окупљања бити условљено одређеним захтјевима или забрањено, у складу са чланом 15 став 1 Закона о јавним окупљањима и у осталом дијелу одбио захтјев за доношење привремене наредбе.

Члан 8 ст.1 ГГ гарантује свим Њемцима право да се без пријављивања и дозволе окупљају мирно и без оружја. Према члану 8 став 2 ГГ ово право на окупљање под отвореним небом може се ограничити законом или на основу закона. Уредба покрајинске владе Хесена о сузбијању коронавируса, од 14. марта 2020. у верзији Уредбе, од 30. марта 2020. г. не садржи општу забрану окупљања под отвореним небом за више од двије особе које не припадају истом домаћинству. Имајући то у виду, покрајинска влада Хесена упустила се у заузимање става од 15. априла 2020. године. Супротно томе, тужени у главном поступку прихвата да законодавна власт 'такође жели намјерно да спријечи јавна окупљања у складу са Законом о јавном окупљању'. У његовој одлуци о забрани може се видјети да она проистиче из опште забране окупљања више од двије особе које не припадају истом домаћинству. Ово гледиште посебно је јасно на страни 3 Одлуке о забрани, према којој понашање забрањено Уредбом укључује и 'одржавање јавног окупљања према VersG', при чему се може поставити питање да ли ово разматрање уопште значи и потпуну забрану окупљања, укључујући она од двије особе или лица која припадају истом домаћинству. Према њеном мишљењу од 15. априла 2020. године тужени у главном поступку полази од генералне забране окупљања више од двије особе, под условом да не припадају истом домаћинству.

На основу ове непримјенљиве оцјене тужени је у главном поступку нарушио члан 8 став 1 ГГ, јер је погрешно процијенио да члан 1 Уредбе органа окупљања за вршење признате дискреционе оцјене примјеном члана 15 став 1 VersG управо даје простор за одлучивање уз уважавање основне заштићене слободе окупљања. Само из тог разлога није могао на адекватан

начин узети у обзир значај и обим основног права подносиоца жалбе у складу са чланом 8 став 1 ГГ. (...)

Тужени у главном поступку није спријечен да поново одлучује по властитом нахођењу, узимајући у обзир смисао и дјелокруг члана 8 ГГ, да ли одржавање пријављених окупљања на наведене датуме у складу са чланом 15 став 1 VersG зависи од одређених захтјева или се, уколико се исто покаже недовољним, забрањује.“

У предмету *1 BvR 1021/20*⁵⁷ Савезни уставни суд Савезне Републике Њемачке подносилац је поднио уставну жалбу и оспорио више одредаба Треће баварске уредбе о мјерама за заштиту од заразе, од 1. маја 2020. године, којом су уведена општа ограничења контаката, забрана окупљања и догађања, забрана рада за теретане и угоститељске објекте и обавеза ношења маске у јавном градском превозу. Сматра да су мјере усмјерене против становништва које не чини ризичну групу, да за дјелове популације млађе од 60 година ризик од коронавируса није већи од ризика од вируса грипа који се јавља сваке године, да су несразмјерне и произвољне и да због тога треба да буду укинуте привременом мјером тога суда. Савезни уставни суд је уставну жалбу оцијенио недопуштеном:

а) (...).

б) С обзиром на тврдње подносиоца да су ограничења за групу оних који су попут њега млађи од 60 година генерално несразмјерна јер ризик од коронавируса за њих није већи од ризика годишњег вируса грипа и да се нико не може присилити на понашање које штити само властити тјелесни интегритет, његова уставна жалба није основана. Без обзира на то је ли његова процјена ризика од заразе коронавирусом код млађих особа тачна, он не узима у обзир да су ограничења за појединца намијењена и заштити трећих особа. У том контексту подносилац сам наводи да бистратегија државне нерегулације „имунизације“ особа млађих од 60 година, коју он преферира, представљала знатно већи ризик од заразе за особе које су у већој мјери угрожене. Међутим, према обавези заштите која је, према сталној судској пракси Савезног уставног суда, утемељена

⁵⁷ Савезни уставни суд, Одлука 1. вијећа Првог сената, од 13. маја 2020.у поступку по уставној жалби, за оцјену уставности одредаба §7 ст. 1, ст. 2, §1 ст. 1, §2, §4 ст. 1, ст. 2, §8 Треће баварске уредбе о мјерама за заштиту од заразе, од 1. маја 2020. године (BayMBl бр. 239).

чланом 2 став 2 тачка 1 Устава, држава не само да је овлашћена већ и уставноправно обавезна да штити та лица. Наравно, не може се свако ограничење слободе оправдати чињеницом да оно служи заштити основних права трећих особа. Напротив, држава увијек мора успоставити сразмјерну равнотежу између слободе једних и потреба за заштитом других. Међутим, подносилац није изричито изложио да уравнотежење које је учињено спорном правном ситуацијом то није задовољило.

в) Уставна жалба је неуспјешна и с обзиром на то што подносилац наводну противуставност ограничења слободе за млађе особе попут њега темељи на томе да се њихова слобода не смије ограничити ради заштите ризичних група те болничког и медицинског особља, већ да се 'карантинске мјере' требају одредити само за ове угрожене групе. Стратегија самозаштите кроз строге карантинске мјере за готово трећину становништва, тј. барем за све оне који имају 60 и више година, а коју заговара подносилац, била би суочена са знатним практичним потешкоћама. Међутим, то није важно. Мишљење подносиоца заснива се на правно нетачном виђењу о значењу уставних основних права. Сматра да држава у слободном и демократском поретку не смије ограничавати слободе грађана како би се спријечила штета по здравље или живот других људи. Међутим, то није тачно за демократски поредак који је конкретизован Уставом. Према Уставу, држава није ограничена на то да заштиту људи чије су здравље и живот угрожени осигура само ограничавањем њихове властите слободе. Напротив, држава може донијети прописе који такође захтијевају одређени степен ограничавања слободе од вјероватно здравијих и мање угрожених људи, ако то значи да се тиме лицима која су више угрожена, а која би се иначе током дужег времена морала потпуно повући из живота у заједници, може осигурати одређени степен друштвеног учествовања и слободе.

Ако, као што је овдје случај, потреба заслободом и заштитом различитих носилаца основних права иду у различитим смјеровима, законодавац и извршна власт имају овлашћења за доношење уредби, према сталној судској пракси Савезног уставног суда, уставни простор за уравнотежење тих сукобљених основних права. У овом случају, због неизвјесности које произлазе из научног дискурса и према томе несигурне

основе за одлучивање, постоји и стварни слободни простор за оцјену. Наравно, овај се слободни простор с временом може и смањити, на примјер због посебно тешких оптерећења основних права и могућности стицања новог повећања знања. Законодавац то настоји узети у обзир на начин да су ограничења слободе од самог почетка временски ограничена и да их непрекидно опушта кроз сталне измјене уредбе.

Ако подносилац сматра да су прекорачене границе уставноправног слободног простора на његов терет, требао је то пуно конкретније образложити. Међутим, аргументација подносиоца дјелимично указује на то да претпоставља да је ограничавање његове слободе ради заштите других само по себи неуставно. То би могло бити посљедица неразумијевања неких недавних одлука Савезног уставног суда о захтјевима за хитном правном заштитом од прописа за заштиту мјера против зараза. Ако у тим одлукама стоји да уредбе задиру у права слободе, то не значи да су оне већ због тога неуставне. Напротив, уставно право разликује пуко утврђивање (било и значајног) задирања у основна права, које само по себи не говори о његовој уставности или неуставности, и констатације која изискује даљња разматрања да је дошло до повреде основног права. О кршењу основних права, а тиме и повреда устава, ради се само ако се задирање у основна права не може оправдати уставноправним одредбама. Уставноправно оправдање за ограничење слободе може бити управо то што се на тај начин штити живот и слобода других људи. Задирање у основна права неуставно је само ако се мјера не може уставноправно оправдати. У недавним одлукама о хитним захтјевима против уредби о мјерама заштите од зараза Савезни уставни суд је утврдио задирања у основна права, али је у хитним поступцима дошао до констатације да су та задирања уставноправно оправдана и стога уставна. Међутим, ако подносилац задирања у основна права, упркос њиховом циљу да се заштите угрожена лица, слободном простору законодавца и доносиоца уредби, као и временским ограничењима и попуштањима мјера којима је циљ уравнотежење сматра да су иста противуставна, требао је то прецизније изложити. Против ове одлуке није допуштена жалба.“

5. ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду озбиљност ванредне ситуације у вези са заразном болешћу COVID-19, велику опасност коју је коронавирус представљао за здравље свих грађана, као и процјену надлежних органа медицинске струке да постоји опасност од ситуације у којој би одједном велики број људи био заражен и у потреби за медицинском помоћи, полазећи од става Европског суда, према којем оцјена потребе за ограничењем неког уставног или конвенцијског права, па и ограничења на слободу кретања и слободу окупљања, спада у поље слободне процјене (*margin of appreciation*) државе уговорнице, за наметнутим ограничењем постојала је „хитна друштвена потреба“.

Из наведене праксе Европског суда произилази да су слобода кретања и слобода окупљања начелно неограничене: пуни обим њиховог остваривања је правило, а ограничење које је одређено законом може бити само изузетак који се заснива и на изричитом уставном овлашћењу државе чланице и на легитимном циљу ограничавања који је одређен Уставом те државе потписнице. Из тога слиједи да ограничења – осим што се морају заснивати на уставном овлашћењу и слиједити Уставом одређене циљеве – треба да су сразмјерна потребама за остварење тих циљева. Европски суд не забрањује *a priori* увођење мјера којима се ограничавају слобода кретања и слобода окупљања. Напротив, позитивне обавезе које налаже Европска конвенција како би се остварио легитимни циљ заштите здравља људи, према схватању тог суда захтијевају од држава чланица активну бригу и правовремену реакцију. Непредузимање мјера и њихово неправовремено предузимање, према схватању Европског суда, могло би се сматрати повредом позитивних обавеза државе. С друге стране, мјере којима се ограничавају људска права као што су карантин, изолација, забрана окупљања, забрана напуштања властитог дома итд. морају бити законите, имати легитиман циљ и морају бити „неопходне у демократском друштву“, односно мора постојати пропорционалност између предузетих мјера и циља који се жели постићи. То значи да ограничавајућа правна правила морају бити прикладна за остварење постављеног легитимног циља, да не смију бити оштрија (строжија) него што је неопходно и да морају бити уравнотежена између Уставом

зајемченог субјективног права појединца и интереса друштвене заједнице (правног поретка).

Савезни уставни суд Савезне Републике Њемачке у својој новијој пракси, у вези са вирусом COVID-19, разматрао је бројна ограничења основних права прописана уредбама надлежних органа те државе. Подносиоци су оспоравали све мјере које су се односиле на општа ограничења контаката, забрану кретања, окупљања више од два лица која не припадају истом домаћинству и догађања, забрану рада за теретане и угоститељске објекте, обавезу ношења маске у јавном градском превозу и др. сматрајући да се њихова слобода не смије ограничити ради заштите ризичних група те болничког и медицинског особља, већ да се „карантинске мјере“ требају одредити само за ове угрожене групе. Савезни уставни суд је у тим предметима указао да према сталној судској пракси тог суда, заснованој на одредби члана 2 став 2 тачка 1 Устава, држава не само да је овлашћена већ и уставноправно обавезна да та лица штити и да се свако ограничење слободе не може оправдати чињеницом да оно служи заштити основних права трећих лица. Напротив, држава, према схватању Савезног уставног суда, увијек мора успоставити сразмјерну равнотежу између слободе једних и потреба за заштитом других. Према Уставу, држава није ограничена на то да заштиту људи чије су здравље и живот угрожени осигура само ограничавањем њихове властите слободе. Напротив, држава може донијети прописе који такође захтијевају одређени степен ограничавања слободе од вјероватно здравијих и мање угрожених људи, ако то значи да би се на тај начин лицима која су више угрожена, а која би се иначе током дужег времена морала потпуно повући из живота у заједници осигурао одређени степен друштвеног учествовања и слободе. Уставноправно оправдање за ограничење слободе, према ставу тог суда, може бити управо то што се на тај начин штити живот и слобода других људи и да је „задирање“ у основна права неуставно само ако се мјера не може уставноправно оправдати. У својим недавним одлукама о хитним захтјевима против уредби о мјерама заштите од заразе, донијетим у мају и јуну 2020. године, Савезни уставни суд је утврдио „задирања“ у основна права, али је у хитним поступцима констатовоао да су та „задирања“ уставноправно оправдана и стога уставна.

ЛИТЕРАТУРА

Bačić, Arsen, „Одредбе о „станју нужности“ у Уставу Републике Хрватске из 1990. године“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, год. 34/45, стр. 39–58.

Gardašević, Đorđe, *Ограничење људских права и темелјних слобода у изванредним ситуацијама*, докторска дисертација, Правни факултет Загреб, 2010.

Omejac, Jasna, „Изванредно станје у правних теорији и уставима појединих земаља“, *Правни вјесник*, бр. 12/1996, стр. 172–195.

Omejac Jasna, *Конвенција за заштиту људских права и темелјних слобода у пракси Европског суда за људска права*, Страсбуршки *acquis*, друго допуњено издање, Загреб: Нови информатор д.о.о., 2014.

Smerdl Branko, *Уставно уређење европске Хрватске*, Народне новине, Загреб, 2013.

СУДСКА ПРАКСА

А. и други против Уједињеног Краљевства [VV], бр. 3455/05, 19. фебруар 2009.

А. и други против Уједињеног Краљевства [VV], бр. 3455/05, 19. фебруар 2009.

А. Е. против Пољске, бр. 14480/04, 31. март 2009.

Ага (Agga) против Грчке (бр. 1), бр. 37439/97, 25. јануар 2000.

Акаман (Асатанне) и други против Белгије (одлука), бр. 10435/83, 10. децембар 1984.

Амур (Атиур) против Француске, бр. 19776/92, 25. јуна 1996.

Антоњенков и други против Украјине, бр. 14183/02, 22. новембра 2005.

Богумил против Португалије, бр. 35228/03, 7. октобра 2008.

Бузађи (Бузадџи) против Републике Молдавије [VV], бр. 23755/07, 5. јула 2016.

Де Томазо (De Tommaso) против Италије [VV], бр. 43395/09, 23. фебруар 2017, пар. 80.

Енхорн против Шведске, бр. 56529/00, 25. јануар 2005.

Гузарди (Guzzardi) против Италије [P], бр. 7367/76, 6. јануара 1980.

Идентоба и други против Грузије, бр. 73235/12, 12. јул 2015.

Јалох (Jalloh) против Њемачке [VV], бр. 54810/00, 11. јул 2006.

Куимов против Русије, бр. 32147/04, 8. јануар 2009.

Куфаки (Koufaki) и Адеди (Adedy) против Грчке (одлука), бр. 57665/12, 7. мај 2013.

Ландфројгд (Landvreugd) против Низоземске, бр. 37331/97, 4. јун 2002.

Лоулес (Lawless) против Ирске (бр. 3), бр. 332/57, 1. јул 1961, пар. 15.

Магуар Хелсинки Бизоттсјаг против Мађарске [VV], бр. 18030/11, 8. јануара 2016.

Мехмет Хасан Алтан против Турске, бр. 13237/17, 20. март 2018.

Маквеј (McVeigh) и други против Уједињеног Краљевства (извјештај), бр. 8022/77, 18. март 1981.

Марангос против Ципра (одлука), бр. 31106/96, 20. мај 1997.

Нада против Швајцарске [VV], бр. 10593/08, 12. септембра 2012.

Невмержицки (Nevmerzhitsky) против Украјине, бр. 54825/00, 5. априла 2005, пар. 94.

Оидрхирџи против Француске (одлука), бр. 19554/92, 31. март 1993.

Оливеира (Oliveira) против Низоземске, бр. 33129/96, 4. јун 2002.

Опуз против Турске, бр. 33401/02, 9. април 2009.

Осман против Уједињеног Краљевства [VV], бр. 23452/94

Плоски против Пољске, бр. 26761/95, 12. јануара 2002.

Пресуда од 11. октобра 2013. године, представка број 28975/05.

Пресуда од 17. јануара 2002. године, представка број 32967/96.

Пресуда од 22. маја 2001. године, представка број 33592/96, ЕСЧР 2001-В.

Пресуда од 6. новембра 2017. године, представка број 43494/09.

Пресуда од 8. јануара 2009. године, представка број 32147/04.

Пресуда од 9. априла 2002. године, представка број 51346/99.

Radio France и други против Француске, бр. 53984/00, 30. марта 2004.

Rai (Rai), Алмонд (Allmond) и „Преговарајте сада“ против Уједињеног Краљевства (одлука), бр. 25522/94, 6. априла 1995.

Сабанчиева и други против Русије, бр. 38450/05, 6. јуна 2013.

Савезни уставни суд Одлука 1. вијећа Првог сената, од 13. маја 2020. у поступку по уставној жалби, од 15. априла 2020. године, за оцјену уставности Одлуке Врховног управног суда Хесена од 14. априла 2020.г. – 2 В 985/20 – и Одлуке Управног суда Гисен од 9. априла 2020.г. – 4 L 1479/20.GI -.

Савезни уставни суд, Одлука 1. вијећа Првог сената, од 13. маја 2020.у поступку по уставној жалби, за оцјену уставности одредаба §7 ст. 1, ст. 2, §1 ст. 1, §2, §4 ст. 1, ст. 2, §8 Треће баварске Уредбе о мјерама за заштиту од заразе, од 1. маја 2020. године (ВауМВI бр. 239).

Савезни уставни суд, Одлука 3. вијећа Првог сената, од 7. априла 2020. Одлука у поступку по уставној жалби, за оцјену уставности §7 ст. 1, ст. 2, §1 ст. 1, §2, §4 ст. 1, ст. 2, §8 Треће баварске уредбе о мјерама за заштиту од заразе, од 1. маја 2020. године (ВауМВI бр. 239).

Салусту (Sallusti) против Италије, бр. 22350/13, 7. марта 2013.

Сисе (Cisse) против Француске, бр. 51346/99, 9. априла 2002.

Фатулајев против Азербејџана, бр. 40984/07, 22. априла 2010., пар. 122.

Финогенов и други против Русије, бр. 18299/03, 20. децембар 2011.

Фрасик против Пољске, бр. 22933/02, 5. јануара 2010.

Хлебик (Khlebiak) против Украјине, бр. 2945/16, 25. октобар 2017.

Чапел (Chappell) против Уједињеног Краљевства (одлука), бр. 12587/86, 14. јула 1987.

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

Опште наредбе Баварског државног министарства здравља и његе и Баварског државног министарства породице, рада и социјалног старања, од 16. марта 2020. године – 51-G8000-2020/122-67 – измијењене Општом уредбом од 17. марта 2020. године – Z6a-G8000-2020/122-83 -.

Опште наредбе Баварског државног министарства здравља и његе од 20. марта 2020. године – Z6a-G8000 -2020/122-98.

Баварске Уредбе о мјерама за сузбијање инфекције поводом пандемије коронавируса (баварска Уредба о мјерама за сузбијање инфекције поводом пандемије коронавируса – BayIfSMV), од 27. марта 2020. године, 2126-1-4-G, 2126-1-5-G (BayMBl 2020 бр. 158)

Баварске Уредбе о привременом ограничењу изласка поводом пандемије коронавируса, од 24. марта 2020. године, 2126-1-4-G (BayMBl 2020 бр. 130).

European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in time of emergency, Last update: 31. 12. 2019, таčke 4. i 5., str. 5, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf (приступ: 3. април 2020).

Hamdija Šarkinović

RESTRICTION OF HUMAN RIGHT AND FREEDOM IN
PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT
AND THE FEDERAL CONSTITUTION COURT OF THE
FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY IN THE TIME OF
COVID-19 PANDEMIC

- Resume -

The paper tackles the practice of the European Court of Human Rights and the Federal Constitutional Court of the FR Germany related to coronavirus SARS-CoV-2 and the contagious disease COVID-19. European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms recognizes both limitations to human rights and constitutionally protected freedoms and derogation of those rights. Limitation implies a lighter degree of interference because it can be done without the declaration of the state of emergency, whereas derogation implies a greater degree of interference because it cannot be done without the declaration of the state of emergency. By looking at the restrictions in light of the specific problem as a whole and in context of circumstances triggered by the virus SARS-CoV-2, it is necessary for the taken actions to reach a just balance between the need for protection of health and lives of citizens as well as the right to freedom of movement and freedom of assembly connected to the new coronavirus on the one side, and limitations to freedoms on the other side, i.e. for the limitations of rights of those persons did not present a burden which was disproportionate to the goal which was aimed at.

Key words: European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, Federal Constitutional Court of the FR Germany, limitations/derogation to human rights and freedoms during the pandemic of coronavirus

* Овај рад је примљен 10. априла 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

О УСТАВНИМ ПАРЛАМЕНТАРНИМ ИМУНИТЕТИМА*

- Сажетак -

У овом, другом дијелу рада је предочено појмовно одређење парламентарних имунитета неодговорности и неповредљивости, њихов настанак и развој, нормативно уређење у упоредноправној пракси европских држава, Великој Британији, Француској и СР Њемачкој, венецијански модел парламентарних имунитета и онај у Европском парламенту. Обим посланичких имунитета разликује се у пракси, али им је заједничко полазиште очување принципа подјеле власти, заштита људских права и слобода и остваривање владавине права. Одредбе о парламентарном имунитету неповредљивости су први пут установљене у Уставу за Књажевину Црне Горе из 1905. године, затим у уставима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Краљевине Југославије и свим уставима социјалистичке Југославије и Црне Горе. Одредбе Устава Црне Горе о парламентарних имунитетима су сличне осталим одредбама из региона, али их се треба законом на потпунији начин регулисати, пошто су досадашње Пословничке одредбе показале одређене недоречености.

Кључне ријечи: парламентарни имунитети, парламентарцац, парламент, Устав за Књажевину Црну Гору, устав Црне Горе.

* Први део рада је објављен у претходном броју часописа Архив за правне и друштвене науке 1/2021. Електронска адреса ауторке: hskose@ius.edu.ba.

1. ПАРЛАМЕНТАРНИ ИМУНИТЕТИ У ЕВРОПИ

1.1. Парламентарни имунитет у Великој Британији

Идеја парламентарног имунитета први пут се појавила у Енглеској као резултат борбе Парламента против апсолутистичке власти монарха. Развитак имунитетског права у Великој Британији односи се искључиво на имунитет неодговорности, јер постоји слобода говора (*privilege of freedom of speech*) за све чланове Дома комуна и Дома лордова, али не постоји заштита од лишавања слободе или кривичног гоњења за дјела која чланови парламента учине ван своје посланичке функције. За вријеме Едварда III (*Edward III*, 1327–1377) био је донијет закон по којем „ни један пер не може бити осуђен на губитак посједа, притвор или затвор, осим на основу пресуде перова у Парламенту“.¹

Као почетак званичног признавања привилегија слободе члановима Дома комуна у енглеској литератури се наводи већ поменути Хаксијев случај за владавине Ричарда II. Хакси је био осуђен као издајница, да би га исте године Хенри IV (*Henry IV*) пустио на слободу.² У вријеме владавине Хенрија VIII (*Henry VIII*) суд је парламентарца Строуда (*Strode*) 1512. осудио на казну затвора и плаћање глобе због предлагања закона о рудницима цинка у Корнволу (*Cornwall*). Парламент је, уз сагласност краља, донио закон којим се поништава пресуда суда и изјављује да се „све оптужбе, пресуде, глобе и казне које су изречене против Строуда или би биле изречене у вези с неким законом или израженим мишљењем у пословима из надлежности Парламента, како за садашњи, тако и за будући Парламент – проглашавају неважећим и ништавим“.³ Дом комуна је 1541. године упутио петицију краљу Хенрију VIII којом је тражио признавање привилегија слободе говора, али је увијек долазило до мимоилажења између монарха и Дома комуна. Наводе се ријечи лорда канцелара Едварда Коука (*Edward Coke*) из 1593.

¹ Thomas Erskine May, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (Cambridge Library Collection – British and Irish History, 19th Century), Cambridge, 2015, стр. 48.

² Исто, стр. 20.

³ Alexandre Estève, *Le député français*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Limoges, 2018, стр. 17–32; Martin Édouard., *De l'immunité des discours, des opinions et des votes émis dans les assemblées*, Thèse, Paris, L. Boyer, 1902, стр. 13–24.

године, који је, одговарајући у име краљице Елизабете I (Elisabeth I, 1593–1603) на петицију Дома комуна изјавио: „Слобода говора Вам се одобрава, али ви треба да знате своје привилегије; оне се не састоје у праву свакога од вас да каже све што хоће или што му пада на памет; ваша је привилегија да кажете ‘да’ или ‘не’.“⁴ Посљедњи случај повреде привилегија слободе говора догодио се за вријеме владавине Чарлса I (*Charles I*, 1600–1649), када је суд у Лондону осудио три парламентарца због говора који су држали у Дому комуна на казну затвора и плаћање тешких глоба.⁵ Врховни суд је поништио одлуку суда Кингс Бича (*King’s Bench*) и прогласио је неважећом. Парламент је однио побједу над монархом доношењем Закона о правима (*Bill of rights*), који је, након што је био протјеран Џејмс II (*James II*), признао Вилијам III Орански (*William III, William of Orange*). Одредбама члана 9 наведеног закона, који и сада важи, прописано је „да слобода говора, расправа, поступка у Парламенту не смије бити предмет оптужбе или истраге било којег суда или мјеста изван Парламента“.⁶ Изјаве за медије и оне дате на јавним скуповима или писма којима се обраћају бирачима нијесу обухваћена имунитетом неодговорности. Исто тако, изјаве или радње изговорене или учињене у њиховим изборним јединицама у оквиру њихове заступничке функције те писма која су у име својих бирача упутили министарствима или другим јавним службама нијесу обухваћена имунитетом неодговорности и због тих радњи заступник може бити казнено или цивилно одговоран. Имуитет неодговорности штити парламентарца од грађанске и казнене одговорности. По изузетку, он може бити дисциплински одговоран ако прекорачи границе слободе говора у вези с издавањем државне тајне (*Official Secrets Act из 1989*).⁷

Реформом из 1966. године, усвајањем Закона о клевети (*Defamation Act*), који у чл. 13 предвиђа могућност да се сваки посланик може одрећи имунитета, иако исти не припада њему него

⁴ Thomas Erskine May, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, нав. дјело, стр. 108.

⁵ *Nouveau Petit Larousse*, Paris, 1968, стр. 1277.

⁶ Вид. *Bill of Rights*, http://www.constitution.org/eng/eng_bor.html, 20.2.2021.; Library Standard Note, *Parliamentary Privilege and individual Members, and Report of the Joint Committee on Parliamentary Privilege*, HC 214 1998-99, <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-00293.pdf>, 20.2.2021.

⁷ *Official Secrets Act 1989*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/6/introduction>, 5.4.2021., а о Закону више вид.: Owen Hood Phillips, Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2001, стр. 274.

парламенту, у случајевима када тужбом жели покренути процес због клевете, с намјером да на тај начин покуша спасити свој углед и част, уколико сматра да је својим изјавама или радњама у парламенту, из нечасних побуда, проузроковао личну штету.⁸ *Freedom from arrest*, односно имунитет неповредивости, ограничен је на заштиту посланика у вези с лишавањем слободе у поступку за утврђивање грађанске одговорности у периоду од 40 дана прије и 40 дана након парламентарног засиједања. Та се привилегија не односи на материју утврђивања кривичне одговорности, па се имунитет неповредивости своди на ограничену правну заштиту од лишавања слободе у грађанским (цивилним) предметима од стране грађанских судова, који могу само изузетно спровести мјеру лишавања слободе или затворску казну.

1.2. Парламентарни имунитети у Француској

Парламентарни имунитет у Француској настао је у вријеме велике Француске револуције 1789, пошто је до тада постојала скупштина три сталежа, у којој је трећи сталеж имао 584 представника, представници племства 270 и свештенство 291 представника. Након расправљања пуних пет недјеља представници трећег сталежа су 17. јуна 1789. године прогласили Народну скупштину (*Assemblée nationale*). Краљ је поништио одлуку трећег сталежа о проглашењу народне скупштине и позвао представнике сталежа да се разиђу. Међутим, на захтјев краља да се сједница Скупштине прекине у име присутних одрично је одговорио Мирабо (*Honoré-Gabriel Riquet Mirabeau*), завршивши свој говор ријечима: „Нећемо напустити своја мјеста, осим ако нас принудите бајонетима.“⁹ Он је предложио да се личности Скупштине три сталежа прогласе неповредивим, након чега је Скупштина донијела сљедећу резолуцију: „Народна скупштина изјављује да је особа сваког парламентарца неповредљива; да су све особе, заједница, суд или одбори који би се усудили за вријеме или после садашњег засједања прогонити, водити истрагу, затворити или дати затворити парламентарца због било којег његовог приједлога,

⁸ *Defamation Act*, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996031.htm#aofs>, 5.4.2021.

⁹ Јанко Таховић, „Парламентарни имунитети“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1953, Београд, стр. 159.

савјета мишљења или говора у Скупштини трију сталежа – недостојни и издајнице народа и криви за тешки злочин. Народна скупштина одлучује да ли ће у таквим случајевима предузети потребне мјере да би пронашла, прогонила или казнила оне који су иницијатори, истражитељи или извршиоци.“¹⁰

Устав Француске V републике (1958) уређује питања везана за овај облик заштите парламентарца на начин да у погледу имунитета неодговорности (*irresponsabilité*) утврђује да „ниједан члан парламента не може бити прогањан, тражен или ухапшен, задржан у притвору или суђен због мишљења или гласања у вршењу своје функције“ (арт. 26, ал. 1).¹¹ Неогворност посланика представља апсолутну и трајну заштиту од кривичне одговорности у вези с актима и радњама које су предузете директно на сједници парламента, парламентарних домова, у радним тијелима парламента и у оквиру осталих активности које заступници обављају у оквиру своје заступничке функције.

Имунитет неповредивости (*inviolabilité*) такође спада у традиционални облик заштите парламентарца (арт. 26, ал. 2–4). До 1995. године, кад је дошло до ревизије Устава, парламентарца је за вријеме засиједања парламента имао потпуну заштиту. За вријеме скупштинске сесије није могао бити ухапшен нити гоњен без одобрења дома којег је члан. Након уставних промјена укинута је свака претходна дозвола за гоњење парламентарца. Сада је довољно да Предсједништво (*Bureau*) Националне скупштине или Сената одобри гоњење, након чега се може сматрати да су отпали разлози за сумњу у постојање политички мотивисаних захтјева.

Поступак давања или укидања парламентарног имунитета детаљније је регулисан у пословницима Националне скупштине (арт. 80. Р.А.Н.)¹² и Сената (арт. 105 Р.С.).¹³ У Националној скупштини сваке се године, на почетку редовне априлске сесије, оснива парламентарно повјеренство од 15 сталних чланова и исто толико допунских чланова, на паритетној основи да би се осигурала пропорционална политичка заступљеност странака, која одговара односу снага у том дому. У случају покретања

¹⁰ Dan Gjanković, *O imunitetu narodnih zastupnika*, Narodne novine, Zagreb, 1962, стр. 35.

¹¹ Вид.: *French Constitution*, <http://www.assemblee-nat.fr/english/>, 5.4.2021.

¹² *Règlement de L'Assemblée Nationale*, 10 édition (1994), Paris (R.A.N.)

¹³ *Règlement du Sénat*, 10 édition (1994), Paris (R.S.)

поступка за укидање имунитета, на основу захтјева надлежног државног органа, повјеренство је дужно да саслуша заступника о којем се у том предмету ради или заступника којег он одреди за опуномоћеника.

1.3. Парламентарни имунитети у Њемачкој

Почетком XIX вијека њемачке државице су почеле уносити прописе о посланичком имунитету у своје уставе. Тако се у баварском Уставу из 1818. имунитет односио само на дати глас, а 1829. године Захсен-Мајнинген (*Sachsen-Meiningen*) у свом уставу прописује да посланици због својих изјава у сталешкој скупштини не могу бити позвани на судску одговорност.¹⁴ У Уставу Пруске из 1850. године у чл. 84 било је прописано да посланици не могу бити позвани на одговорност за дати глас и изражено мишљење. У Уставу Федеративне Њемачке од 1871. године, одредбама члана 30 била је прописана потпуна слобода говора: „Ниједан члан Рајхстага (*Reichstag*) не смије бити судски или дисциплински прогањан, у било које вријеме, због свог гласања или учињених изјава у вршењу своје функције, нити може бити позван на одговорност изван Скупштине.“¹⁵ Вајмарски устав из 1919. године, који је важио до доласка нациста на власт, у чл. 36–38 садржи прописе о посланичким имунитетима – неодговорности и неповредивости.

Имунитетска заштита посланика у СР Њемачкој реализује се у два облика суштински идентична облицима заштите коју уживају посланици у француском парламентарном праву. Посланичка неодговорност у СР Њемачкој регулисана је одредбама чл. 46 Основног закона из 1949. године, којим је прописано да посланик не може бити судски или службено гоњен због свог гласања, изјаве или мишљења које је изразио у Бундестагу и његовим одборима, као што не може бити позван на одговорност на било који начин. Посланички имунитет садржи нека ограничења у материјалноправном смислу у погледу кривичне одговорности посланика. Уколико посланик у свом говору или гесту на сједници Бундестага учини бесрамну

¹⁴ Dan Gjanković, *O imunitetu narodnih zastupnika*, нав. дјело, стр. 50.

¹⁵ Исто, стр. 51.

увреду, повријеђеном је лицу допуштено право на нужну одбрану према општим начелима кривичног права.¹⁶ Имуитет неодговорности посланик не може користити кад су у расправи садржани елементи издаје земље или сличних деликата. Парламент као демократска школа нације не може допустити вријеђање и позивање на тешка кривична дјела која подлијежу кажњавању у правном систему.¹⁷ Посланици уживају и имунитет неповредивости (сагласно чл. 46, ал. 2–4 ГГ), који је успостављен с циљем заштите несметаног функционисања парламента. Посланик може бити позван на одговорност или може бити ограничен у својим правима и слободама, а без одобрења уколико буде затечен у извршењу кривичног дјела. Имуитет неповредивости успостављен је ради заштите парламента и не дозвољава посланику да самостално располаже овим обликом заштите. Посланик се не може одрећи парламентарног имунитета, који траје док траје посланички мандат и у исто вријеме мирују рокови застарјелости за покретање и вођење кривичног поступка.¹⁸

Пословником о раду Доњег дома (*Bundestag*)¹⁹ у члану 107 утврђено је да се питање имунитета посланика покреће упућивањем захтјева предсједнику Одбора за питања имунитета, пословника и праћење избора. Овај одбор је, према Пословнику, надлежан и за утврђивање процедуре у вези с разматрањем имунитета чланова Парламента. Тако разматрање у Одбору о предметном захтјеву треба да почне у року од три дана од дана достављања захтјева члановима Одбора. По изузетку, ако се овај рок прекорачи, захтјев ће бити прочитан пред члановима Одбора или ако Одбор још није конституисан, предсједник Одбора сачиниће извјештај и упутити га на разматрање и одлучивање Доњем дому. Чланови овог одбора нијесу временски ограничени кад је у питању доношење одлуке о имунитету.²⁰

¹⁶ Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch* (приредио: Reinhold Zippelius), München, 1982, стр. 263.

¹⁷ Исто, стр. 264.

¹⁸ Ирена Пејић, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011, стр. 70.

¹⁹ http://www.bundestag.de/interakt/infomat/fremdsprachiges_material/downloads/goEN_download.pdf, 5.4.2021.

²⁰ Све одредбе садржане су у чл. 46 Устава.

1.4. „Венецијански модел“ парламентарних имунитета

На међународном плану постоје напори да се на европском нивоу редефинишу парламентарни имунитети, ради обезбјеђења и њиховог прилагођавања промијењеним условима у којима функционишу модерне представничке демократије. У том циљу је и најновији извјештај Венецијанске комисије о обиму и укидању парламентарног имунитета.²¹ Венецијанска комисија (надаље: Комисија) усвојила је 1996. године Извјештај о режиму парламентарног имунитета.²² У најновијем извјештају усвојеном у марту 2014. године²³ Комисија је нагласак ставила на анализу правила у упоредном праву која се односе на обим имунитета и њихово укидање. Комисија је дала више приједлога у вези с мјерилима и смјерницама за укидање имунитета и утрла пут успостављању савременог модела парламентарних имунитета, који се ослања на „концепт парламентарног имунитета као интегралног дијела европске уставне традиције“.²⁴ Идентификовала је битне повреде у функционисању представничке демократије.²⁵

Комисија сматра да је *имунитет неодговорности* парламентарца неспоран и да се може расправљати о његовом прецизном обиму.²⁶ Национална правила о имунитету неодговорности елементи су уставног права, али се мора водити рачуна да његов обим доводи у питање сврху демократских функција парламента,²⁷ те мора бити „ограничен на мишљења и запажања која су непосредно повезана с вршењем парламентарног мандата“.²⁸ Имуитет неодговорности може бити апсолутан – покривати све вербалне деликте, и ограничен – тако да су поједине категорије деликата искључене, што је „првенствено остављено слободној процјени националног уставотворца“.²⁹ Надаље, имунитет неодговорности треба у начелу да остане апсолутан и ограничен да га парламент укине

²¹ Venice Commission, *Report on the Scope and Lifting on Parliamentary Immunities*.

²² Venice Commission, *Report on the Regime of Parliamentary Immunity*, CDL/INF(1996)007e.

²³ Venice Commission, *Report on the Scope and Lifting on Parliamentary Immunities*.

²⁴ Исто.

²⁵ Исто, стр. 6.

²⁶ Исто, стр. 7–10.

²⁷ Исто, стр. 16.

²⁸ Исто, стр. 17.

²⁹ Исто.

у конкретном случају,³⁰ као и у погледу временског дејства и да га се парламентарца не може одрећи.

Имунитет неповредивости је „најпроблематичнији и најконтроверзнији дио концепта парламентарног имунитета“ и саставни је „дио европске уставне традиције“.³¹ Пошто нема заједничких међународних и европских правила која забрањују имунитет неповредивости, треба га изградити на принципима, правилима и смјерницама Европског парламента. Правила о имунитету треба да буду постављена рестриктивно и не треба да се примјењују у пракси осим уколико постоје убједљиви разлози за то у појединачним случајевима,³² што подразумева да „успостављање и укидање имунитета буде регулисано на јасан и прецизан начин, а да процедуре буду транспарентне и што је више могуће отворене, тако да не буду злоупотребљаване у политичке сврхе“.³³ Правила о имунитету неповредивости нијесу нужан дио уставног права. Он увијек има привремени карактер и не би се смио проширивати на мишљења и понашања која нијесу у непосредној вези с функцијом парламентарца те мора постојати могућност да га се парламентарца одрекне. Одлука о одузимању имунитета мора бити заснована на чињеницама и доказима случаја достављеним од стране надлежних органа и парламентарца о чијем се имунитету одлучује, и не смије бити производ политичких осуда.³⁴ Неповредивост не треба да искључује интерне дисциплинске мјере које се могу изрећи парламентарцу.

1.5. Парламентарни имунитет у Европском парламенту

Пословник Европског парламента³⁵ и Протокол Европске уније о привилегијама и имунитетима регулише³⁶ питање имунитета посланика Парламента укључујући процедуру

³⁰ Исто, стр. 18.

³¹ Исто, стр. 24.

³² Исто, стр. 26.

³³ Исто.

³⁴ Исто, стр. 28.

³⁵ Пословник Европског парламента: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULESEP+20170116+TOC+DOC+XML+V0//HR&language=HR>, 25. 5. 2017.

³⁶ Protocol (No 7) on the Privileges and Immunities of the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F07>, 25.5.2017.

његовог укидања. Пословником је предвиђено да посланици уживају повластице и имунитете утврђене Протоколом о повластицама и имунитетима Европске уније. Према Пословнику у вршењу својих овлашћења у вези с повластицама и имунитетима Парламент дјелује тако да очува интегритет као демократско законодавно тијело и обезбиједи независност посланика у извршавању њихових обавеза. Имуитет посланика није лична повластица посланика, већ гаранција независности Парламента као цјелине и његових посланика.³⁷ Сви захтјеви за укидање имунитета оцјењују се у складу с одредбама Протокола Европске уније о повластицама и имунитетима и с горе наведеним начелима.

Ако су посланици позвани у својству свједока или вјештака, није потребно захтијевати укидање имунитета, под условом да неће морати да свједоче у термину који им онемогућава или отежава извршавање парламентарних дужности, или да могу дати изјаву у писаном или било којем другом облику који им не омета вршење дужности, те да неће морати да свједоче о повјерљивим информацијама које су добили при вршењу дужности за које сматрају да их не треба открити.³⁸

Протоколом Европске уније о повластицама и имунитетима предвиђено је да посланици Парламента не могу бити подвргнути никаквом облику испитивања, задржавања или судског поступка због израженог мишљења или гласања

³⁷ Поред тога, чланом 5 Пословника предвиђено је да Европска унија на захтјев посланика и уз претходно одобрење Председника Парламента издаје посланицима пропусницу Европске уније, која им омогућава слободно кретање у државама чланицама и другим земљама које је признају као важећу путну исправу. У сврху вршења својих обавеза сваки посланик има право да активно учествује у раду парламентарних одбора и представништава у складу с одредбама овог пословника. Поред тога, посланици имају право на увид у сва документа Парламента или неког одбора осим у личне документе и рачуне, које могу прегледати искључиво посланици на које се они односе. Изузетке од овог правила поступања с документима за које се може одбити јавни приступ у складу с Уредбом (ЕЗ) бр. 1049/2001 Европског парламента и Савјета о јавном приступу документима Европског парламента, Савјета и Комисије, утврђене су посебном одредбом Пословника. Посланику се на темељу образложене одлуке може уз одобрење Председништва оспорити право на увид у документ Парламента ако након саслушања дотичног посланика Председништво закључи да би такав увид узроковао неприхватљиву штету институционалним интересима Парламента или јавним интересима те да дати посланик тражи увид у документ из приватних и личних разлога. У року од мјесец дана од пријема обавјештења посланик може против такве одлуке да уложи писану жалбу. Да би била прихватљива, у писаној жалби морају се навести разлози. О жалби одлучује Парламент без расправе на сједници која слиједи након улагања жалбе.

³⁸ Члан 6 Пословника.

при вршењу својих дужности.³⁹ Током засиједања Парламента његови посланици уживају (а) на територији своје државе имунитет признат посланицима парламента те државе, (б) на територији било које друге државе чланице имунитет од сваке мјере задржавања и од судских поступака. На исти начин имунитет се примјењује на посланике током путовања до мјеста или од мјеста засиједања Парламента. Ако је посланик затечен у вршењу кривичног дјела, није могуће позивање на имунитет те у том случају Парламент може остварити право на укидање имунитета посланику.⁴⁰

2. ПАРЛАМЕНТАРНИ ИМУНИТЕТИ У ЦРНОЈ ГОРИ

Прве одредбе о парламентарном имунитету неповредивости у Црној Гори садржане су у чл. 99 и 100 *Устава за Књажевину Црне Горе из 1905. године*, и оне гласе: „Докле Скупштина траје не може никаква власт ни позвати ни у притвор ставити народног посланика, ако Народна Скупштина не ријеши да се може ишљеђење против њега почети, осим у случају када се ухвати на самом дјелу злочинства“ (чл. 99), те „Ако се посланик за вријеме сесије на самом дјелу злочинства ухвати, може се ставити у притвор, али се то одмах мора јавити Народној Скупштини, и ништа се даље против њега не може предузимати, док Скупштина не ријеши, има ли мјеста стављању под суд“ (чл. 100).⁴¹ Закон о привременом пословном реду у Народној скупштини из 1905. године⁴² садржи у чл. 129 и 130 истовјетне одредбе као Устав из 1905. године и познаје само имунитет неповредивости.

Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1921. године одредбама члана 87 и 88 прописивао је: „Нико и никад не може узети посланика на одговор за глас који је дао као члан Народне Скупштине. За све изјаве и поступке при вршењу мандата било у седницама Народне Скупштине или у одборима, или у особитом изасланству или у особитој дужности по одредби

³⁹ Члан 8 Протокола Европске уније о повластицама и имунитетима. Protocol (No 7) on the Privileges and Immunities of the European Union.

⁴⁰ Члан 9 Протокола.

⁴¹ *Црногорски устав*, НИО Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, стр. 21.

⁴² *Црногорски законици*, књига IV, (приредили: Бранко Павићевић и Радослав Распоповић), Историјски институт Црне Горе, Подгорица, 1998, стр. 367.

Скупштине, посланици одговарају само Народној Скупштини, по одредбама пословника“ (чл. 87) и „Без овлашћења Народне Скупштине њезини чланови не могу се за кривице било какве врсте узимати на одговор, нити у ма којем случају и од ма које власти лишити слободе док траје њихов мандат, осим кад се затеку на самом делу злочина или престапа. Али се и у томе последњем случају Народна Скупштина, ако је на окупу, одмах извештава, и она даје или одриче овлашћење да се надлежни поступак продужи за време сазива. Имунитетско право посланика настаје даном избора. Ако ко постане посланик пре него што је над њим по каквој кривици изречена извршна пресуда, власт која врши извиђање и истрагу известиће о томе Народну Скупштину, која даје или одриче овлашћење за продужење поступка. Члан Народне Скупштине може се узимати на одговор само ради онога дела, за које је издан.“

Уставом Краљевине Југославије из 1931. године прописани одредбама члана 74 и 75 било је прописано: „Сенатор односно народни посланик не одговара за глас који је дао као члан Сената односно Народне Скупштине. За све изјаве и поступке при вршењу мандата било у седницама Сената или Народне Скупштине или у одборима, или у особитом изасланству или у особитој дужности по одредби Сената или Скупштине, сенатори односно посланици одговарају Сенату односно Народној Скупштини, по одредбама пословника. За оне изјаве и поступке, који садрже кривично дело, сенатор односно народни посланик одговара и пред редовним судовима ако Сенат односно Народна Скупштина даде за то одобрење. Но за увреде, клевете или злочине сенатор односно народни посланик одговара пред редовним судовима и без претходног одобрења Сената односно Народне Скупштине“ (чл. 74) и „Без овлашћења Сената односно Народне Скупштине, њихови чланови не могу се за кривице учињене ван вршења мандата узимати на одговор нити лишити слободе док траје њихов мандат, осим кад се затекну на самом делу злочина или престапа. Али се и у томе последњем случају Сенат односно Народна Скупштина, ако је на окупу одмах извештава, и она даје или одриче овлашћење да се надлежни поступак продужи за време сазива. Имунитетско право сенатора и посланика настаје даном избора односно наименовања. Ако ко постане сенатор или посланик пре него што је над њим по каквој

кривици изречена извршна пресуда, власт која врши извиђање и истрагу известиће о томе Сенат или Народну Скупштину, која даје или одриче овлашћење за продужење поступка. Члан Сената и Народне Скупштине може се узимати на одговор само ради оног дела, за који је издан“ (чл. 75).

Закон о уставотворној скупштини од 21. августа 1945. године прописивао је: „Посланици Уставотворне скупштине од момента када су им издата од стране изборне комисије увјерења да су изабрани, не могу бити ухапшени нити се против њих може покренути судски поступак без одобрења дома коме припадају.“⁴³

Уставом Федеративне Народне Републике Југославије из 1946. године одредбама члана 69 било је прописано: „Посланици Народне скупштине ФНРЈ уживају имунитет. Посланици не могу бити лишени слободе нити се противу њих може покренути кривични поступак без одобрења дома коме припадају или Президијума Народне скупштине ФНРЈ, осим у случају затицања на делу злочина, о чему се мора одмах извести Президијум Народне скупштине ФНРЈ.“ Међутим, пословници Савезне скупштине и републичких скупштине прописивали су и посланички имунитет неодговорности. У Пословницима Савезног вијећа из 1947. године и 1948. године, у чл. 41 односно 31 прописивано је: „За све изјаве и поступке при вршењу свог мандата било у сједницама било у извјесној дужности посланици одговарају смо Вијећу и бирачком тијелу које их је изабрало.“⁴⁴

Уставом Народне Републике Црне Горе из 1946. године, одредбама члана 69 ст. 1 и 2 прописано је да посланици Народне скупштине НРЦГ уживају имунитет и да не могу бити лишени слободе нити се против њих може водити кривични поступак без одобрења Народне скупштине НРЦГ, а у времену када Народна скупштина не засиједа, без одобрења Президијума Народне скупштине НРЦГ, осим у случају затицања на дјелу злочина, о чему се мора одмах извјестити Президијум Народне скупштине НРЦГ.⁴⁵

Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења Народне Републике Црне Горе и републичким органима

⁴³ Закон о уставотворној скупштини, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 63/45.

⁴⁴ Пословници Савезног вијећа, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 85/47 и *Службени лист ФНРЈ*, бр. 52/48.

⁴⁵ *Црногорски устав*, нав. дјело, стр. 50–51.

власти у члану 54 прописивао је да народни посланик не може бити позван на одговорност, лишен слободе нити кажњен за изражено мишљење или дати глас у скупштини, да посланик не може бити лишен слободе нити се против њега може покренути кривични поступак без одобрења дома коме припада осим у случају затицања у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна строгог затвора у трајању дужем од пет година. У таквом случају државни орган који је посланика лишио слободе или покренуо кривични поступак против њега дужан је о томе одмах обавијестити предсједника Народне скупштине, који питање износи пред одговарајући дом ради одлучивања да ли ће се поступак наставити односно да ли ће лишење слободе остати на снази, а када дом није на окупу, одобрење за лишење слободе или за покретање односно настављање кривичног поступка против посланика даје мандатно-имунитетски одбор одговарајућег дома уз накнадну потврду дома.⁴⁶ Уставним законом се први пут у правни систем уводи поред имунитета неповредивости и имунитет неодговорности.

Уставом Социјалистичке Републике Црне Горе из 1963. године одредбама члана 165 прописано је да посланици не могу бити позвани на одговорност, нити притворени, нити кажњени за мишљење и гласање у Скупштини. Посланик не може бити притворен нити се против њега може покренути кривични поступак без одобрења вијећа чији је члан. Посланик може бити притворен само „ако је затечен у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна строгог затвора у трајању дужем од пет година“. Орган који је лишио слободе посланика треба да обавијести о томе предсједника Скупштине, који то питање треба да изнесе пред одговарајуће вијеће које ће одлучити да ли се поступак наставља односно да ли ће рјешење о лишењу слободе остати на снази.⁴⁷ Имуитет неповредивости штити посланика од кривичног поступка, а не од грађанскоправне администрације и дисциплинске одговорности.

Уставом Републике Црне Горе из 1974. године одредбама члана 157 прописано је да делегат у скупштини ужива имунитет и да не може бити позван на кривичну одговорност, притворен ни кажњен за изражено мишљење или давање гласа у скупштини,

⁴⁶ Исто, стр. 76–77.

⁴⁷ Исто, стр. 165.

а ако се позове на имунитет, делегат на територији друштвено-политичке заједнице у чију је скупштину делегиран не може бити притворен без одобрења вијећа чији је члан. Без одобрења вијећа чији је члан делегат може бити притворен само ако је затечен у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна строгог затвора од пет година, или ако је притвор по закону обавезан. Државни орган који је делегата лишио слободе без одобрења вијећа дужан је да о томе обавијести предсједника вијећа, а ако вијеће није на окупу, одобрење за лишење слободе делегата даје мандатно-имунитетска комисија одговарајућег вијећа, с тим што ће вијеће накнадно дати потврду.⁴⁸

Уставом из 1974. године, одредбама члана 158 прописано је да делегат у скупштини самоуправне интересне заједнице не може бити позван на кривичну одговорност, притворен ни кажњен за изнесено мишљење или давање гласа у скупштини самоуправне интересне заједнице кад она одлучује о питањима која спадају у надлежност скупштине друштвено-политичке заједнице. Одредбама овог члана признат је имунитет неодговорности за делегате самоуправне интересне заједнице и делегате друштвено-политичке заједнице.

Уставом Републике Црне Горе из 1992. године питање имунитета посланика регулисано је одредбама члана 79: „Посланик ужива имунитет. Посланик не може бити позван на одговорност за говор и глас у Скупштини. Против посланика не може се покренути кривични поступак, нити одредити притвор без претходног одобрења Скупштине. Посланик може бити притворен без одобрења Скупштине ако је затечен у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна у трајању дужем од пет година затвора. Имуитет, као и посланик, уживају: предсједник Републике, чланови Владе, судије, судије Уставног суда и државни тужилац.“

Уставом Црне Горе из 2007. године⁴⁹ одредбама члана 86 прописано је: „Посланик ужива имунитет. Посланик не може бити позван на кривичну или другу одговорност или притворен за изражено мишљење или гласање у вршењу своје посланичке функције. Против посланика не може се покренути кривични поступак, нити одредити притвор, без одобрења

⁴⁸ Исто, стр. 291.

⁴⁹ Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013.

Скупштине, осим ако је затечен у вршењу кривичног дјела за које је прописана казна у трајању дужем од пет година затвора. Имуитет, као и посланик, уживају: предсједник Црне Горе, предсједник и чланови Владе, предсједник Врховног суда, предсједник и судије Уставног суда, врховни државни тужилац.“

Пословником Скупштине Црне Горе⁵⁰ прописано је: „Захтјев за одобрење да се покрене кривични поступак или одреди притвор против посланика, предсједник Скупштине упућује Административном одбору. Одбор је дужан да свој извјештај са предлогом поднесе, по правилу, на првој наредној сједници Скупштине“ (чл. 58), а „Одредбе овог пословника о одлучивању о имунитетским правима посланика примјењују се и на одлучивање о имунитетским правима Предсједника Црне Горе, предсједника и чланова Владе, предсједника Врховног суда, предсједника и судија Уставног суда и врховног државног тужиоца“ (чл. 59).

ЗАКЉУЧАК

У теорији је прихваћен став да су парламентарни имунитети неопходно средство заштите посланика и парламента и да они не би требало да буду тумачени као привилегија која противрјечи принципу једнакости грађана,⁵¹ јер са становишта уставног права не може се изједначити правни положај грађана и посланика. Посланици су носиоци јавне функције, представници народа, односно нације, суверена,⁵² и налазе се под сваким притисцима, а имунитети им омогућавају да упркос свему слободно врше своју функцију,⁵³ чиме се парламентарцима омогућава „душевни мир“, који им је неопходан током мандата. Парламентарни имунитети нијесу усмјерени ка успостављању позитивне дискриминације народних посланика у односу на друге грађане, већ се њима штити централна институција

⁵⁰ Пословник Скупштине Црне Горе (Пречишћени текст), бр. 00-32-1/17-1/5, од 20. септембра 2017. године, *Службени лист Црне Горе*, бр. 59/17.

⁵¹ Pierre Avril, Jean Gicquel, Jean-Eric Gicquel, *Droit parlementaire*, LGDJ, Paris (Issy-les-Moulineaux), 2014, стр. 54.

⁵² Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014, стр. 211.

⁵³ Исто, стр. 211–212.

представничког система – Парламент,⁵⁴ јер треба водити рачуна да се обезбиједи равнотежа између нивоа заштите посланика и спречавања могуће злоупотребе ових института.⁵⁵

Обје врсте посланичког имунитета – неодговорности и неповредивости – у битним су елементима дефинисане уставом. Имунигети не служе или не би требало да служе да штите приватне интересе посланика, већ штите посланике од потенцијалних злоупотреба неоснованих напада и гоњења, чиме се обезбјеђује ауторитет скупштине.⁵⁶ Правна свијест и политичка култура, нарав и ментални склоп народа, транзициони процеси, демократска култура нијесу још увијек достигли ниво да би се могло ићи на укидање имунитета неповредивости, јер би то био врло ризикантан и радикалан потез. Имунигет неповредивости штитио би посланике од сваког лишења слободе до њеног укидања за вријеме засиједања Скупштине, а у периодима између засиједања за лишење слободе и гоњење посланика не би постојале законске сметње.

Потпуна заштита посланика и парламента могућа је само ако устав гарантује оба имунитета – имунитет неодговорности и имунитет неповредивости. У Црној Гори ће и даље бити потребно функционисање оба имунитета. Одредба члана 86 Устава Црне Горе, која неодговорност везује за „изражено мишљење или гласање у вршењу своје посланичке функције“, доведена је у везу с кривичним законодавством, нејасна је из више разлога, јер Кривични законик не познаје дјела која се непосредно могу остварити гласањем у парламенту.

У новим недовољно развијеним демократијама постоје захтјеви за преиспитивања обима дејства и временског дејства имунитета. Без пристанка парламента парламентарца не може бити лишен слободе нити се против њега може водити кривични поступак. Смисао је овог имунитета да се парламентарцу државе јемчи слобода од хапшења (*freedom from arrest*).⁵⁷ У државама у којима је овај имунитет шире постављен постоје велике разлике

⁵⁴ Venice Commission, *Report on the Scope and Lifting on Parliamentary Immunities*, нав. дјело, стр. 8.

⁵⁵ Исто.

⁵⁶ Јанко Таховић, „Парламентарни имунитети“, нав. дјело, стр. 157–181.

⁵⁷ Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, стр. 301.

у регулативи.⁵⁸ Венецијанска комисија констатује да нема општег односно заједничког модела (*common model*) и да „постоји велика разноврсност у погледу тога од чега су они заштићени и које врсте кривичних дјела ова заштита покрива“.⁵⁹ Када нема општег модела у упоредном праву, општа теоретска дефиниција од мале је практичне вриједности. Модерна представничка демократија у земљама с озбиљном традицијом владавине права не познаје опасност од злоупотреба извршне и судске власти усмјерене према законодавној власти. У скупштинама су угрожени посланици опозиције, али је независно судство брана од злоупотреба извршне власти и скупштинске већине, те што је судство више независно, то је мања могућност недозвољених притисака извршне власти и потреба за имунитетском заштитом посланика.

Имунитет неповредивости споран је, за разлику од имунитета неодговорности. Стога Венецијанска комисија препоручује да се он „подвргне критичкој анализи и поновном вредновању, те да таква правила могу бити још легитимна али она нијесу неопходан услов за добро функционисање модерне демократије“.⁶⁰ Неопходно је преиспитати и став према којем само оба имунитета обезбјеђују пуну слободу парламентарца у вршењу функције.⁶¹

Правно регулисање парламентарног имунитета мора установити осјетљиву равнотежу између заштите демократских изабраних представничких тијела и ефикасне борбе против свих врста криминалне дјелатности. У сваком демократском друштву које почива на принципу једнакости пред законом било би незамисливо да се они који доносе законе истих не придржавају. Међутим, било какво нормирање посланичких имунитета законом или подзаконским актима било би бесмислено, јер сваки случај одузимања посланичког имунитета сам је за себе специфичан. Потребно је да надлежно скупштинско тијело које одлучује у сваком случају, а потом Скупштина, односно Дом чији

⁵⁸ Marc Van der Hulst, *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000, стр. 78–93.

⁵⁹ Venice Commission, *Report on the Scope and Lifting of the Parliamentary Immunities*, нав. дјело, стр. 18.

⁶⁰ Исто, стр. 33.

⁶¹ Владан Петров, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2015, стр. 89.

је посланик, покрене расправу, у присуству предлагача, затим посланика о чијем се захтјеву одлучује с пуномоћником и уз обавезно присуство јавности, с директним радио-телевизијским преносом, како би јавност била у потпуности обавијештена.

ЛИТЕРАТУРА

Марковић, Ратко, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.

Пејић, Ирена, *Парламентарно право*, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш, 2011.

Петров, Владан, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2015.

Симовић, Дарко, Петров, Владан, *Уставно право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014.

Таховић, Јанко, „Парламентарни имунитети“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, бр. 2/53, 1953.

***, *Црногорски законици*, књига IV, (приредили: Бранко Павићевић и Радосав Распоповић), Историјски институт Црне Горе, Подгорица, 1998.

***, *Црногорски уставни лист*, НИО Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица, 2005.

Avril, Pierre, Gicquel, Jean, Gicquel, Jean-Eric, *Droit parlementaire*, LGDJ, Paris (Issy-les-Moulineaux), 2014.

Erskine May, Thomas, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (Cambridge Library Collection – British and Irish History, 19th Century), Cambridge University Press, 2015.

Estève, Alexandre, Le député français, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Limoges, 2018.

Gjanković, Dan, *O imunitetu narodnih zastupnika*, Narodne novine, Zagreb, 1962.

Martin, Édouard, *De l'immunité des discours, des opinions et des votes émis dans les assemblées*, Thèse, Paris, L. Boyer, 1902.

Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch*, (приредио: Reinhold Zippelius), München, 1982.

Phillips Hood, Owen, Jackson, Paul, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

Van der Hulst, Marc, *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000.

***, *Nouveau Petit Larousse*, Paris, 1968.

ИЗВОРИ ПРАВА

Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013.

Закон о уставотворној скупштини, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 63/45.

Bill of Rights, http://www.constitution.org/eng/eng_bor.htm.

Defamation Act, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996031.htm#aofs>.

French Constitution, <http://www.assemblee-nat.fr/english>.

Official Secrets Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/6/introduction>.

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

Пословник Савезног вијећа, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 85/47 и *Службени лист ФНРЈ*, бр. 52/48.

Пословник Скупштине Црне Горе (Пречишћени текст), бр. 00-32-1/17-1/5, ЕРА 229 од 20. септембра 2017. године, *Службени лист Црне Горе*, бр. 59/17.

Пословник Европског парламента, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULESEP+20170116+TOC+DOC+XML+V0//HR&language=HR>.

Protocol (No 7) on the Privileges and Immunities of the European

Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F07>.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Scope and Lifting on Parliamentary Immunities, Council of Europe, Strasbourg, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e).

Venice Commission, *Report on the Regime of Parliamentary Immunity*, CDL/INF(1996)007e.

Réglement de L'Assemblée Nationale, 10 édition (1994), Paris (R.A.N.).

Réglement du Sénat, 10 édition (1994), Paris (R.S.).

http://www.bundestag.de/interakt/infomat/fremdsprachiges_material/downloads/goEN_download.pdf.

Hana Šarkinović-Köse MA

ON CONSTITUTIONAL PARLIAMENTARY IMMUNITIES

- Resume -

Parliamentary immunity developed in Great Britain during fight between the Parliament and the King, because the King was arresting parliamentarians who spoke against his actions in the Parliament, whereby they could not act freely. At the same time, the Parliament was unable to oppose decisions of the executive power. Parliament finally won the battle in XVII century in England, whereas in Europe it happened as of the Great Revolution of 1879 and it was since then granted that parliamentarians cannot criminally be held responsible for the expressed opinion, attitude and vote casted in the parliament (immunity of non-accountability). In case they committed any criminal act outside of parliament, they could not be arrested, nor could a criminal procedure be initiated against them without the consent of parliament, and the German model is similar to these solutions. The Venice Commission, as well as the European Parliament find the immunity of inviolability problematic. Parliamentary immunity was established in Montenegro by the Constitution of 2007. Legal regulating of parliamentary immunity must establish the sensitive balance between protection of democratically elected representative bodies and the efficient fight against all kinds of criminal activity. On the other hand, any kind of attempted normative activity of parliamentary immunity by law or bylaws is meaningless, being that every case of revokation of the same is specific to itself.

Key words: parliamentary immunities, parliamentarian, parliament, constitution, Constitution of the Principality of Montenegro, Constitutions of Montenegro.

* Овај рад је примљен 13. марта 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

ПРИКАЗИ

Мирослав ЂОРЂЕВИЋ*
Институт за упоредно право,
Београд

УДК 341.176(4-672EU)(049.3)
DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021.5>

ПРИКАЗ ЗБОРНИКА: „VENICE COMMISSION – THIRTY YEARS OF QUEST FOR DEMOCRACY THROUGH LAW 1990 – 2020“, (ур. Simona Grenata-Menghini i Ziya Caga Tanyar), Lund 2020.

Европска комисија за демократију путем права, познатија као „Венецијанска комисија“ (по граду у коме је основана и у коме се и данас одржавају пленарне седнице) обележила је прошле године значајан јубилеј – тридесет година од свог настанка. По завршетку Хладног рата, ово тело је основано од стране Комитета министара као саветодавни орган Савета Европе, са првенственим циљем да земљама некадашњег Источног блока олакша транзицију пружањем стручне и техничке помоћи у сфери структурних, институционалних реформи и тежње ка имплементацији демократских стандарда. Венецијанска комисија је у међувремену превазишла свој првобитни задатак и данас представља једно изузетно угледно тело, сачињено од врских стручњака – представника земаља чланица, које негује европске вредности и достигнућа у домену уставног права, те пружа савете, мишљења и препоруке о начелним, као и конкретним уставноправним и законским питањима у некој земљи. По броју својих чланица она је превазишла Савет Европе и данас обухвата 62 чланице широм света, као и неколико земаља са посебним статусом или статусом придруженог члана.

Три деценије свог постојања Венецијанска комисија је обележила пригодним зборником под називом „*Venice*

* Електронска адреса аутора: miroslav.djordjevic@yahoo.com.

Commission – Thirty Years of Quest for Democracy through Law 1990 – 2020 („Венецијанска комисија – тридесет година тежње ка демократији путем права 1990 – 2020“), који читаоцу пружа могућност да се упозна са широким дијапазоном тема у вези са тродеценијским радом ове организације. Зборник садржи педесет и пет радова (од тога четрдесет и шест прилога на енглеском и девет на француском језику), написаних од стране шездесет и једног аутора, садашњих и бивших чланова и заменика чланова Венецијанске комисије.¹ На крају књиге је у виду прилога дато и неколико најважнијих докумената везаних за рад Венецијанске комисије – декларација Комисије, статут итд.

Теме радова у зборнику су по својој природи веома разноврсне и могу се сврстати у три основне групе. Пре свега, ту су радови који се тичу начелних уставноправних питања (попут, примера ради, разматрања спорних питања питања у вези са референдумом или ванредним стањем, транспарентности финансирања политичких партија, уставноправних проблема у вези са заштитом једнакости полова, уставности и демократије итд.), затим они који анализирају неко уставно питање у појединој земљи или пак однос Венецијанске комисије са том конкретном земљом и коначно, радови нешто другачијег карактера, који представљају лична запажања и искуства дугогодишњих чланова Венецијанске комисије током рада у овом саветодавном телу. Предговор овом издања је написао председник Венецијанске комисије Gianni Buquicchio, док су његови приређивачи Simona Grenata-Menghini i Ziya Caga Tanyar.

Један од истакнутих прилога у овом зборнику, а уједно и чланак који ће услед своје теме привући највећу пажњу наше читалачке публике, јесте свакако заједнички рад проф.

¹ Аутори чланака у овом зборнику су (по редоследу објављивања): Aurela Anastas, Alexander Beramidze, Jana Baricova, Richard Barrett, Sergio Bartole, Claire Bazy-Malaurie, Paloma Beligno Campos, Veronika Bilkova, Gianni Buquicchio, Peter Bussjaeger, Josep M. Castella-Andreu, Chemavon Chazbazian, Gael Martin-Micallef, Richard Clayton, Carlos Closa, Joao Correia, Schnutz Rudolf Duerr, Pierre Garrone, Manuel Gonzales Oropeza, Christoph Grabenwerter, Simona Granata-Menghini, Martin Kuijjer, Khanlar Hajiyev, James Hamilton, Gagik Harutyunyan, Johan Hirschfeldt, Serhiy Holovaty, Ilwon Kang, Тања Карамишева-Јовановска, Гордана Сиљановска Давкова, Taliya Khabrieva, Vladimir Lafitsky, Abdelaziz Lamghari, Suk-Tae Lee, Thomas Markert, Bertrand Mathieu, Ugo Mifsud Bonnici, Myron Michael Nicolatos, Matti Niemivuo, Angelika Nussberger, Janine Madeline Otolora Malassis, Ergun Ozbudun, Peter Paczolay, Maria Fernanda Palma, Владан Петров, Мaja Прелић, Jorg Polakiewicz, Qerim Qerimi, Igor Rogov, Matthew Russell, Angel J. Sanchez Navarro, Daniel Simancas Sanchez, Jean-Claude Scholsem, Marina Stavniyuchuk, Hanna Suchocka, Herdis Kjerulf Thorgeirsdottir, Oscar Urviola Hani, Pieter van Dijk, Ben Vermeulen, Andras Zs. Varga и Jose Luis Vargas Valdez.

др Владана Петрова, члана Венецијанске комисије испред Републике Србије и Маје Прелић, његовог заменика², на тему: „*Contribution of the Venice Commission to the Constitutional Reform in Serbia with Special Reference to the Judiciary*“ („Допринос Венецијанске комисије уставној реформи у Србији, са посебним нагласком на правосуђе“). У овом раду аутори дају прво један сумаран историјски преглед међусобних односа Републике Србије и Венецијанске комисије, указујући да је сарадња започета 2001. године, недуго после пада режима Слободана Милошевића и започињања процеса транзиције. Објашњене су околности припреме Устава из 2006. године, као и ставови Венецијанске комисије по више важних питања, превасходно у сфери правосуђа, како и тема овог рада налаже. Политичке несугласице, као и распад Државне заједнице Србија и Црна Гора, довеле су до потребе за убрзавањем рада на припреми новог Устава Србије, што је пак довело до имплементације само дела препорука Венецијанске комисије на нацрт овог Устава. Одређене празнине и поједина решења која нису у складу са европским демократским принципима у сфери уставне регулативе правосуђа ипак су се нашли у тексту Устава и на снази су до дан данас, блокирајући делом тако пре свега тежњу ка остваривању идеала независног судства, али и напредак Републике Србије у европским интеграцијама. У раду се затим објашњава шта је на овом пољу урађено после ступања на снагу Устава из 2006. године, тј. како су припремани уставни амандмани у домену правосуђа (у неколико верзија), те како су последњи амандмани из 2018. године добили сагласност Венецијанске комисије, која је констатовала да су њене препоруке на раније верзије уставним амандмана адекватно имплементирани у последњој верзији текста. Аутори текста закључују да ће будућност реформе дела Устава који се тиче правосуђа зависити од успеха у „тражењу баланса између апстрактно схваћених европских вредности и њихове нормативне разраде која ће одговарати специфичним социјално-политичким условима у земљи“. Јасно је пак да у конкретизацији европских стандарда мишљења Венецијанске комисије могу бити од велике помоћи. Иако заиста није реч, како аутори истичу, о формалном извору

² У време писања рада о коме је овде реч проф. др Владан Петров је био заменик српског члана Венецијанске комисије, а Маја Прелић заменица директора Правосудне академије.

права, приликом сачињавања текста уставних амандмана (који је у време писања ових редова управо у току), треба имати и на уму да на уважавање мишљења Венецијанске комисије као својеврсног *soft law* извора права обавезује и сам Устав Републике Србије, који предвиђа већ у свој првом члану да је „Република Србија држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права (...) и припадности европским принципима и вредностима“.

Поред представљеног рада који је нашим читаоцима пре свога због тематике вероватно најзанимљивији и најрелевантнији, зборник „Венецијанска комисија – тридесет година тежње ка демократији путем права 1990 – 2020“ нуди и прегршт других интересантних прилога које је тешко све чак и поменути због великог обима ове публикације са једне стране, а ограниченог простора за њен приказ са друге. Ипак, треба издвојити и неколико других радова чији је значај како теоријски, тако и посредно применљив на наше прилике.

Истиче се тако, на пример, рад Веронике Билкове на тему „Венецијанска комисија и ванредно стање“ у коме она истражује само на први поглед оскудна мишљења овог тела када је реч о питањима увођења ванредног стања и одступања од зајемчених људских права током његовог трајања. Ауторка ипак закључује да је, иако ова материја не спада у првенствени оквир интересовања Венецијанске комисије, током година из богате праксе изашло довољно мишљења и ставова како би се могло говорити о одређеним стандардима у овом домену. Конкретна мишљења и извештаји на ову тему су подробно анализирани и консеквентно извучени главни закључци о овој теми која је услед пандемије вируса Sars-CoV-2 веома актуелна како у нашој земљи, тако и широм света.

Надлежност и начин рада Венецијанске комисије детаљно су и прегледно приказани у раду „Уставна правда – кључна мисија Венецијанске комисије“ Шнуца Рудолфа Дири (Schnutz Rudolf Dürr). Андраш Варга (András Zs. Varga) у свом прилогу разматра питања уставних идентитета („Владавина права и уставни идентитети – подударне или комплементарне европске вредности“), указује на њихов деветнаестовековни настанак и потоњи утицај интернационализације, противречности до

којих је пред уставним судовима долазило по овим питањима, те указује да „не постоји заједнички европски идентитет без националних уставних идентитета“. У раду „Свет глобализоване уставности и Венецијанска комисија – изазови и перспективе“ аутора Тање Карамисеве-Јовановске и Гордане Сиљановске-Давкове истиче се да су кључне идеје либерално-демократске уставности: идеја ограничавања власти институционализацијом политичке моћи, контрола над радом институција, одређивање механизма одговорности за доносиоце одлука, визија политичке будућности утемељена на друштвеним вредностима, идеја систематизације и хармонизације права и идеја препознавања и конкретне (ефикасне) заштите права и слобода појединца. Даље се констатује, између осталог, како мишљења Венецијанске комисије, иако спадају у домен *soft law*, представљају јасан стимуланс за усклађивање права, те и спонтане глобализације уставног права, ради постизања веће ефикасности, али се такође истиче да и због саме природе аката Венецијанске комисије тај процес не треба ни потцењивати, али и не прецењивати. Када се говори о глобализацији уставног права уопште, приметно је да се он некада (не сасвим тачно) поистовећује са појмом интернационализације уставног права. Реч је међутим о „два паралелна процеса (глобализације и интернационализације уставног права – прим. М.Ђ.) која се не искључују, али се јасно разликују, премда је њихов разбој међусобно условљен (...) те за разлику од процеса глобализације уставног права који се одвија спонтано и који бар начелно не нарушава интегритет националних устава, интернационализација уставног права подразумева да нормe међународног, наднационалног права допуњују или чак замењују нормe националних устава.“³ Као што је рад наших аутора својом темом усмерен на Србију, у Зборнику постоји и читав низ других прилога чији је фокус однос и искуство Венецијанске комисије са неком конкретном државом (начелно или по конкретном питању): Уједињеним краљевством, Грузијом, Лихтенштаном, Мексиком, Шведском, Украјином, Корејом, Турском, земљама Латинске Америке итд.

На крају, али никако не и неважно, треба истаћи да је зборник „Венецијанска комисија – тридесет година тежње ка

³ Дарко Симовић, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, Зборник Правног факултета у Нишу, Ниш (81)2018, 17.

демократији путем права 1990 – 2020“ поред свог импозантног обима и високог квалитета прилога и технички импресивно опремљен – у виду луксузног издања у тврдом повезу. Може се закључити да је овим зборником Венецијанска комисија на адекватан начин обележила свој значајан јубилеј остављајући научној и стручној јавности вредан извор како за сазнавање чињеница о раду саме Комисије, тако читав низ прилога којима се расветљује мноштво разноврсних и важних уставноправних питања.

* Овај рад је примљен 15. јуна 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

ПРИЛОЗИ

Владан ПЕТРОВ*

УДК 342.4(497.1)“1921“

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021.6>

Прилози

ПРОТИВРЕЧЈА ВИДОВДАНСКОГ УСТАВА

Поред ниске бисерних уставних текстова Кнежевине и Краљевине Србије, оних довољно аутентичних да се могу сматрати „каменима-међашима“ националне уставности (Сретењски устав из 1835, Намеснички устав из 1869, Радикалски устав из 1888. и тај исти, незнатно кориговани, Устав из 1903), стоји један који формално није био Устав Србије, али за који се везују сва противречја својствена не само старим, него и модерним српским уставима. То је Устав Краљевине СХС од 28. јуна 1921. или, кратко, Видовдански устав. Премда његов назив носи собом величину српске историје и дубину српске духовности, у државно-правном смислу, то је био *први југословенски устав*.

Краљевина СХС наследила је све међународне уговоре које је пре Првог светског рата закључила Краљевина Србија. Са становишта међународног права, она је била стара држава. *Устав је био, процедурално, а добрим делом и садржински, нов*. Краљевина СХС је, тако посматрано, била нова држава. То противречје ове државе утицало је на суштинска обележја Устава. Државна творевина, настала 1. децембра 1918. године фактичким путем, није почивала на друштвено-политичком консензусу и искреној вољи за политичким заједништвом три идентитетски различита народа – Срба, Хрвата и Словенаца. Ниједан устав на свету не би с успехом могао да правно уобличи такву творевину и удахне јој дуг живот. Према томе, Видовдански устав *није ни могао да изврши конститутивну функцију*, односно да успостави функционалну државу и државну организацију. Каква ће му судбина бити могло се наслутити на основу тога што

* Правни факултет Универзитета у Београду, електронска адреса аутора: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

је на престолонаследника покушан атентат одмах по ступању Устава на снагу. *Политика* од 30. јуна 1921. године у наслову преноси: „Устав је ступио на снагу“, да би одмах испод масним и мањим словима писало: „Кад се враћао из Конституанте, са заклетве на Устав, на Престолонаследника је извршен атентат који није успео“.

Видовдански устав је патио од *три хроничне бољке – недостатка процедуралног легитимитета, садржинске некохерентности и неприлагођености конкретним друштвеним приликама*. Формално, овај устав припада групи устава-пактова, јер га је изгласала Уставотворна скупштина, тело изабрано само с тим задатком, а потврдио престолонаследник-регент Александар Карађорђевић. Чак и са тог, чисто формалног, гледишта Видовдански устав је припадао прошлости. У ствари, највећи процедурални недостатак, који је довео у питање легитимацијску функцију овог устава, огледао се у томе што је Устав усвојен *минималном апсолутном већином* гласова српских политичких странака и муслиманских посланика из Македоније и Босне и Херцеговине, док су се словеначки и хрватски посланици уздржали од гласања (*Политика* од 29. јуна у наслову преноси: „Устав је примљен“, а потом у поднаслову: „Са 223 гласа против 35 јуче је изгласан нови Устав. – у 12 сати и 38 минута први топовски пуцањ огласио је тај значајан догађај“). Видовдански устав није донео формално-правно суверени уставотворац. Уставотворна скупштина је то била само по називу, али је њено поље деловања омеђено унапред донетом политичком одлуком о наследној монархији као облику владавине на челу са династијом Карађорђевић. Ту је скупштину престолонаследник-регент могао, према пословнику који је у форми уредбе донела Влада, распустити у сваком тренутку.

Краљевина СХС је била унитарна (проста) држава, иако је национална хетерогеност можда захтевала федерално уређење. Ако се унитаризам још и могао бранити уставноправним разлозима (Слободан Јовановић), *изразити централизам* свакако није. Устав је одредио да постоји један „троплемени“ народ с три различита имена и један службени језик (српско-хрватско-словеначки). *Систем власти је био декларативно заснован на подели власти*, али је краљ имао знатна овлашћења не само у области извршне, већ и законодавне власти. Видовдански устав

се вратио на прву еволутивну фазу парламентарног система – дуалистички (монархијски) парламентаризам. Одлика овог облика парламентаризма је влада која номинално одговара и краљу и Народној скупштини, а фактички само краљу. У праскозорје уставности рационализованог парламентаризма, који уставним механизмима јача владу и чини је централном уставном институцијом, Видовдански устав је Владу изнова потчинио краљу. Територијална организација државе била је у потпуности подређена централистичким тежњама и политици уставног наметања националног јединства. Уставна средства сва скројена да обезбеде максималну централизацију државе нису ни у ком случају могла служити интегративној функцији Устава.

Имао је Видовдански устав и својих светлих тачака. Из угла наше актуелне уставне ситуације, занимљиво је да је Устав садржао формално јаке гаранције судијске независности. Иако је судије именовао краљ, оне су биле на функцији док наврше године за пензију. „Пре тога судија се може оставити у пензију само по писменој молби или кад телесно или душевно тако ослаби да не може вршити своју дужност“, о чему је одлуку доносио Касациони суд. У том смислу, Видовдански устав је квалитетнији од важећег устава Србије, који је препустио законодавцу да уреди основе за престанак судијске функције.

Видовдански устав из 1921. и Устав Србије из 2006. имају и један заједнички именитељ. Оба садрже (пре)богат каталог људских, а поготово социјалних и економских права. За оно време, то је била уставна „авангарда“ својствена неколицини устава, попут Вајмарског устава Немачке из 1919. и Устава Мексика из 1917. Ипак, економска, а нарочито социјална права не примењују се непосредно на основу устава. Она, по природи ствари, траже законску разраду. Отуда су готово сва таква уставом прокламована права законима и одузета.

Видовдански устав је био истовремено и анахрон и модеран. То његово противречје није се могло довести у склад. Спадао је у категорију номиналних устава, оних који се не заснивају на друштвеној стварности нити су написани да би обезбедили складан друштвени развој. Такав устав био је осуђен да живи кратко, да се углавном не примењује и да буде замењен

предуставним стањем – личном владавином без парламента и политичких партија (диктатура од 6. јануара 1929). Остаће записан у нашој историји као „последњи класик“, односно устав који је макар номинално почивао на подели власти и гаранцијама људских права. Његов следбеник, Септембарски устав из 1931. то већ није био, а то свакако нису били ни устави Србије и Југославије из доба тзв. социјалистичке уставности. Било је потребно да протекне више од шест деценија да би се Србија Уставом из 1990. вратила на стазе либерално-демократске уставности.

Наша уставна историја је богата. Било је лепих уставних текстова, али тешких уставних промашаја. Уставна противречја су ретко била последица немушти уставотворца, а често непостојања широког друштвеног сагласја о темељним уставним вредностима и циљевима. Кад тог сагласја нема, ни највештија правничка рука не може да срочи уставну норму која ће имати вредност у правном и политичком животу.

Данас је *Видовдан*. То је дан који слави победу духа над материјом, мудрости над лукавством, оданости над издајом, борбе над предајом, неба над земљом и смешта *патриотизам* на врх лествице највиших, универзалних вредности. Сутра, дан после Видовдана 2021. године, Народна скупштина ће наставити рад на променама Устава Србије из 2006. у делу о правосуђу. Пожелимо да дух Видовдана бди над народним посланицима и грађанима Србије на овом задатку од највећег државно-правног и друштвеног значаја.

* Овај рад је примљен 26. јуна 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

IN MEMORIAM

*Владан ПЕТРОВ**

УДК 34:929 Marković R.

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021.7>

IN MEMORIAM

Ратко Марковић (1944-2021)

Двадесет петог априла отишао је с овог света Ратко Марковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду у пензији. Професор Марковић био је класични уставни правник са душом романтика. Био је оличење интелектуалне дубине, научне озбиљности и академског достојанства. Изнад свега, био је човек високих моралних карактеристика и велике људске ширине. Духовну снагу пратила је и неуобичајена физичка снага. Изгледао је моћно не само док је био на високој политичкој функцији него и после, када је неизлечива болест почела да разара његов организам.

Шира јавност познаје Ратка Марковића као потпредседника Владе из 90-их година прошлог века, главног писца неколико наших устава, поготово једног од најбољих српских уставних текстова, оног из 1990. године, али и као шефа државне делегације на тзв. преговорима са косовским Албанцима у Рамбујеу 1999. године. Ипак, време и проучавање његових научних и публицистичких радова показале да је највише дао као професор уставног права. Није претерано рећи да је уставно право била његова највећа љубав, премда је имао и друге љубави - волео је људе, стару народну песму, кафану, добру књигу, Италију и италијански језик, анегдоту из народа, до краја задржавши интелектуално усхићење и радозналост.

Као предавач, професор Марковић је био јасан, прецизан и гласан. Није импровизовао и за свако предавање се посебно припремао, закључавајући се пре часа у кабинету. Као писац, био је последњи велики представник београдског стила, који

* Правни факултет Универзитета у Београду, електронска адреса аутора: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

је у нашој уставноправној науци највише развио Слободан Јовановић. Његово писање било је спој економије речи и лепоте израза, мисао јасна и правнички убедљиво аргументована. Он је био врхунски познавалац традиционалног уставног права, оног што почива на концепту суверености државе, суверености народа и начелу поделе власти. Поред наставе, поштовао је, као ретко који професор, институцију испита, а нарочито студента-кандидата. Привидну строгост, којом се штитио, и тескобну атмосферу масовних испита знао је да прекине лепом анегдотом или доскочицом. Прича каже да је професора једном, у време када су мобилни телефони били реткост, хитно тражио председник Милошевић, али он није прекинуо испит, већ је поручио председнику, преко секретара Правног факултета, да ће му се јавити кад се испит заврши. Дакле, председник Републике може да чека, студенти не могу. Многи правници који су били или су данас на битним функцијама и положајима у држави сећају се професора Марковића као једног од највећих.

У науци, Ратко Марковић је оставио свој оригинални печат. По многим, он је наш највећи уставни правник на прелому два века. То тврде и они који нису делили његова политичка уверења и ставове. Како неко једном рече, да професор Марковић ништа није написао осим уџбеника „Уставно право“ учинио би довољно. Уџбеник „Уставно право“ Ратка Марковића без сумње је класик наше уставноправне књижевности. Као што није марио за компјутере, до краја остајући веран дрвеној оловци, гумици и писаћој машини, тако се није одушевљавао ни новим концептима у уставном праву за које је тврдио да имају судбину „барског цвета“. Да зреле и најбоље године није провео у политици, доследно остајући веран својим политичко-идеолошким уверењима и када је из ње изишао, сигурно је да би наша уставноправна наука била богатија за још неколико ванредних монографија.

Једна од његових главних порука била је да Правни факултет у Београду представља институцију изнад сваког појединца, а да сваки наставник, на којој год позицији или функцији да се тренутно налази, Факултету дугује много. Стога, професор права има обавезу да увек и свугде штити Факултет као сопствену кућу. Био је дубоко свестан привремености и привидности „моћи“ која се заснива на јавној функцији. Зато

је професор Марковић могао да се, спокојан и миран, врати у полутаму свог факултетског кабинета када је својом вољом изишао из активне политике и да га напусти када је осетио да је прави тренутак за повлачење и уступање предмета млађим наставницима. На Факултет се враћао ретко, по правилу, када је био потребан млађима или када је неко други изричито тражио његову помоћ. Даровао је младе људе које је довео на Факултет тако да му они то никада нису нити ће моћи да врате.

Бити наследник Ратка Марковића на предмету Уставно право, на Катедри за јавно право Правног факултета у Београду, није својство које се стиче по аутоматизму – избором за редовног професора или испуњењем неких других формалних услова. Да би се стекло то достојанство неопходно је носити тежак „крст“ на својим плећима – предано извршавати наставничке обавезе, непосредно и отворено односити се према колегама и запосленима на Факултету, бити одан институцији Факултета и спреман одазвати се кад држава позове, не ради личне промоције и материјалног интереса него из дубоког уверења да је то најбоље за државу и њене грађане. Носећи тај „крст“ професор Марковић је доживео и неправде у својој кући – на Факултету, а још више изван њега. Морало је тако, јер је то судбина „великих глава“, како учене људе народног сентимента називају професорови сељаци у крају од Пожаревца ка Смедереву, у једном правцу, и ка Великој Плани, у другом, и другде, широм наше лепе Србије, коју је професор много волео. Професор Ратко је био „велика глава“. И још нешто... Био је мој професор. Одморите професоре. Почивајте у заслуженом миру. Нек Вам је вечна слава и покој души.

У Београду, маја 2021. године

Владан Петров,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду и судија Уставног суда

* Овај рад је примљен 27. маја 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

IN MEMORIAM

Стефан Андоновић (1991-2021)

Неки текстови се пишу теже од других, а пред нама је најтежи задатак: да са научном јавношћу поделимо једну потпуно несхватљиву вест, да нашу тугу и љубав према Стефану преточимо у неколико пригодних редова, да се опростимо још једном од нашег вољеног колеге и пријатеља. И најбоље одмерене речи су плитке и сасвим немоћне да опишу трагедију која се догодила 14. маја 2021. године, оставивши у црно завијене Стефанову мајку, оца, сестру, девојку, родбину, многобројне пријатеље и колеге...

Др Стефан Андоновић, научник, један од најмлађих доктора правних наука, репрезентативац Србије и државни првак у пливању, лиценцирани судија Пливачког савеза Србије, најперспективнији и најбољи међу нама преминуо је готово изненада од урођене здравствене слабости за коју није ни знао, само дан након свог тридесетог рођендана. Увек насмејан и ведар, дисциплинован, снажан и интелигентан, а истовремено и искрено скроман, Стефан је био наш пријатељ.

О академској каријери др Стефана Андоновића могли бисмо да испишемо десетине страница, али би се у низу одредница његовог научног рада можда изгубило оно суштинско – да је реч о вансеријском човеку. Довољно је рећи да није био некакав „млади потенцијал“, него млад, али већ увелико остварен научник, примерно богатог научног опуса. Завршио је са највишим оценама Правни факултет Универзитета у Београду, на коме је такође са највишом оценом завршио и мастер судије, а затим и докторске студије (2019) одбравивши са одликом своју дисертацију: „*Заштита података у електронској јавној управи у Републици Србији: правни аспекти*“. Каријеру је започео у

* Институт за упоредно право, miroslav.djordjevic@yahoo.com.

** Институт за упоредно право, m.stanic@iup.rs.

адвокатури, да би се потом посветио научном раду у Институту за упоредно право, прво као истраживач сарадник, а потом и као научни сарадник (2018 – 2020). На Правном факултету Универзитета у Крагујевцу се запослио 2020. године у звању асистента са докторатом. Објавио је монографију *Основи права заштите података о личности* (са др Драганом Прљом), као и више десетина чланака и научних елабората. Области ужег научног интересовања биле су му правна питања дигитализације, право заштите података, управно право и спортско право. Започео је и читав низ квалитетних и перспективних пројеката, које није стигао да заврши.

Иако је свака смрт тужна, Стефанова остаје потпуно несхватљива – једна цинична, ужасна грешка која просто није смела да се догоди, један ружан сан из кога никако да се пробудимо. Били смо „трио“ у Институту за упоредно право. Остали смо то и када је Стефан своју каријеру наставио на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу. Планирали смо конференције, истраживања, разне заједничке подухвате, радости, дружење... Планирали смо живот заједно, а сада му пишемо некролог. Ништа никада неће утешити или умањити бол. Слава ти пријатељу, никада те нећемо заборавити!³

* Овај рад је примљен 20. јуна 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Алекса ШКУНДРИЋ^{1*}
Студент мастер студија
Правног факултета
Универзитета у Београду

УДК 341:340.5

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22021.9>

ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

- Сажетак -

У раду је учињен још један у иторијском низу покушаја да се одреди однос међународног и унутрашњег права. У његовом првом делу, изложене су базичне карактеристике оба у теорији доминантна приступа овој тематици (дуалистичког и монистичког). Затим, аутор износи своју тезу да, имајући у виду тренутну ситуацију у међународној заједници, дуалистичка теорија на најреалнији начин осликава овај однос. Притом, своју тврдњу не поткрепљује неким од традиционалних аргумената дуалиста (као што су, на пример, различити субјекти међународног и унутрашњег права, различито поље регулација и тако даље). Главни ауторов аргумент за такву тврдњу јесте чињеница да свака држава, као суверена јединка међународног права, и даље правним актима свог унутрашњег права (уставом, законом) одређује однос свог унутрашњег права са међународним правом. Њено унутрашње право може бити и у супротности са међународним правом, али у том случају унутрашње право остаје на снази, док држава носи међународноправну одговорност.

Кључне речи: међународно право, унутрашње право, монизам, дуализам, реалност односа међународног и унутрашњег права.

¹ * Електронска адреса аутора: skundricaleksa5@gmail.com.

1. УВОД

Питање односа међународног и унутрашњег права јесте једно од оних питања којима се теоретичари права изнова и изнова враћају.¹ Од времена еманципације науке међународног јавног права као самосталне теоријске дисциплине, а поготово од краја деветнаестог века, интересовање за њу не јењава. Главни разлог за толико интересовање не лежи у самом теоријском проблему тог односа или његовој сложености, нити је диктирано његовим практичним значајем (чије постојање никако не споримо). Он лежи у тензији између два фундаментална принципа, две фундаменталне идеје на којима почивају међународни односи савременог света: идеје суверености држава и идеје космополитизма тј. идеје међународне заједнице. Тако, уколико узмемо као главни руководни принцип начело суверености држава, онда је логична последица примат унутрашњег права и обрнуто, ако се претежно приклонимо идеји космополитизма, примат ћемо дати међународном у односу на унутрашње право.²

Међутим, као што смо већ рекли, и поред велике заинтересованости за њу током историје, ова тема је и даље актуелна.³ Стога смо се и ми одлучили да дамо скромни допринос њеном расправљању. Притом, наш је приступ реалистички, односно бавићемо се првенствено односом међународног и унутрашњег⁴ права онаквим какав он заправо јесте, а не онаквим

¹ Ова тема је неизоставан део готово свих уџбеника Међународног јавног права, домаћих и страних: Milan Bartoš, *Međunarodno javno pravo, 1 knjiga, Opšti deo, Izvori, Subjeksi*, Kultura, Beograd, 1954, стр. 37-45; Смиља Аврамов, *Међународно јавно право*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2011, стр. 72-79; Родољуб Етински *et al.*, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2017, стр. 129-141; Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 71-83; Charles Rousseau, *Droit International Public*, Dalloz, Paris, 1976, стр. 2-16; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, стр. 120-174; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, стр. 213-237.

² Према Касезеу, теорија монизма са приматом унутрашњег права почива на екстремном национализму (етатизму, прим. аут.) и ауторитаризму (Великих сила), теорија монизма са приматом међународног права почива на два главна идеолошка принципа: интернационализму и пацифизму, док дуализам почива на умереном национализму (етатизму, прим. аут.). Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214-216.

³ Она ће суштински бити актуелна све док постоји међународна заједница као таква (као скуп држава), односно све док се (или боље речено ако се) не створи некаква светска држава (*civitas maxima*).

⁴ Напомињемо да ћемо термин „унутрашње право“ користити као генусни за сва унутрашња права свих држава Света (у случајевима у којима ћемо у виду имати конкретно, национално унутрашње право то ће бити посебно назначено).

какав би он требало да буде, будући да такав приступ увек у себи садржи одређену дозу спекулативности (не спорећи уз то одређене предности и таквог приступа).

Најпре ћемо укратко изложити две основне теорије које се односе на овај однос: дуализам и монизам (укључујући и две главне варијанте монизма, ону која примат даје унутрашњем и ону која примат даје међународном праву). Затим, покушаћемо да одбранимо становиште да се суштински, однос међународног и унутрашњег права у савременом свету најбоље уклапа у оквиру дуалистичке теорије, те да у принципу ипак постоје два паралелна правна поретка, унутрашњи и међународни, који међусобно нису у правном, хијерархијском односу, већ само могу упућивати један на други.

2. ОСНОВНЕ ТЕОРИЈЕ О ОДНОСУ МЕЂУНАРОДНОГ И У УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Као што је већ речено, у доктрини су се искристалисала два основна приступа проблему односа међународног и унутрашњег права: монистички и дуалистички.⁵ У принципу, главна дилема

⁵ Поред њих, постоје и другачији, мање заступљени приступи овом проблему. Тако, један од занимљивијих јесте тзв. плуралистички приступ, чија је интенција налажење средњег пута између монизма и дуализма, али се он ипак, у крајњој линији, више приближава дуализму. Вид. Boris Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, br. 2/2013, стр. 72-74. Такође, у литератури сусрећемо и тзв. компромисне теорије (теорије о координацији), али које се такође суштински поклапају са дуалистичком теоријом: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 74-75. На крају ту је и такозвана реалистичка концепција (напомињемо да наш методолошки реализам, изложен у Уводу овог рада, не треба изједначавати са овом реалистичком концепцијом), која такође тежи да се превазиђу екстремни дуалистичке и монистичке теорије: Jordan J. Paust, „Basic forms of International Law and Monist, Dualist and Realist Perspectives“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 248-261.

⁶а друге стране, Шо читаву дуалистичко-монистичку контроверзу види примарно кроз увек присутну поделу у јуриспруденцији на позитивизам и јуснатурализам. Malcolm N. Shaw, *International Law*, нав. дело, стр. 121-124).

⁷у литератури наилазимо и на став да се коезистенција различитих правних поредака и њихов међусобни однос не може сагледавати искључиво са правне тачке гледишта, већ да напослетку тај однос одређују политички фактори. Aleksandar Gajić, „The relationship between International Law, EU Law and National Law in the context of Accession to the EU“, у зборнику: *Law and Transition* (ed: Bojan Milisavljević, Tatjana Jevremović Petrović, Miloš Živković), University of Belgrade – Faculty of Law in cooperation with German foundation for International legal cooperation (IRZ), Belgrade, 2017, стр. 111.

⁸а крају, постоји и општи критички став према монистичко-дуалистичкој контраверзи. Тако, каже се да су и монизам и дуализам „интелектуални зомбији“, а да би опште разумевање односа

пред којом су правни писци стајали (и још увек стоје) у вези са овим питањем јесте да ли су међународно и унутрашње право у некаквој правној вези и ако јесу, који од ових поредака има јачу правну снагу.⁶ Или су у питању два правна поретка, независни један од другог, различити, одвојени и непрожети један другим (дуализам) или пак они произлазе један из другог, те се у том случају подразумева јединствена концепција права (монизам).⁷

2.1. Дуализам

Дуалистичко схватање полази од строгог разликовања унутрашњег и међународног правног поретка.⁸ Наиме, наглашава се да између њих постоје суштинске разлике услед којих она никада не могу доћи у колизију, те се ни не поставља питање које је право јаче – међународно или унутрашње. Најчешће се помињу различити извори (основ) ова два правна поретка, њихови различити субјекти, различит предмет регулисања, као

између међународног и унутрашњег права требало поставити на потпуно нове концепцијске основе. Armin von Bogdandy, „Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, Volume 6, Issue 3-4, 2008, стр. 400.

⁶ Boris Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, нав. дело, стр. 62. Данас та дилема делује још сложеније, будући да се поред њених „традиционалних“ чинилаца, међународног и унутрашњег права, јављају и нови, попут права регионалних међународних организација, нпр. Европске Уније, те да и такви правни пореци улазе у анализу међусобног односа међународног и унутрашњег права. Вид. Aleksandar Gajić, „The relationship between International Law, EU Law and National Law in the context of Accession to the EU“, нав. дело, стр. 107-118.

⁷ Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, бр. 4-6/1997, стр. 354.

⁸ Творац дуалистичке теорије био је немачки правник Ханс Трипел (Hans Triepel, 1868-1946), који ју је изложио у свом делу „Међународно и унутрашње право“ објављеном у Лајпцигу 1899. године (*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899). По њему, главни смисао одвајања унутрашњег и међународног права јесте у њиховим изворима: извор унутрашњег права је воља државе, а извор међународног права је воља више држава, заједничка воља. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 72. Такво његово опредељење сликовито дочаравач реченица у којој је Трипел однос међународног и унутрашњег права упоредио са односом фелдмаршала и генерала у војној хијерархији: „Међународно право је попут фелдмаршала који једино може давати наређења генералима. Само кроз генерале његова наређења могу доћи до трупа. Уколико их његови генерали не пренесу трупама, фелдмаршал ће изгубити битку“, цитирано према: Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 9. Ваља поменути још једног представника дуалистичке концепције, италијанског правника Анцилотија (Dionisio Anzilotti, 1867-1950), чије је дело оставило толико дубок траг у италијанској правној мисли да се и данас, у мору држава за које се у теорији каже да су се приклониле монизму (са чиме се ми фундаментално не слажемо), Италија и њен Устав из 1974. године сврставају међу ретке представнике дуализма. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 78.

и различит садржај самих правних правила.⁹ Управо због тих разлика, унутрашњи и међународни правни пореци не налазе се у односу међусобне надређености и подређености, те је могуће само узајамно упућивање једног права на друго.¹⁰ Као што међународна правна правила не могу (аутоматски, *ex lege*) мењати или укидати унутрашње правне норме које са њима нису у сагласју, исто тако ни унутрашње право не може мењати нити укидати међународноправне норме које са њим нису сагласне.¹¹ Унутрашње право се примењује независно од своје подударности са међународним правом.¹² Правила међународног права никада не могу непосредно важити у унутрашњем правном поретку. Она једино важе на пољу самог међународног права и њихово кршење искључиво доводи до међународне одговорности државе која их крши.¹³ Да би избегла међународну одговорност, држава ће их одговарајућом правном процедуром (такође прописаном унутрашњим правом те државе) унети у своје унутрашње право и тада ће она обавезивати и на пољу унутрашњег права, али не више као правила међународног, већ као правила унутрашњег права.¹⁴ У случају да унутрашње право ипак противречи међународном праву, унутрашњи органи везани су искључиво својим унутрашњим прописима.¹⁵

На историјској равни, дуалистичка теорија се налази између две главне варијанте монизма (првобитне, која даје примат унутрашњем, и потоње, која примат даје међународном праву)¹⁶ и доминира од краја 19. века до завршетка Другог светског рата. То је било време наглог развоја међународног

⁹ Тако, каже се да међународно право за субјекте има државе, док унутрашње право за субјекте има појединце, затим да се међународно право не односи непосредно, већ само посредно на појединце и тако даље. У том смислу: Boris Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, нав. дело, стр. 66; Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214.

¹⁰ Charles Rousseau, *Droit International Public*, нав. дело, стр. 5; Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, нав. дело, стр. 356.

¹¹ Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214.

¹² Milan Bartoš, *Međunarodno javno pravo, I knjiga, Opšti deo, Izvori, Subjekti*, нав. дело, стр. 40.

¹³ Дакле, уколико држава ствара унутрашње право непоштујући притом своје међународне обавезе, правноваљаност тако створеног унутрашњег права се не доводи у питање. Такав корак државе неће производити никакве друге правне последице осим међународне одговорности државе. Charles Rousseau, *Droit International Public*, нав. дело, стр. 5.

¹⁴ Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214.

¹⁵ Смиља Аврамов, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 73.

¹⁶ Према Кривокапићевој периодизацији доминантних теорија о односу унутрашњег и међународног права: Boris Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, нав. дело, стр. 74-76.

права, али толико наглог да се правна теорија није могла „на време дистанцирати“ од догме о суверенитету државе која је, према Крећи и главни ослонац дуалистичке теорије.¹⁷

Напослетку, у литератури се *common law* правни системи, поготово када је реч о међународном уговорном праву, традиционално сврставају као баштиници дуализма.¹⁸

2.2. Монизам

Главно полазиште монистичке концепције о односу међународног и унутрашњег права јесте теза да и једно и друго заправо чине један, јединствен правни поредак. Дакле, норме међународног права непосредно дејствују унутар државноправних поредака. Међутим, услед ове чињенице, могуће је да се деси да постоји сукоб норми међународног и унутрашњег права и тада се поставља питање која норма има јачу правну снагу, да ли норма унутрашњег или норма међународног права? Од одговора на ово питање, зависи да ли је реч о монистичкој теорији са приматом унутрашњег или са приматом међународног права.

2.2.1. Монизам са приматом унутрашњег права

Историјски гледано, монизам са приматом унутрашњег права јесте најстарија теорија о односу међународног и унутрашњег права.¹⁹ Суштина овог схватања јесте да су норме унутрашњег права јаче правне снаге од норми међународног

¹⁷ Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 72.

¹⁸ Родољуб Етински *et al.*, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 136.

¹⁹ Реч је о времену када тек почињу да се уочавају први обриси организоване међународне заједнице и када се јављају прве веће кодификације међународног права, дакле пред крај 18., али поготово током 19. века. Boris Krivokarić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, нав. дело, стр. 75. Тако, у литератури се као својеврсан зачетник овог теоријског правца наводи Немац Мозер (Johann Jacob Moser 1701-1785), а касније се он даље развијао, под утицајем Хегелових схватања, од стране немачке доктрине међународног права. Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 213. Иако је монизам са приматом унутрашњег права данас готово потпуно напуштен, ваља рећи и то да је он имао велик утицај и током XX века, пре свега на државе са тоталитарним режимима. Тако, примерице, основни аргумент одбране оптужених пред Нирнбершким судом 1946. године био је примат унутрашњег над међународним правом. Смиља Аврамов, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 74; Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, нав. дело, стр. 361.

права, те да држава увек може својим законодавством дерогирати или изменити међународно право. Најпознатије варијанте монизма са приматом унутрашњег права јесу учења о међународном праву као спољашњем државном праву²⁰ или о међународном праву као изразу самоограничавања суверене воље држава.²¹

Монистичка теорија са приматом унутрашњег права је данас готово потпуно напуштена, првенствено у правној теорији.²² И у упоредном уставном праву, ретки су изузеци устава за које се каже да се приклањају овој варијанти монизма.²³

2.2.2. Монизам са приматом међународног права

Реч је о историјски најмлађој концепцији.²⁴ Према њој правила међународног права могу да производе дејство унутар држава директно, дакле без посредства унутрашњег права.²⁵ Унутрашње право је постављено непосредно испод међународног права које га држи у односу хијерархијске зависности.²⁶ У случају сукоба унутрашњег и међународног права, потоње проглашава унутрашње право противправним.²⁷

²⁰ Према теорији о међународном праву као спољашњем државном праву, међународно право заправо ни не постоји, јер је сачињено од „спољашњих“ државних права држава чланица међународне заједнице. Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214.

²¹ Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 74.

²² У литератури се каже да је оваква концепција контрадикторна међународном позитивном праву. Charles Rousseau, *Droit International Public*, нав. дело, стр. 9. Такође, доминантно је мишљење да би њено прихватање заправо довело до негације међународног права. Boris Krivokapić, „Однос међународног и унутрашњег права“, нав. дело, стр. 65; Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214; Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 74

²³ На пример, реч је о Уставу Белорусије из 1994. године (члан 8). Исто, стр. 78.

²⁴ Boris Krivokapić, „Однос међународног и унутрашњег права“, нав. дело, стр. 76. Као један од главних представника монизма са приматом међународног права наводи се Ханс Келзен (Hans Kelsen 1881-1973). Torben Spaak, „Kelsen on Monism and Dualism“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 322-323; Antonio Cassese, *International Law*, стр. 215. Има пак, аутора, који Келзенову мисао о односу између међународног и унутрашњег права називају релативистичком, будући да се у њеним координатама легитимно може поставити теза како о примату међународног, тако и о примату унутрашњег права у оквиру монистичког становишта. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 73.

²⁵ Етински *et al.*, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 129.

²⁶ Бојан Милисављевић, Милан Палевић, „Однос међународног и унутрашњег права према Уставу Републике Србије из 2006. године“, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, специјал 2017, стр. 31.

²⁷ Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 215.

Заговорници овог приступа тврде да је, поготово током друге половине XX века, дошло до таквог развоја међународног права да је постало могуће успоставити његов примат над унутрашњим правом. Притом, користе се разним аргументима: да постоји све више норми међународног права (на пример, у области људских права или међународног кривичног права) које за адресата имају непосредно појединца, а не државу; затим, да су се као посебни субјекти међународног права појавиле међународне организације; да се довољно развио систем међународних санкција; да се све више развија међународно правосуђе итд.²⁸

Ова врста монизма настала је услед релативизације идеје државног суверенитета од стране идеје међународне заједнице.²⁹ Међународно право чини границу суверености држава тј. државна сувереност је ограничена међународним правом.³⁰ У литератури се констатује да монизам са приматом међународног права упоредноправно посматрано преовлађује у континентално-европским правним системима.³¹

3. ДУАЛИЗАМ КАО РЕАЛНОСТ САВРЕМЕНОГ ОДНОСА МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Као што је већ поменуто у Уводу рада, мишљења смо да стање односа међународног и унутрашњег права на најреалнији начин осликава дуалистичка теорија.

Притом, главни аргументи за овакву тврдњу нису нам ни различити субјекти међународног и унутрашњег права, нити различите области регулација. Наш главни аргумент јесте чињеница да је овај однос уређен од стране сваке државе понаособ, најчешће њиховим уставима, а не самим међународним правом. Међународно право нема норме о његовом односу са унутрашњим правом. То се препушта самим државама и њиховим унутрашњим правима.³² Као што га је и успоставила, свака држава може (унутрашњим правним

²⁸ Boris Krivokapić, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, нав. дело, стр. 68-69.

²⁹ У том смислу: Миленко Крећа, Међународно јавно право, нав. дело, стр. 74.

³⁰ Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, нав. дело, стр. 363.

³¹ Етински *et al.*, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 136.

³² Међународно право, дакле, свакој држави оставља потпуну слободу у вези са питањем на који начин, у оквиру свог унутрашњег поретка, извршава (или не извршава, прим. аут) своје међународне обавезе. Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 219.

прописом) и мењати однос свог унутрашњег са међународним правом. На пример, према првобитном уставном решењу, држава може прописати да норме међународног права уживају примат над свим нормама њеног унутрашњег права (укључујући и уставне), док према потоњем уставном решењу иста држава може прописати да се међународно право ни у ком случају не може примењивати на њеној територији. Није, дакле, битно да ли и како држава успоставља хијерархију међународних и унутрашњих правних норми, већ је одлучујуће битна чињеница да држава, правно посматрано, и даље може потпуно суверено да одлучује о садржини свог унутрашњег правног поретка.³³ Уколико га она не усклади са међународним правом, она ће бити правно одговорна, али не по свом унутрашњем, већ по међународном праву.

Узмимо за пример позитивно право Републике Србије. Према Уставу из 2006. године,³⁴ „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом“ (члан 16. став 2.). Српски уставотворац је могао 2006. године одлучити потпуно другачије, те прописати да се ни општеприхваћена правила међународног права, ни међународни уговори, не примењују у унутрашњем правном поретку Републике Србије, нити чине његов саставни део. Наравно, у том случају би Република Србија сасвим сигурно била међународноправно одговорна, и то по безброј основа. Међутим, управо је у томе и суштина – Србија би била међународноправно, а не унутрашњеправно одговорна. Није дакле реч о томе да ли је право Србије или неке друге државе „прихватило“ монистичку или дуалистичку концепцију. Самим

³³ У том смислу, корисне су Анцилотијеве речи: „Међународно право је могуће једино онолико колико се може ослонити на унутрашње право“. Наведено према: Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 214. Ипак, сматрамо да је ово мало и претеран став, те да у извесној мери „нагиње“ монизму са приматом унутрашњег права (што се свакако може и разумети, имајући у виду да је изречен још 1928. године). Јер, заправо унутрашње право не одређује могућност постојања међународног права, оно постоји само по себи, независно од унутрашњег права. Друго је питање постојање сувереног избора сваке државе да ли ће креирати своје унутрашње право сходно својим међународним обавезама. Држава не примењује међународно право у унутрашњем правном поретку, већ примењује своје, унутрашње право, које може бити у складу или у нескладу са међународним правом.

³⁴ Устав Републике Србије – *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

тим што постоје као такве, државе, и то све, без изузетка, „прихватају“ (ово условно речено, јер оне заправо ни немају избора) дуализам. Однос међународног и унутрашњег права (у светлу монистичко-дуалистичке контраверзе) заправо је дат *a priori* и биће дуалистички док год постоје државе као суверене јединке међународне заједнице. Државе одлучују само о томе да ли ће њихово унутрашње право бити у складу са њиховим међународним обавезама, те у том смислу одређује однос свог унутрашњег и међународног права, а не у смислу приклањања монистичкој или дуалистичкој концепцији.

У савременој литератури се дуалистичко гледиште често оспорава, па се тако тврди да је оно неприхватљиво у садашњим условима, будући да је „нелогично да држава у границама своје земље сматра неважећим међународно правило, у чијем је доношењу учествовала“.³⁵ Међутим, суштина је у томе да држава ни не сматра то међународно правно правило међународноправно неважећим. Као што смо и показали, она својим унутрашњим прописима уређује начине на које је могуће да то међународно правило постане правило унутрашњег права. Док год се државама оставља могућност да саме одреде овај однос, постојаће дуализам ова два правна система, јер ће увек бити могућа ситуација да држава, из ма ког разлога, не поступи сходно својој међународној обавези.

Један од савремених српских правних писаца који отворено заступа монистичко учење са приматом међународног права је Кривокапић. У свом чланку *Примат међународног права*³⁶ он је изложио најчешће аргументе којим се такво становиште у теорији оспорава, као и своје контрааргументе којима учвршћује монизам са приматом међународног права. Најпре, као један од разлога у корист монизма са приматом међународног права изнео је чињеницу да постоји све већи број норми међународног права које се односе на појединце. Међутим, чак и уколико прихватимо становиште да су појединци (индивидуе) субјекти међународног јавног права³⁷, то ништа неће променити наш

³⁵ Смиља Аврамов, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 74.

³⁶ Boris Krivokapić, „Primat međunarodnog prava“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, br. 3/2013, стр. 45-62.

³⁷ За упитност таквог става између осталог видети у: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 132-133. Али, чак и да прихватимо концепт појединца као субјекта међународног јавног права *in concreto*, тиме не анулирамо дуалистичку концепцију: појединац

став о дуализму. Наиме, како и сам аутор каже, „...данас се све већи број норми међународног права непосредно примењује на појединце...“.³⁸ Дакле, реч је о непосредној примени (или боље рећи примењивости) норми међународног, а не унутрашњег права на појединце. Уколико је право одређене државе у супротности са таквим нормама међународног права, та држава неће применити међународно, већ своје унутрашње право, што ће неминовно довести до њене међународне одговорности. Што се тиче аргумента „антимониста“ да међународно право није довољно развијено, те да због тога није могуће постојање монизма са приматом међународног права³⁹, истичемо да то и није наш аргумент. Наиме, као што развијеност или неразвијеност међународног права, по нашем мишљењу, није одлучујућа за прихватање дуалистичке теорије, тако свакако није одлучујућа ни за прихватање монистичке теорије са приматом међународног права. Надаље, аутор, желећи да оповргне један од кључних аргумената против монизма са приматом међународног права, а који по нашем мишљењу стоји и иде у прилог дуалистичкој концепцији, тврди да „Међународно право никада неће само по себи моћи да ништи себи супротне прописе држава! Ту способност оно може да стекне само ако се успостави строги хијерархијски однос између њега и норми унутрашњег права држава. Али – у том случају неће више бити међународног и унутрашњег права! Биће један правни поредак...“.⁴⁰ Овде Кривокапић, заправо, наводи аргументе који иду у прилог дуалистичком становишту. Признаје, дакле, да међународно право нема моћ да анулира важење њему супротних норми унутрашњег права, те да између њих нема хијерархијског односа. А постојање хијерархије јесте суштина монистичког становишта, једног или другог. У оквиру сваког јединственог правног система, по природи ствари, постоји хијерархија правних норми. Пошто између норми међународног

је овде субјект међународног (*sic!*), а не унутрашњег права; он, као субјект међународног права, има права и обавезе које му гарантује тј. намеће међународно, а не унутрашње право. По унутрашњем праву, он може, али не мора имати истоветне обавезе као и по међународном праву. Ово не значи, наравно, да неко нпр. може имати два људска права, јер му је право исте садржине гарантовано и унутрашњим и међународним правним поретком или да буде два пута суђен за учињено кривично дело, које је као такво препознато и у међународном и у унутрашњем праву.

³⁸ Boris Krivokapić, „Primat međunarodnog prava“, нав. дело, стр. 46.

³⁹ Исто, стр. 48-49.

⁴⁰ Исто, стр. 53.

и унутрашњег права нема хијерархије норми, будући да норма међународног права не одузима правну снагу норми унутрашњег права која је са њом у супротности аутоматски, јасно је да међународно и унутрашње право нису део јединственог правног система, већ да је реч о два посебна правна система. Такође, не слажемо се ни са ауторовом констатацијом да „Сама чињеница да држава која неће да се повинује међународноправној норми трпи због тога санкције говори о томе да међународна норма има примат! Чак и ако унутрашња норма не буде формално укинута, кажњавање прекршиоца несумњиво показује да су норме међународног права јаче правне снаге од домаћих“;⁴¹ будући да је управо суштина хијерархије правних норми у томе да правна норма која је слабије снаге не важи (аутоматски!) уколико је у супротности са правном нормом јаче правне снаге.

Уз то, ваља се подсетити и једног од основних правила међународног права. Реч је о правилу према којем државе не могу ускратити извршење својих међународних обавеза с позивом на своје унутрашње право.⁴² Према њему, дакле, за садржај међународног права потпуно је ирелевантан садржај унутрашњег права државе. Држава, која је ималац некакве међународне обавезе, може донети свој унутрашњи закон којим прописује да није дужна да је изврши (то чак може учинити и својим уставом), али то неће произвести било какве правне последице на терену међународног права, што је још један од аргумената у прилог дуалистичке теорије.

Такође, и аутори који се приклањају монизму са приматом међународног права признају да постоје извесне технике или начини увођења међународног у унутрашње право.⁴³ Али, уколико су унутрашње и међународно право

⁴¹ Boris Krivokarić, „Primat međunarodnog prava“, нав. дело, стр. 53.

⁴² Реч је о општеприхваћеном правилу међународног права. Миленко Крећа, Међународно јавно право, нав. дело, стр. 75; Етински et al., Међународно јавно право, нав. дело, стр. 140; Бојан Милосављевић, Милан Палевић, „Однос међународног и унутрашњег права према Уставу Републике Србије из 2006. године“, нав. дело, стр. 36; Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, нав. дело, стр. 370; Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 217; Malcolm N. Shaw, *International Law*, нав. дело, стр. 124; Eduardo Correia Baptista, „Current State of International Law on its Relations with Municipal Law“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 36. Правило је и кодификовано у Бечкој конвенцији о уговорном праву (члан 27) из 1969. године.

⁴³ У системским делима међународног јавног права, питање начина или техника „увођења“ међународних правних правила у домаће законодавство обично се обрађује након излагања о

делови јединственог правног система, што је основа монизма, зашто онда морамо да уводимо норме једног дела тог система (међународне) у други део (унутрашње право)?⁴⁴ Најпознатији присталица монизма са приматом међународног права, Келзен, тврдио је да „са становишта међународног права није неопходна трансформација међународноправних у унутрашње правне норме“, те да се међународно право може применити као такво од стране домаћих (унутрашњих, државних) судова, дакле без потребе трансформације.⁴⁵ Ипак, Келзен је признао да је у реалности могућа ситуација у којој би унутрашњи судови били обавезни да примене (од стране унутрашњег права) унутрашње право које је супротно међународном праву, што, по њему, показује слабост међународног права и онда остаје једино међународна одговорност као санкција за односну државу.⁴⁶ Дакле, Келзеново, као уосталом и целокупно схватање монизма са приматом међународног права јесте једно идеалистичко схватање.⁴⁷ Заправо, и сам Келзен је то признао, казавши да избор за примат међународног права није базиран на научној основи, већ је диктиран етичким или политичким преференцијама.⁴⁸

теоријским поставкама монизма и дуализма о односу између међународног и унутрашњег права. Смиља Аврамов, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 76-79; Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 75-80; Malcolm N. Shaw, *International Law*, нав. дело, стр. 128-174; Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 220-237. Тако, разликују се два основна начина тог „увођења“ у домаћи правни поредак, инкорпорација (негде називана и адопција) и трансформација. Одлика инкорпорације (адопције) јесте да се међународно правило путем бланкетне норме (најчешће уставне, али је могуће и законске), у целини преноси на унутрашњи правни терен, док је основна одлика трансформације промена саме норме међународног права приликом њеног „увођења“ у унутрашње право (примера ради, прописивањем нових кривичних дела, на шта се држава обавезала међународним уговором). Такође, за адопцију се каже да је логични изданак монизма, а за трансформацију да је логични изданак дуализма. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 79. Међутим, по нашем мишљењу, суштински обе ове технике „увођења“ доказују постојање дуализма у реалности државноправне и међународноправне праксе. Наиме, сама чињеница да се било каквим унутрашњим правним актом (да ли самом уставном нормом, да ли законом о потврђивању међународног споразума, да ли законом о изменама и допунама кривичног закона итд) на крају међународно правно правило ипак мора „увести“ у унутрашњи правни поредак, говори о томе да унутрашње и међународно право не чине јединствен правни поредак. Заправо, чисто логички, овде се ни не ради о било каквом „увођењу“ међународног права у унутрашње право, већ о стварању (унутрашњег) права, чиме се истовремено извршава међународна обавеза.

⁴⁴ У правној књижевности се признаје да међународна правна правила, да би била примењива од стране држава у оквиру њихових правних поредака, генерално морају бити инкорпорисана у унутрашње право. Antonio Cassese, *International Law*, нав. дело, стр. 9.

⁴⁵ Исто, стр. 215.

⁴⁶ Исто, стр. 216. Овакав став заправо делује као прећутно признавање дуалистичке теорије.

⁴⁷ Према Касезеу, то схватање је у многим својим аспектима утопистичко и не одражава реалност међународних односа. Antonio Cassese, *International Law*, стр. 216.

⁴⁸ Исто.

Уз све ово, напомињемо и то да концепт императивних норми међународног права (*ius cogens*) такође не поништава тачност дуалистичке теорије. Наиме, реч је о императивних правилима међународног, а не унутрашњег права. Дакле, њихово императивно дејство, у координатама дуализма, манифестује се на терену међународног, а не унутрашњег права.

Према томе, данас међународно и унутрашње право и даље суштински постоје као два посебна правна поретка. Примерице, држава не мора у своје унутрашње законодавство увести ни злочин геноцида, не мора кривично гонити учиниоце тог кривичног дела, она теоријски⁴⁹ чак може и спроводити геноцид који би евентуално био у сагласности са њеним унутрашњим правом. Таквим својим поступцима, та држава би пак несумњиво повредила међународно право и била би за то међународно одговорна, те подвргнута међународноправним санкцијама, укључујући и овлашћења Савета безбедности Уједињених нација из Повеље УН. Али, тиме се не дира у чињеницу да је такво поступање државе можда и било у складу са њеним позитивним унутрашњим правом.⁵⁰ Дакле, на неки начин, дуализам произлази из могућности сваке суверене државе да одлучи да ли ће се понашати или не у складу са међународним правом и да за такву своју одлуку сноси међународноправне последице, односно из могућности (слободе) на који ће начин та држава уредити однос свог унутрашњег и међународног права. Следствено томе, правни монизам могућ је искључиво у оквиру саме суверене државе. Такође, он би био могућ и када би међународна заједница имала моћ да донесе когентно, униформишуће правило о правном (у пуном смислу те речи) примату међународног над унутрашњим правима држава, али би онда већ било речи о настанку некакве супердржаве (*civitas maxima*) и о њеном унутрашњем праву.

⁴⁹ Реч је само о теоријском моделу, који служи аргументацији за дуалистичку теорију. Аутор овог рада никако не настоји да оправдава, релативизује или на било који начин подстиче на злочин геноцида.

⁵⁰ Тако, према Бартошу, уколико држава и изричито пропише нешто што је потпуно противно међународном праву, за домаћи, државни орган постоји онај пропис који је држава, а не међународна заједница издала. Међутим, то не значи да држава тиме није повредила међународно право и учинила међународни деликт применом таквог унутрашњег права, али је констатација о томе у надлежности међународног права, а не државног органа који ради по прописима унутрашњег права. Милан Бартош, *Међународно јавно право, стенографске белешке са предавања на Новинарској и дипломатској високој школи у Београду*, НО Новинарске и дипломатске високе школе у Београду, Београд, 1951, стр. 27.

На крају, истаћићемо још један занимљив аргумент у корист дуалистичке теорије. Монистичка концепција као таква је историјски нетачна (немогућа). Наиме, опште је познато да је унутрашњи правни поредак као појава знатно старији од међународног права.⁵¹ Према томе, историјски је неодржива теза о унутрашњем праву као праву „делегираном“ од стране међународног права, тј. као праву које је подређено међународном праву. Одговор мониста (пре свих Келзена) да је њихова доктрина доктрина хијерархије, а не хронологије правних норми не задовољава, јер је веома чудна поставка да је (у келзеновском смислу) историјски најпре постојало онолико основних норми колико је и било унутрашњих права (тј. држава), а да је онда у моменту рађања међународног права настала једна, главна основна норма из које се све правне норме, било унутрашње, било међународне, дедукују.⁵²

Са друге стране, свакако да је потпуно неприхватљиво и друго монистичко становиште, оно о примату унутрашњег над међународним правом јер ни оно не одговара стварном стању ствари. Неспорно је да међународно право данас постоји као право. Држава која га крши бива изложена међународноправној, а не унутрашњоправној одговорности. Чак и када би устав неке државе прописао да ту државу уопште не обавезује међународно право, такав акт би производио унутрашње, али не и међународноправно дејство. Он би са становишта међународног права био ништав.⁵³

4. ЗАКЉУЧАК

Као што је у Уводу већ речено, готово сви аутори који су се бавили међународним јавним правом, бавили су се, неко мање, неко више, и проблематиком односа између међународног и унутрашњег права. Притом, неки од њих су се

⁵¹ За међународно право се обично каже да је (као релативно заокружена целина) настало након Вестфалског мира 1648. године. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 39.

⁵² За ову и још неке критике монистичког становишта, као и одговоре мониста на те критике, видети: Charles Rousseau, *Droit International Public*, нав. дело, стр. 10-11.

⁵³ Јер би био у супротности са једним од основних принципа међународног права, да се држава не може позивати на своје унутрашње право да би оправдала неизвршење својих међународних обавеза.

јасно опредељивали,⁵⁴ било у корист дуалистичке, било у корист једне од две монистичке, било у корист неке треће теорије, док су други прак то избегавали и ограничавали се на излагање ових концепција у својим делима.⁵⁵ Нама се чини да се, уз признавање несумњиво велике идејне вредности монизму са приматом међународног права, међународна заједница односно читав Свет још увек налази веома далеко од једне такве реалности. Државе су још увек суверене јединке међународних односа, без неких већих назнака да ће се то у будућности променити у корист некакве *civitas maxima*.⁵⁶ Међутим, међународно јавно право је данас, поготово након протеча XX века током којег се оно незауостављиво и рекло би се иреверзибилно развијало, без икакве сумње право у правом смислу те речи. Оно креира права и обавезе за своје субјекте, пружа им правну заштиту у случају угрожавања или повреде тих права, познаје систем међународне одговорности и међународних санкција у случају непоступања по међународном праву итд.

Све то нас наводи на закључак да дуалистичка теорија, и поред свих критика којима је била изложена, а поготово током друге половине XX и почетка XXI века ипак и даље на највернији могући начин осликава реалност односа међународног и унутрашњег права. Укратко: реч је о два одвојена правна система, без установљене хијерархије између њих и следствено томе без примата једног од њих над другим, уз међусобно упућивање и сарадњу. Напоследку, послужићемо се речима професора Радомира Лукића: „...постоји суштинска разлика у природи међународног и унутрашњег права; пошто уопште не спадају у исту врсту појава, то и није могуће говорити о неком њиховом односу у коме би једно од њих имало примат над другим у правном смислу речи“.⁵⁷

⁵⁴ Нпр. Кривокапић у корист монизма са приматом међународним правом. Boris Krivokapić, „Primat međunarodnog prava“, нав. дело.

⁵⁵ Тако, између осталих, и Ђорђевић. Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, нав. дело.

⁵⁶ Штавише, у светлу новонастале пандемије коронавируса, државе се све више „повлаче из себе“ односно све више ојачавају и истичу свој суверенитет, док идеје међународне сарадње и космополитизма падају у други план.

⁵⁷ Цитирано према: Стеван Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права, нав. дело, стр. 371.

ЛИТЕРАТУРА

Аврамов Смиља, *Међународно јавно право*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2011.

Бартош Милан, *Међународно јавно право, стенографске белешке са предавања на Новинарској и дипломатској високој школи у Београду*, НО Новинарске и дипломатске високе школе у Београду, Београд, 1951.

Ђорђевић Стеван, „Однос унутрашњег и међународног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, бр. 4-6/1997, стр. 354-395.

Етински Родољуб, Ђајић Сања, Тубић Бојан, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2017.

Крећа Миленко, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019.

Милисављевић Бојан, Палевић Милан, „Однос међународног и унутрашњег права према Уставу Републике Србије из 2006. године“, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, специјал 2017, стр. 29-46.

Baptista Eduardo Correia, „Current State of International Law on its Relations with Municipal Law“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 34-60.

Bartoš Milan, *Међународно јавно право*, I knjiga, Општи део, Izvori, Subjekti, Kultura, Београд, 1954.

Cassese Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Gajić Aleksandar, „The relationship between International Law, EU Law and National Law in the context of Accession to the EU“, у зборнику: *Law and Transition* (ed: Bojan Milisavljević, Tatjana Jevremović Petrović, Miloš Živković), University of Belgrade – Faculty of Law in cooperation with German foundation for International legal cooperation (IRZ), Belgrade, 2017, стр. 107-118.

Krivokapić Boris, „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, br. 2/2013, стр. 59-103.

Krivokapić Boris, „Primat međunarodnog prava“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, br. 3/2013, стр. 45-62.

Paust Jordan J., „Basic forms of International Law and Monist, Dualist and Realist Perspectives“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 244-265.

Rousseau Charles, *Droit International Public*, Dalloz, Paris, 1976.

Spaak Torben, „Kelsen on Monism and Dualism“, у зборнику: *Basic concepts of Public International Law: Monism & Dualism* (ed: Marko Novaković), Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, Belgrade and Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Belgrade, 2013, стр. 322-343.

Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Von Bogdandy Armin, „Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law“, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, Volume 6, Issue 3-4, 2008, стр. 397-413.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Aleksa Škundrić

RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND
NATIONAL LAW

- Resume -

Through this paper there has been made another attempt to determinate the relationship between International and National Law. In its first part, the main characteristics of two leading theories regarding this issue, dualism and monism, have been explained. Then, the author expresses his thesis that, bearing in mind the current state of the International community, dualism is a more realistic approach. He does not base his thesis on some of the traditional points of dualists (that there are different subjects of International and National law, that there is a different field of regulation between those two normative systems etc.). His crucial point is the fact that each state, as a sovereign subject of International law, still has the power to determinate the relationship between International and National law by legal norms belonging to its own National law. Therefore, its National Law can be contrary to International law and not automatically lose its legality. In that case, the state will be subjected to international responsibility.

Keywords: International Law, National Law, monism, dualism, reality of relationship between International and National Law.

* Овај рад је примљен 05. децембра 2020. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

АНАЛИЗА И ДОМАШАЈИ УГОВОРА О ЗАБРАНИ НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА

- Сажетак -

Уговор о забрани нуклеарног оружја је први међународни акт који директно забрањује нуклеарно оружје. Као такав, он означава револуционарни корак на путу ка свету без нуклеарних арсенала. Рад у обзир узима природу нуклеарног оружја као средства у оружаном сукобу и уговор концизно поставља на одговарајуће место у систему међународног права. Анализирајући уговор у целости, али и његов однос са актима и деловањима међународне заједнице које му претходе, омогућава се утврђивање његових домањаја. Аутор указује на неизвесност тих домањаја, као и да ће о њима време тек дати последњи суд. Свакако, правни значај забране најразорнијег оружја у историји људске цивилизације је монументалан.

Кључне речи: забрана, нуклеарно, оружје, уговор, домањај

1. УВОД

„Зугзванг“ представља ситуацију у шаху када је најбољи потез играча да не направи никакав потез. У тој тачки су се изнедрили несвакидашњи савезници. Наиме, Сједињене Америчке државе- САД, Руска федерација- Русија, Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске -Британија, Народна република Кина - Кина, Француска, Индија, Северна

* Електронска адреса аутора: nikolastankovic3797@gmail.com.

Кореја и Израел су одсечно бојкотовале овај уговор.¹ Међутим, узмимо у обзир природу оружја које предметни Уговор о забрани нуклеарног оружја (у даљем тексту- Уговор) ставља ван права. Дакле, употреба нуклеарног оружја као средства у оружаном сукобу, непобитно има погубне последице по човека и његову околину, те је оправдано забрањено међународним хуманитарним правом, што ћемо и утврдити у наредним пасусима. Под овим оружјем подразумевамо експлозивне направе чија енергија резултира из фисије и фузије атома, ослобађа огромне количине енергије удружене са моћном и продуженом радијацијом.² Термин „огромне“ из претходне дефиниције можемо доживети чак у пезуративном смислу јер је реч о оружју које далеко надмашује капацитете модерног конвенционалног оружја и деценијама након његове последње употребе над јапанским градовима Хирошима и Нагасаки.³ Што се „подмуклог“ радиоактивног дејства тиче, у зависности од конкретне дозе, радијација, између осталог, изазива замор, дехидратацију, повраћање и смрт.⁴ Такође, она експоненцијално повећава вероватноћу од малигнух обољења и смрти од канцера.⁵ Историјским прегледом, пред собом имамо оружје које не прави дистинкцију између учесника у сукобима и цивила, како због своје нарочито разорне експлозивне енергије, али и радиолошког дејства продуженог карактера. Самим тим, оно је у супротности са принципом дистинкције као фундаменталним принципом међународног хуманитарног права.⁶ Као такво, оно није у могућности да буде селективног карактера, тј. усмерено искључиво на конкретан војни циљ- чинећи га некомпатибилним са принципом забране неселективности.⁷ Ни принцип

¹ Shatathisa Shetty, Denitsa Raynova, “Breakthrough or Breakpoint? Global perspectives on the nuclear Ban Treaty. Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: delegitimizing unacceptable weapons” (приредили: Shatathisa Shetty, Denitsa Raynova), European Leadership Network, Лондон, 2017, стр. 2.

² Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, стр. 784.

³ Вид. Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, Internet, <https://www.odu.edu/content/dam/odu/offices/mun/issue-brief-2019/ib-1st-prohibition-of-nuclear-weapons.pdf>, 05/06/2021.

⁴ Биљана Спремо-Потпаревић, „Генетички ефекти јонизујућег зрачења“, *Acta Clinica*, Клинички центар Србије, Београд, бр. 1/2005, том V, стр. 80.

⁵ Исто, стр. 84.

⁶ Вид. Jean Marie Henckaerts *et al.*, *International humanitarian law*, Cambridge University Press, New York, 2005, стр. 3-74.

⁷ Исто.

пропорционалности⁸ не нуди уточиште нуклеарном оружју јер његова дејства дефинитивно, доводе у опасност од случајног губитка и оштећења цивилних живота, а нарочито његово радиолошко дејство. Потом, не треба елаборирати да није реч о хуманом облику одстрањивања учесника из оружаног сукоба, поготово имајући у виду далеко ефикасније конвенционално оружје које наноси мање патње, на пример метак. Сходно томе, ни принцип хуманости није овде применљив.⁹ Подсећајући се концизно инзетих ефеката радијације на људски организам, а у блиској вези са претходним принципом- нуклеарно оружје наноси непотребне патње, потпадајући тако и под принцип забране употребе оружја која проузрокују непотребне патње.¹⁰ Коначно, првом резолуцијом Генералне скупштине¹¹ из 1946. године је нуклеарно оружје означено као оружје за масовно уништење и тако последњи принцип на који ћемо се позвати, принцип забране употребе оружја за масовно уништење, дефинитивно ставља ово оружје ван сагласја међународног хуманитарног права. Како смо се надовезали на генералну скупштину, осврнимо се укратко за потребе увода и на њену улогу. Пре свега, она је упутила захтев Међународном суду правде да он, у форми саветодавног мишљења, одговори на питање: „Да ли је претња или употреба нуклеарног оружја под било каквим околностима дозвољена на основу међународног права?“¹² Суд је, по успостављању своје надлежности, спровео детаљну анализу правних и фактичких околности од значаја за ово питање. Тиме је, без обзира на дебате у погледу значаја и испуњења очекивања, створен приказ целе правне регулативе која претходи Уговору о забрани нуклеарног оружја. Ово је одличан темељ за било коју правну анализу везану за нуклеарно оружје. Иако цело мишљење одише негативним ставом према нуклеарном оружју, суд не доноси закључак којим исто ставља ван права.¹³ Кључна препрека је са суд била у повељи Уједињених нација, прецизније члан 51. који предвиђа право

⁸ Исто.

⁹ Исто.

¹⁰ Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, стр. 105.

¹¹ Резолуција Генералне Скупштине А_RES_1(I).

¹² Резолуција Генералне Скупштине А_49_75K.

¹³ Вид. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, стр. 226.

државе на самоодбрану.¹⁴ Парафразирајући судско мишљење-аргументација се базирала на чињеници да питање Генералне скупштине садржи сегмент „под било каквим околностима“. Стога, Суд није могао да апсолутно искључи оне околности које би довеле у питање саму егзистенцију једне државе као субјекта међународног права.¹⁵ Сходно томе, парафразирајући, суд закључује да на основу међународног права у целости, али и околности случаја које је имао на располагању, не може извести дефинитиван закључак о легалности или нелегалности нуклеарног оружја.¹⁶

Морамо се укратко осврнути и на Споразум о непролиферацији нуклеарног оружја (у даљем тексту НРТ), макар кроз кључни члан за нашу тему. Наиме, чланом шест се утврђује обавеза држава на залагање за преговоре у доброј вери о мерама за заустављање нуклеарне трке, али и за доношење инструмента који ће потпуно уклонити нуклеарно оружје под будним оком међународне заједнице.¹⁷ Без дубљег улажења у проблематику овог члана јер је он, као и споразум, у функционалној улози бољег разумевања окружења у којем је уговор донет- јасно је да врховни циљ тог члана остаје далека звезда и да те „добре вере“ о којој он прича није било довољно. Наиме, да је члан можда и боље заживео у међународној заједници, велики део исте не би био фрустриран спорим темпом разоружања¹⁸. Управо је та фрустрација резултирала деловањем Генералне скупштине Уједињених нација и својим резолуцијама позвала на доношење инструмента који ће забранити употребу нуклеарног оружја, штавише истом тачком¹⁹.

¹⁴ Исто.

¹⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, стр. 226, нав. дело, стр. 41.

¹⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, стр. 226, нав. дело, стр. 44.

¹⁷ *Treaty on the nonproliferation of nuclear weapons*, Internet, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text>, 06/06/2021.

¹⁸ Shatathisa Shetty, Raynova Denitsa, Breakthrough or Breakpoint? Global perspectives on the nuclear Ban Treaty. *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: delegitimizing unacceptable weapons*, нав. дело, стр. 2.

¹⁹ Тачка осам у оквиру резолуција Генералне Скупштине А_RES_71/L.41 и А_RES_71/258.

2. УГОВОР О ЗАБРАНИ НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА

Прошло је двадесет шест година од продужења важности Споразума о непролиферацији нуклеарног оружја 1995. године²⁰, али нуклеарно оружје је још увек присутно. Штавише, о слабом доприносу разоружања сведоче и резолуције Генералне скупштине које позивају на доношење Уговора.²¹

Уговор је изгласан 7. јула 2017. године²², а ступио је на снагу 22. јануара ове године.²³ У тренутку писања рада, уговор броји 87 потписница и 54 чланице.²⁴ За његово доношење је гласало 122 државе, Холандија је била изричито против, а Сингапур уздржан. Све нуклеарне силе су биле међу 69 земаља које су одлучиле да ни не гласају.²⁵

Почнимо са анализом уговора. Преамбула тврди да је елиминација једини пут ка гарантовању да нуклеарно оружје никада неће бити употребљено под било којим околностима.²⁶ После, она истиче катастрофалне последице употребе таквог оружја и да је свет без нуклеарног оружја јавно добро од највишег значаја²⁷. Међутим, лични је утисак да свет у 2021. години чекају и неки други изазови који захтевају исти, ако не и виши степен пажње међународне заједнице.²⁸ Свакако, аутор овде види једно циљано истицање, можда чак и претерано, како би се Уговор што интензивније укоренио у међународној заједници. Преамбула се враћа основним принципима и правилима међународног хуманитарног права, али и указује на значај резолуције Генералне скупштине из 1946. године.²⁹ Уговор не бежи од прошлости, те афирмише Споразум о непролиферацији и задржава његов статус „камена темељца“ у

²⁰ „U.S. Delegation to the 2010 Nuclear Nonproliferation treaty review conference” стр. 4

²¹ Резолуције Генералне Скупштине A_RES_71/L.41 и A_RES_71/258, нав. дело.

²² Tariq Rauf, “Fiftieth Anniversary of the Nuclear Non-Proliferation Treaty: Preparing for a Successful Outcome”, APLN/CNND, бр. 48/2017, стр. 7.

²³ Услови за ступање на снагу у смислу педесетог инструмента ратификације Уговора о забрани нуклеарног оружја, испуњени су 20 октобра 2020. године. Internet, <https://treaties.un.org/doc/ublication/CN/2020/CN.478.2020-Eng.pdf>. 06/06/2021.

²⁴ Статус Уговора о забрани нуклеарног оружја погледати на следећем линку: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXVI-9&chapter=26.

²⁵ Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, стр. 1

²⁶ *Treaty on the prohibition of Nuclear Weapons*, internet, https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf, преамбула, 06/06/2021.

²⁷ Исто.

²⁸ На пример, глобално загревање, борба са вирусом ковид 19, проблеми везани за пијаћу воду итд.

²⁹ *Treaty on the prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело.

нуклеарној непролиферацији.³⁰ Стога, остаје од изузетног значаја примена његових норми. На истим таласним дужинама, као и наша анализа, преамбула говори о значају зона без нуклеарног оружја и њиховом доприносу светском миру и безбедности.³¹ Последња теза на коју ћемо се осврнути у преамбули јесте да она не одузима државама право да наставе са истраживањима и производњом нуклеарне енергије у мировне сврхе.³²

Уговор отвара свој оперативни део утврђивањем забрана. Свака држава чланица овог уговора неће смети, ни под којим околностима да: развија, тестира, производи, прибавља, поседује или складишти нуклеарно оружје или друге нуклеарне експлозивне направе, да преноси или прима контролу над истима, директно или индиректно.³³ Затим, постоји забрана употребе или претње овим оружјем, као и асистирање, подстицање, навођење на употребу или било коју радњу забрањену овим уговором.³⁴ Коначно, успоставља се забрана стационирања, постављања или употребе овог оружја на сопственој територији или на другој територији под истом јурисдикцијом или контролом.³⁵

Након успостављања забрана, Уговор прописује обавезу државе чланице да 30 дана по ступању Уговора на снагу доставе Генералном секретару Уједињених нација декларацију која ће садржати: изјаву о поседовању, тренутном или бившем, контроли нуклеарног оружја и других експлозивних направа, елиминисању нуклеарног програма и неповратној конверзији нуклеарних постројења.³⁶ Ова дужност посотоји без обзира на забране из члана 1 под тачкама а и г.³⁷ Надовезујући се, Уговор успоставља обавезу спровођења безбедносних мера које предвиђа Међународна агенција за нуклеарну енергију, без искључења могућности преузимања сличних релевантних инструмената у будућности.³⁸ Државе које нису на себе преузеле мере, биће дужне да то учине закључењем посебног споразума са Агенцијом.³⁹

³⁰ Исто.

³¹ Исто.

³² Исто.

³³ *Treaty on the prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, чл. 1.

³⁴ Исто.

³⁵ Исто, чл. 2.

³⁶ Исто, чл. 2.

³⁷ Исто.

³⁸ Исто, чл. 3.

³⁹ Исто.

Даље, Уговор посебан члан посвећује обавези сваке државе која је, после 7. јула 2017 године, поседовала или контролисала нуклеарно оружје и укинула свој програм нуклеарног наоружања, као и елиминисала неповратно сва адекватна постројења, да сарађује са компетентном међународном влашћу.⁴⁰ Наведена власт ће спровести одговарајућу проверу таквих држава и о томе известити остале државе чланице.⁴¹ Потом ће држава закључити одговарајући споразум са Међународном агенцијом за нуклеарну енергију који ће се тицати безбедносних мера и обезбеђења употребе нуклеарне енергије само у мирне сврхе.⁴² Даље, свака држава која још увек располаже нуклеарним арсеналом ће исти морати да уништи у најкраћем могућем року, не дужем од оног који ће тек бити предвиђен на првом састанку земаља чланица.⁴³ Питање „компетентне међународне власти“ је интересантно јер је у рукама самих чланица, а уколико оне не формирају самовољно ту власт- иста ће бити формирана сазивањем од стране Генералног секретара.⁴⁴ Аутор сматра да је ово питање морало бити подробније уређено. Без јасних механизма уговор оставља простор широком тумачењу држава чланица које ће онда тешко постићи сагласност, како због великог броја држава, али и власти која припада том замишљеном телу. Поред те „унутрашње“ изложености, ово је очигледан пропуст и сигнал другим државама да приступе уговору и путем свог лобирања доведу до стварања власти која ће одговарати њима. Примарни циљ држава које су против приступања уговору, али уједно изложене притиску међународне заједнице да му приступе, јесте да та власт не буде делотворна, или још боље- да буде под њиховом контролом. Тако би, можда чак и неке нуклеарне силе одлучиле да испуне формалност приступа, без суштинског одрицања од оружја, чинећи уговор мртвим словом на папиру.

Пети члан је усмерен на усаглашавање националних правних система са обавезама и нормама уговора.⁴⁵ Наредни члан нас враћа међународном хуманитарном праву. Он прописује обавезу пружања сваке, медицинске, психолошке

⁴⁰ Исто, чл. 4.

⁴¹ Исто.

⁴² Исто.

⁴³ Исто.

⁴⁴ Исто.

⁴⁵ Исто, чл. 5.

и рехабилитационе помоћи свим појединцима под њиховом јурисдикцијом, а који су жртве нуклеарног оружја или тестирања истог. Све ово мора имати за циљ поновну друштвену и економску инклузију у друштво.⁴⁶ У духу еколошких последица и радијације, истим чланом је предвиђена обавеза предузимања мера санације средине у којем је оружје, или каква друга направа, употребљено или тестирано.⁴⁷ Такође, питање међународне сарадње и помоћи између држава чланица, није занемарено овим уговором. Поред примарне обавезе међусобне сарадње, успоставља се право захтевања адекватне асистенције, када и где је то могуће.⁴⁸ Потом, обавезе из претходног члана добијају интернационалну ноту и прописују обавезу помоћи свим жртвама нуклеарног оружја.⁴⁹ Овај члан има додатан потенцијал јер може постати подстицај за интензивирање сарадње, али и целокупних дипломатских односа између држава- јачајући тако међународну заједницу. Ово нарочито важи уколико Уговор одјекне у међународној заједници. Даљом анализом, утврђујемо да Уговор регулише састајање држава чланица ради одлучивања о било ком релевантном питању, али и даљој примени овог уговора.⁵⁰ Изворно, уговор прописује одржавање једног састанка у две године, мада оставља могућност чланицама да постигну другачији договор.⁵¹ Лично мишљење сугерише да ће се састанци одржавати још ређе како ако број чланица буде растао. После првих пет година од дана ступања на снагу, Генерални секретар ће сазвати конференцију ради оцене стања примене Уговора, али и напретка у остваривању његових циљева.⁵² После ће ове конференције бити одржавана у временским интервалима од шест година, ако државе чланице не договоре другачије.⁵³

Девети члан регулише трошкове које сnose чланови Уговора.⁵⁴ За нас је интересантан пасус који предвиђа да су трошкови уништења оружја и неповратног расформирања нуклеарних постројења на држави која та оружја мора да уклони.⁵⁵

⁴⁶ Исто, чл. 6.

⁴⁷ Исто.

⁴⁸ Исто, чл. 6.

⁴⁹ Исто.

⁵⁰ Исто, чл. 8.

⁵¹ Исто.

⁵² Исто.

⁵³ Исто.

⁵⁴ Исто, чл. 9.

⁵⁵ Исто.

У духу „добре вере“ о којој говори Споразум о непролиферацији, било би можда целисходније да се ови трошкови поделе међу свим државама чланицама. Аутор је свестан неуобичајености оваквог предлога. Међутим, уз јасно дефинисане механизме, оно може бити подстицај државама да приступе Уговору. Додатно, оно би јачало идеју уклањања нуклеарног оружја, али и идеал заједништва међу члановима међународне заједнице.

Амандмани су предвиђени следећим чланом.⁵⁶ Они могу бити предложени у свако доба достављањем предлога Генералном секретару.⁵⁷ Затим те предлоге он шаље свим државама чланицама које имају рок од 90 дана од циркулације предлога да се изјасне о истом.⁵⁸ Ако већина држава подржи предлог, он ће бити разматран на следећој конференцији чланица.⁵⁹ Тада је неопходно да исти прихвати већина од две трећине држава чланица, затим депозитар доставља амандане свим чланицама.⁶⁰ Коначно, амандман ступа на снагу 90 дана после депоновања инструмента ратификације или прихватањем већине чланица у време усвајања.⁶¹ Решавање спорова који могу настати у вези са Уговором и његовом применом остаје у оквирима члана 33 Повеље Уједињених нација, како је то утврђено у члану 11, док други став говори о потенцијално позитивном дејству састанка држава на плану решавања спорова.⁶² Остављена им је слобода да сами конструишу поступак решавања, као и рок у којем ће спор решити- све док су у оквирима Повеље.⁶³

Универзалност је нешто специфично код предметног уговора јер је њој посвећен цео члан. Прописује се, овим чланом, да ће државе чланице охрабривати остале државе да постану чланице- са циљем универзалног дејства Уговора.⁶⁴ Практична вредност овог члана је, по мишљењу аутора, дискутабилна. Разлог тога је што овде задирамо више на ванправни, него правни терен. Наиме, питање универзалности неког инструмента у међународном праву, само делом зависи од његовог квалитета.

⁵⁶ Исто, чл. 10.

⁵⁷ Исто.

⁵⁸ Исто.

⁵⁹ Исто.

⁶⁰ Исто.

⁶¹ Исто.

⁶² Исто, чл. 11.

⁶³ Исто.

⁶⁴ Исто, чл. 12.

Наравно, тиме не умањујемо суштински значај квалитета који је иманентан сваком добром међународном акту, него истичемо да ће универзалност Уговора на крају дана зависити највише од држава чланица и њихове мотивације.

Члан вредан помена јесте члан шестнаест који утврђује да није дозвољено изјављивање резерви приликом приступања, што је изузетно позитивно, имајући у обзир децидан задатак који овај уговор тежи да оставри.⁶⁵ Следи неограничено трајање уговора⁶⁶ и могућност државе да иступи из Уговора на основу истог механизма какав је и у Споразуму о непролиферацији.⁶⁷ Дакле, држава може иступити из Уговора уколико сматра да су наступила неочекивана дешавања везана за предмет Уговора која су угрозила њене врховне интересе.⁶⁸ Као и код NPT-а, постоји обавеза нотификације и подношења изјаве која садржи те догађаје.⁶⁹ Позитиван је трећи став који прописује да ће иступање добити правну снагу тек протеклом 12 месеци од дана пријема нотификације депозитару.⁷⁰ Ако по истеку тог периода држава постане учесник у оружаном сукобу- она остаје везана облигацијама из Уговора током читавог времена док је у том својству.⁷¹

Последњи члан наше анализе успоставља усаглашавање обавеза Уговора са обавезама других међународних споразума.⁷² Овај члан утврђује да уговор није у супротности са осталим споразумима, све док су обавезе њима преузете компатибилне са нормама овог уговора⁷³. Ово је интересантна поставка, нарочито у односу на Споразум о непролиферацији који очигледно не може бити у потпуној сагласности са Уговором о забрани нуклеарног оружја због тога што Споразум о непролиферацији ограничава ово средство, док га Уговор искључује. Реч је о несагласности чији ће опстанак и деловање бити константно тестирани у годинама пред нама.

⁶⁵ Исто, чл. 16

⁶⁶ Исто, чл.16

⁶⁷ Вид. Споразум о непролиферацији, чл. 10

⁶⁸ *Treaty on the prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, чл. 16

⁶⁹ Исто.

⁷⁰ Исто.

⁷¹ Исто.

⁷² Исто. чл.17

⁷³ Исто.

3. ДОМАШАЈИ УГОВОРА О ЗАБРАНИ НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА

Питање домашаја Уговора је нарочито компликовано јер има правне, али и политичке аспекте. Ни политички, ни нормативни чиниоци нису искључиво позитивни, нити негативни и ми ћемо се осврнути на неке од њих који делују најзанимљивије, али и довољне за закључивање рада.

Прва замерка противника предметног уговора, којих има много, лежи у одсуству дефиниције нуклеарног оружја.⁷⁴ Заиста, анализом уговора нисмо ни на једном кораку наишли на дефинисање нуклеарног оружја. Међутим, аутор ово не сматра пропустом који директно погађа сам уговор јер ни Споразум о непролиферацији, Споразум о забрани нуклеарног тестирања, па ни регионални споразуми о забрани нуклеарног оружја не садрже дефиницију.⁷⁵ Поред тога, можда важнија јесте констатација да је реч о дефиницији која је имплементирана још 1996. године у саветодавном мишљењу Међународног суда правде и довољно је прецизна па потребе праксе без обзира на саветодавни караткер текста у који је интегрисана. На основу тога, можемо је сместити у оквиру судске праксе као извора међународног права у смислу члана 38 Статута Међународног суда правде.

Потом, замерка Уговору јесте и да он непотребно производи паралелну регулативу на плану нуклеарног оружја која ће само сметати Споразуму о непролиферацији.⁷⁶ Наиме, аргументација се креће дуж линија да је нормативна база оба акта иста и да је циљ суштински исти- нуклеарно разоружање. Једина разлика је у томе што Споразум о разоружању говори кроз члан шест док Уговор о забрани нуклеарног оружја има за последицу- разоружање.⁷⁷ Аутор се са овим ставом не слаже јер је Уговор следећи корак ка свету без нуклеарног оружја. Он представља отелотворење идеје „добре воље“ о којој говори

⁷⁴ Tariq Rauf, Fiftieth Anniversary of the Nuclear Non-Proliferation Treaty: Preparing for a Successful Outcome, нав. дело, стр. 8

⁷⁵ Исто.

⁷⁶ Manuel Francisco, Herrera Almela, “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Is It Really Necessary?”, *Opinion document*, Institutio Espanol de Estudios Estrategicos, бр. 104/2018, стр. 7

⁷⁷ Исто.

члан шест Споразума о непролиферацији, поготово што сама преамбула Уговора потврђује генусно својство Споразума о непролиферацији. Стога, између ових аката постоји одређени степен хармоније пре него неслагања и генерисања паралелних режима регулације истог предмета.

Даље, Уговору се замера одсуство система верификације какав је утврђен у Споразуму о непролиферацији.⁷⁸ Међутим, и Уговор о забрани нуклеарног оружја практично има исти систем какав је у Споразуму- минимално, значајне безбедносне мере.⁷⁹

Могућност иступања из Уговора је један од следећих аргумената против овог Уговора.⁸⁰ Ни са овим се не можемо сложити јер, пре свега, Споразум о непролиферацији оставља исту могућност иступања. Друго, питање иступања је уско везано за поштовање субјективитета, суверенитета, али и политичке независности једне државе. Стога, није реално очекивање да ће било која држава моћи да се, просто другачијом формулацијом норме, задржи у споразуму. Свакако, аутор је става да члан седамнаест задовољава због продужења обавеза у наредних дванаест месеци у случају оружаног сукоба.

Проширимо сада анализу. Као што је већ напоменуто, међународно право је специфично због јаког утицаја политике на његове норме, али и ефективност. Уговор о забрани употребе нуклеарног оружја је усвојен без подршке иједне земље која располаже нуклеарним оружјем, али и свих чланица НАТО- пакта, осим Холандије.⁸¹ Штавише, САД, Француска и Уједињено краљевство су изашли на међународну сцену са заједничком изјавом којом су одбиле да се њихове обавезе у вези са нуклеарним оружјем промене и истакле да немају намеру да икада постану чланице Уговора.⁸² Међутим, нуклеарне силе јесу позвале на даље конструктивне дијалоге о нуклеарном разоружању, проблемима међународног мира и стабилности

⁷⁸ Tariq Rauf, Fiftieth Anniversary of the Nuclear Non-Proliferation Treaty: Preparing for a Successful Outcome, нав. дело, стр. 8.

⁷⁹ Harlard Muller, Carmen Wunderlich, "Nuclear Disarmament without the Nuclear- Weapon States: The Nuclear Weapon Ban Treaty", *Daedalus*, American Academy of Arts and Sciences, бр.2/2020, том CXLIX, стр.178.

⁸⁰ Исто, стр. 179.

⁸¹ Tariq Rauf, Fiftieth Anniversary of the Nuclear Non-Proliferation Treaty: Preparing for a Successful Outcome, нав. дело, стр. 7.

⁸² Вид. Manuel Francisco, Herrera Almela, The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Is It Really Necessary?, нав. дело, стр. 11- 12.

који су који су заједнички свим државама и на задржавање пажње на практичним корацима који воде свету без нуклеарног оружја.⁸³ Становиште аутора јесте да овај позив представља празан одјек у ветар јер је, подсетимо се, један од разлога доношења Уговора о забрани нуклеарног оружја оличен у фрустрацијама спорим темпом разоружања. Поготово узимајући у обзир геополитичку ситуацију у свету аутор не види стварног основа у тој вољи и доживљава је као фикцију. Даље, САД се, још 2016. године, док су преговори о Уговору трајали, обратио НАТО пакту и истакао да је комплетно и ургентно нуклеарно разоружање у дубокој супротности са политиком одвраћања и заједничких интереса на којој почива НАТО пакт.⁸⁴ У својој заједничкој изјави, НАТО пакт је указао да Уговор игнорише реалности све изазовније међународне безбедносне околине и да подрива Споразум о непролиферацији нуклеарног оружја.⁸⁵ У том смислу је интересантан став истог аутора да ће НАТО пакт ипак морати некако да се усклади са постојањем овог акта јер су бројне његове чланице на домаћем плану заступници нуклеарног разоружања.⁸⁶ Пакт допушта земљама које имају нуклеарно оружје да заштите остале чланице пакта помоћу тог оружја.⁸⁷ Овде се ради о „нуклеарном кишобрану“ тј. споразуму по којем ће нуклеарне силе пружити нуклеарну заштиту, ако је то потребно, својим савезницима који не располажу нуклеарним арсеналом.⁸⁸ Поврх тога, САД води националну политику којом употребу нуклеарног оружја предвиђа само у ситуацијама када је то неопходно зарад очувања виталних интереса САД, али и њених савезника.⁸⁹ Наравно, ништа од наведеног не би могло да се нормативно одржи по приступању Уговору о забрани нуклеарног оружја- отуда и оштро противљење. Свакако, Уговор је реалност са којом НАТО пакт мора да се суочи и да

⁸³ Исто.

⁸⁴ Исто.

⁸⁵ Emil Dall, “A Balancing Act: NATO States and the Nuclear Ban treaty”, *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: delegitimizing unacceptable weapons?* (приредили: Shatabhisha Shetty, Denitsa Raynova), European Leadership Network, Лондон, 2017, стр. 39.

⁸⁶ Исто, стр. 39.

⁸⁷ Исто, стр. 40.

⁸⁸ *Nuclear Umbrella Arrangements and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, Internet, http://hrp.law.harvard.edu/wpcontent/uploads/2018/06/Nuclear_Umbrella_Arrangements_Treaty_Prohibition.pdf, 06/06/2021.

⁸⁹ Ardit Memeti, “The Treaty on The Prohibition of Nuclear Weapons: Wishful Thinking and Nuclear Deterrence Reality”, *Kuwait International Law School Journal*, Kuwait, бр. 1/2018, том VI, стр. 151.

озбиљно преиспита своју политику одвраћања. Наиме, аутор се слаже се са мишљењем да је НАТО због овог Уговора на специфичном раскршћу јер је притисак држава чланица на њега јак, како у смеру разоружања, али у смеру задржавања тренутне политике.⁹⁰ Ипак, постоји и друга страна медаље. Покрет „несврстаних“, као највећи гласачки блок од 120 земаља је подржао изгласавање овог документа.⁹¹ Оволико гласачко тело јесте већина међународне заједнице. Иако оно дефинитивно није најутицајнији део међународне заједнице, одличан је темељ ка повећању репрезентативности групе држава које подржавају Уговор о забрани нуклеарног оружја. Поред тога, очигледно је, на основу свега да струје у међународној заједници иду ка нуклеарном разоружању, а не даљим „преговорима“ које су нуклеарне силе предложиле поново тек доношењем овог уговора. Надовежимо се на претходно споменути НАТО пакт. Аутор је става да ће будућност радити против тренутне политике ове организације јер ће усмеравати државе чланице све више ка нуклеарном разоружању због растућих притисака о којима говоримо кроз цео рад. Даље, заговорници забране нуклеарног оружја овај акт доживљавају као револуционаран јер стигматиче и експлицитно ставља ван права поседовање и употребу нуклеарног оружја.⁹² Такође, врло је позитивно окретање ка хуманом аспекту забране нуклеарног оружја који је недвосмислено инспирисао доношење овог уговора. Доказ томе јесте деловање Међународне кампање за укидање нуклеарног оружја која је 2013. године на конференцији у Ослу истакла да државе, а ни међународне организације, не поседују средства санације хуманитарне кризе која би избила употребом нуклеарног оружја.⁹³ Ово је, по некима, кључни покретач доношења уговора, поред наравно континуиране фрустрације због понашања нуклерних сила по питању разоружања.⁹⁴ Позитиван је окрет са опасности коју носи нуклеарни рат по светски мир и безбедност на хуманитарну катастрофу глобалних

⁹⁰ Emil Dall, *A Balancing Act: NATO States and the Nuclear Ban treaty*, нав. дело, стр. 42.

⁹¹ Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, стр. 3.

⁹² Shatathisa Shetty, Raynova Denitsa, *Breakthrough or Breakpoint? Global perspectives on the nuclear Ban Treaty*. *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: delegitimizing unacceptable weapons*, нав. дело, стр. 2.

⁹³ Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, стр. 2.

⁹⁴ Ardit Memeti, *The Treaty on The Prohibition of Nuclear Weapons: Wishful Thinking and Nuclear Deterrence Reality*, нав. дело, стр. 145.

размера. Промена перспективе, колико год блага била, отвара врата окупљању око идеје заштите људских живота, али и животне средине- поготово у временима климатских промена. Такво позиционирање ће идеју разоружања приближити још већем броју држава. Сегмент о домаћајима не може бити закључен без осврта на међународно обичајно право. У статуту Међународног суда правде, обичаји су дефинисани као „доказ опште праксе прихваћене као право.“⁹⁵ Општа пракса држава, макар на основу уговора и прилика у међународној заједници, дефинитивно иде у смеру нуклеарног разоружања. Правна снага обичаја лежи у томе што одређено правило изражава вољу међународне заједнице.⁹⁶ Међутим, дискутабилна је репрезентативност те заједнице јер ниједна нуклеарна сила није у њеном саставу. Суд је на плану обичајног права истакао приоритет успостављања *opinio iuris*-а тј. свести о обавезности⁹⁷ и праксе држава да би утврдио да ли постоји обичајноправно правило које забрањује употребу нуклеарног оружја или претњу употребом.⁹⁸ С обзиром на дубоке поделе у међународној заједници, али и чињеницу да је одбио да одлучује о питању „политике одвраћања“, суд није могао да установи постојање *opinio-iuris*⁹⁹. Према Милисављевићу, ово је негативан корак суда који је одлучио да се окрене пракси најачих играча у међународном простору, који су уједно и државе које располажу нуклеарним оружјем, а не већини међународне заједнице.¹⁰⁰ Уз то, исти аутор истиче да није постојао разлог због ког Међународни суд правде није могао да досегне за принципима и правилима међународног права, које смо укратко споменули у уводу, и тако, помоћу општег обичајног права закључи да је ово оружје забрањено.¹⁰¹ Аутор се слаже са изнетим ставом и истиче да је Суд кренуо тим путем, дао би додатан ветар у леђа већини међународне заједнице која је настројена у корист разоружања. Самим тим, можда би Уговор био донет раније,

⁹⁵ Вид. члан 38. став (б).

⁹⁶ Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 91.

⁹⁷ Исто, стр. 89.

⁹⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, нав. дело стр. 24.

⁹⁹ Исто, стр. 32.

¹⁰⁰ Бојан Милисављевић, *Међународно обичајно право*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2016, стр. 52-53.

¹⁰¹ Исто.

или би Споразум о пролиферацији, у смислу члана шест- био ефикаснији, те нам Уговор не би ни био потребан. Додатно, државе које су против Уговора су свој став по том питању јасно и децидно изнеле- тако стављајући формални протест.¹⁰² Време ће показати да ли ће они прерасти у тзв. истрајне приговараче¹⁰³, мада је лични став аутора да хоће, нарочито у светлу Споразума о непролиферацији као завесе иза које могу да се сакрију. Не улазећи у проблеме које међународној заједници доноси концепт „истрајног приговарача“¹⁰⁴, аутор закључује да ни овај генисни извор међународног права, неће бити од велике помоћи Уговору. Дакле, питање домашаја овог уговора је изазовно. Као што је Суд у свом саветодавном мишљењу остао на неком међутерену у свом одговору, тако и аутор овде мора застати и ускратити директан одговор на питање домашаја. Ради се о младом правном акту у међународној сфери. Поред тога, он је револуционаран јер по први пут ставља нуклеарно оружје у зону неправда. Са једне стране, мало је вероватно да ће нуклеарне силе приступити овом уговору, нарочито са затезањем дипломатских односа, поготово САД и Русије доласком нове администрације у Белу кућу. Чак ни обичаји, који попут воде пронађу свој пут ка кодификованом међународном праву или се то исто кодификовано право временом претапа у обичаје- овде неће имати битнијег дејства. Свакако, време ће бити судија стварних домашаја оваквог уговора, али је аутор личног мишљења да практични домашаји неће превазићи границе инструментализације воље међународне заједнице. То наравно не значи да он нема вредност, али о томе ћемо у закључку.

4. ЗАКЉУЧАК

Прошло је 76 година од употребе нуклеарног оружја- читав један живот. Идући од бомбардовања Хирошима и Нагасакија до ступања на снагу Уговора о забрани нуклеарног оружја- схватили смо да је реч о питању које је прожето, не само правом, већ и политиком. Међународни односи и утицаји највећих „играча“ у међународној заједници диригују правним нормама и

¹⁰² Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, нав. дело, стр. 95.

¹⁰³ Исто.

¹⁰⁴ Вид. Бојан Милисављевић, *Међународно обичајно право*, нав. дело, стр. 127.

аутор проналази вредност Уговора о забрани нуклеарног оружја у исказивању заједничке воље заједнице против тих кључних играча. Иако је та воља резултирала оштрим противљењем, правни значај исхода Уговора ће бити драгоцен деценијама које долазе. Он не лежи само у сагледању тога ко ће однети победу, нуклеарне силе и њихови савезници или противници нуклеарног оружја. Као што смо могли видети, тачан одговор се не мора нужно поклопити и са оним интуитивним. Нема сумње да је Уговор оставио бројна питања отворена, попут верификације и мера према државама које напусте Уговор и окрену се нуклеарном оружју, али ће ово бити предмет будућих дискусија и дебата на путу денуклеаризације.¹⁰⁵ На питања која историјски муче међународну заједницу није захвално давати експлицитне одговоре услед њихове изразите сложености. На пример, у претходним деловима смо спомињали разорна страдања која је Јапан претрпео због нуклеарног оружја, а који се данас противи Уговору зарад заштите коју му пружа САД.¹⁰⁶ Даље, Уговор не треба бити тумачен као противан Споразуму о непролиферацији, нити као инструмент грађења паралелног правног режима регулативе нуклеарног оружја. Напротив, он је један еволуционистички корак ближе свету лишеном тог оружја. Истина је да он има одређене пропусте и да не адресује сва питања која су неопходна за укидање нуклеарног оружја. Свакако, изузетно је драгоцен јер успоставља експлицитну забрану нуклеарног оружја у целини. Дакле, не само његове употребе, већ и постојања. Следећи стадијум у борби за ослобађање света од нуклеарног оружја је успостављање јасних механизма те борбе. Државама са нуклеарним наоружањем ће се тако пружити довољно сигурности и гаранција да би се оне одрекле нуклеарних бомби. Тако ће кочано политика одвраћања отићи у историју. Што се „добре вере“ у смислу члана шест Споразума о непролиферацији тиче, да су је државе које располажу нуклеарним оружјем заиста показале, овај уговор би свакако постојао по мишљењу аутора. Једина разлика лежи у томе што би он или раније био донет или би се дубље упустио у механизме денуклеаризације. Наравно, та „добра вера“ би природно водила нуклеарне силе Уговору, а не даље

¹⁰⁵ Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, стр. 2.

¹⁰⁶ Исто, стр. 5.

од њега. Све ово можда звучи бајковито, али не заборавимо природу међународног права. Оно вечито тежи помирењу свих интереса и успостављања што јаче међународне заједнице, а оно што је сигурно, то је да у оквиру такве заједнице, каквој оно стреми, нема места нуклеарном оружју. Све док оно постоји, међународна заједница ме може говорити о сувереној једнакости свих њених чланица јер ово оружје неминовно чини неке државе „једнакијим“ од других.¹⁰⁷ Стога, „зугзванг“ није и не може бити адекватно понашање међународне заједнице јер време ради против такве стагнације. Споразуму о непролиферацији свакако не смемо одузети вредност и заслужено место у систему међународног права, чак је и сам Уговор, како је већ истакнуто, његов следећи корак. Међутим, Споразум о непролиферацији није сам по себи довољан и Уговор о забрани нуклеарног оружја представља *conditio sine qua non*¹⁰⁸ без којег нема света без нуклеарног оружја и о чијим конкретним домашајима ће само време моћи адекватно да пресуди.

ЛИТЕРАТУРА

Јончић Владан, *Међународно хуманитарно право*, Универзитет у Београду- Правни факултет, Београд, 2015.

Крећа Миленко, *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду- Правни факултет, Београд, 2020.

Миљисављевић Бојан, *Међународно обичајно право*, Универзитет у Београду- Правни факултет, Београд, 2016.

Спремо-Потпаревић Биљана, „Генетички ефекти јонизујућег зрачења“, *Acta Clinica*, Клинички центар Србије, Београд, бр. 1/2005, том V.

Dall Emil, “A Balancing Act: NATO States and the Nuclear Ban treaty”, *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: delegitimizing unacceptable weapons?* (приредили: Shatabhisha Shetty, Denitsa Raynova), European Leadership Network, Лондон, 2017.

Francisco Herrera, Almela Manuel, “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Is It Really Necessary?”, *Opinion document*,

¹⁰⁷ Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, нав. дело, стр. 151.

¹⁰⁸ Исто.

Institutio Espanol de Estudios Estrategicos, бр. 104/2018.

Henckaerts Jean Marie, Doswald Louise *International humanitarian law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

Memeti Ardit, “The Treaty on The Prohibition of Nuclear Weapons: Wishful Thinking and Nuclear Deterrence Reality”, *Kuwait International Law School Journal*, Kuwait, бр. 1/2018, том VI.

Muller Harlard, Carmen Wunderlich, “Nuclear Disarmament without the Nuclear- Weapon States: The Nuclear Weapon Ban Treaty”, *Daedalus*, American Academy of Arts and Sciences, бр.2/2020, том CXLIX.

Rauf Tariq, “Fiftieth Anniversary of the Nuclear Non-Proliferation Treaty: Preparing for a Successful Outcome”, APLN/CNND, бр. 48/2017.

Shetty Shatathisa, Raynova Denitsa, “Breakthrough or Breakpoint? Global perspectives on the nuclear Ban Treaty.Treaty on the Prohibition of Nucelar Weapons: delegitimizing unacceptable weapons” (приредили: Shatathisa Shetty, Denitsa Raynova), European Leadership Network, Лондон, 2017.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Резолуција Генералне Скупштине А_RES_1(I)

Резолуција Генералне Скупштине А_49_75К

Резолуција Генералне Скупштине А_RES_71/L.41

Резолуција Генералне Скупштине А_RES_71/258

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, Хар, 8. јул 1996.

Treaty on the prohibition of Nuclear Weapons, Генерална скупштина Организације уједињених нација, 2017, https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf.

Non-proliferation treaty, Генерална скупштина Организације уједињених нација, 1968, <https://www.un.org/disarmament/wmd/>

nuclear/npt/text.

U.S. Delegation to the 2010 Nuclear Nonproliferation treaty review conference.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Услови за ступање на снагу у смислу педесетог инструмента ратификације Уговора о забрани нуклеарног оружја, испуњени су 20 октобра 2020. године. Internet, <https://treaties.un.org/doc/ublication/CN/2020/CN.478.2020-Eng.pdf>.

Статус Уговора о забрани нуклеарног оружја, Internet, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26.

Zac Russel, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, Internet, <https://www.odu.edu/content/dam/odu/offices/mun/issue-brief-2019/ib-1st-prohibition-of-nuclear-weapons.pdf>.

Nikola Stanković

ANALYSIS AND REACHES OF THE TREATY ON THE
PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS

- Resume -

Treaty on the prohibition of nuclear weapons is the first international document to directly prohibit nuclear weapons. Article takes into consideration the nature of nuclear weapons as agent in armed conflict and concisely puts the Treaty in adequate place within the system of international law. Analyzing the Treaty in whole, documents and work of international community that preceded the Treaty, it becomes possible to determine its reaches. Author points to uncertainty of those reaches and that time will yet grant their final judgement. Non the less, legal significance of prohibiting the most destructive weapon in human history is monumental.

Key words: prohibition, nuclear, weapon, treaty, reach.

* Овај рад је примљен 22. јуна 2021. године, а прихваћен на састанку Редакције 31. августа 2021. године

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Редакција часописа „*Архив за правне и друштвене науке*“ прихвата радове који су уређени на следећи начин.

Радови који нису усклађени са датим упутствима неће бити разматрани за објављивање у часопису.

За писање рада користити **ћирилично писмо**.

Текст писати у фонту *Times New Roman*, величина фонта **12**, са увученим пасусима и проредом **1,5** и маргинама *Normal 2,5 cm*.

Обим рада не сме бити већи од 36.000 карактера са размаком (приликом провере броја карактера користити: *Review/Word Count/Character (with spaces)* – активирати опцију *Include textboxes, footnotes and endnotes*).

Име и презиме аутора се пише на средини, малим словима – *Bold* и *Italic* (фонт 12).

Афилијација се пише испод имена аутора на средини, малим словима – *Italic* (фонт 12). Уколико је аутор запослен на факултету, након навођења факултета, наводи се и универзитет (нпр. *Правни факултет, Универзитет у Београду*). Уколико је аутор запослен на институту, наводи се и град у коме се институт налази (нпр. *Институт за политичке студије, Београд*).

Наслов се пише на средини, великим словима – *Bold* (фонт 14). Фуснота поред наслова служи за навођење назива и броја пројекта у оквиру кога је чланак написан.

Сажетак се пише испод наслова на средини малим словима величина фонта 12. Испод тога пише се текст сажетка у обиму од 100 до 250 речи – фонт 12, *Justify*. Сажетак садржи предмет анализе, циљ рада, коришћене теоријско-методолошке приступе, резултате и закључке рада.

Кључне речи се пишу испод текста сажетка малим словима (фонт 12), и одвајају зарезом. Наводи се од 5 до 10 кључних речи.

Поднаслови се пишу на средини, великим словима – *Bold* (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне се такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – малим обичним словима *Bold* (фонт 12).

Начин цитирања:

Фусноте у форми напомена се дају на дну стране у којој се налази коментарисани део текста или навођене литературе. Фусноте уносити командом *Insert – Reference – Footnote*. Фусноте се пишу у фонту *Times New Roman*, величина слова 10. Фусноте треба поравнати по левој и десној маргини, односно изабрати опцију *Justify*.

Приликом навођења фуснота руководити се следећим упутствима:

• приликом навођења *монографије/књиге* фуснота мора садржати:

– Име и презиме аутора, наслов рада курзивом (*Italic*), назив издавача, место, годину издања и број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

– Уколико издање има **више** од два аутора/уредника наводи се име и презиме првог аутора/уредника уз додавање скраћенице (*et al.*) *Italic*.

• приликом навођења *чланака из часописа*:

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа курзивом (*Italic*), назив издавача, место издавања, број, година излажења и број стране.

– **Пример:** Владан Петров, „У потрази за уставном стабилношћу у Републици Србији“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2017, том IV, стр. 592.

• приликом навођења *зборника радова/поглавља из књиге*:

– Име и презиме аутора, назив рада под наводницима, назив зборника/поглавља курзивом (*Italic*), имена и презимена приређивача зборника у загради, назив издавача, место издања, година издања, број стране.

– **Пример:** Коста Чавошки, „Устав као средство агитације и пропаганде“, у зборнику: *Два века српске уставности* (приредили: Александар Фира, Ратко Марковић), Српска академија наука и уметности и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 330.

• **приликом навођења извора са Интернета** (не смеју прећи више од 10% коришћене литературе):

– Име и презиме аутора, наслов чланка курзивом (*Italic*), пуну интернет адресу и датум приступа.

– **Пример:** Karen Devine, *Stretching the IR theoretical spectrum of debate on Irish neutrality: arguments and evidence in favor of a critical social constructivist framework of understanding*, Internet, http://doras.dcu.ie/609/1/int_pol_sci_29_4_2008.pdf, 05/03/2018.

• **приликом навођења архивске грађе:**

– мора да садржи назив институције у којој се грађа чува, фонд, фасциклу (уколико има), назив документа (ако нема назива документа одређује се тако да одговори на питања: ко? коме? шта?), место, датум.

– **Пример:** Архив Србије, МИД, К-Т, ф 2, р93/1894, Извештај Министарства иностраних дела о постављењу конзула, Београд, 19. април 1888.

• **приликом навођења прописа/закона:**

– Пуним називом прописа/закона, курзивом гласило у коме је пропис објављен, број и година објављивања.

– **Пример:** Закон о судијама – ЗоС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - одлука УС, 106/2015, 63/2016 - одлука УС и 47/2017).

• **приликом навођења публикација у новинама:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив новине курзивом, датум објављивања

– **Пример:** Слободан Кљакић, „Черчилов рат звезда против Хитлера“, *Политика*, 21. 12. 2004.

Код поновљеног цитирања истог извора узастопно на истој страни користити:

– Исто, број стране

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104. Исто, стр. 105.

Код поновљеног цитирања истог извора уколико није узастопно и на истој страни користити:

– Име, презиме аутора, назив извора, нав. дело, број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

Драган Стојановић, *Уставно судство*, нав. дело, стр. 104.

Код уноса табела и графикана користити:

Изнад табеле/графикана центрирано пише се Табела/Графикон, редни број, назив табеле, величина фонта 10.

Испод табеле/графикана пише се Извор: навести извор по правилима цитирања за фусноте, величина фонта 10.

За „види више“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „Упореди“ скраћеница „Упор.“.

Литература се наводи на исти начин као и у фуснотама, с тим што се прво наводи презиме, па име аутора. У случају када постоји више аутора који су у фуснотама означени скраћеницом *et al.*, у литератури се наводи пуно име и презиме свих аутора.

Литература је поређана по азбучном реду за изворе на ћириличном писму, који се први наводе, а затим по абecedном реду

за изворе на латиници. **Одвојено се наводи попис коришћених правних извора (Под насловом Правни извори, у оквиру којих се може издвојити посебно судска пракса) и попис извора коришћених са интернета (Извори са интернета).**

За чланке из часописа, зборника као и за поглавља у књигама потребно је навести од које до које стране је чланак или поглавље у зборнику/књизи.

Литература садржи само изворе који су наведени у фуснотама.

Након литературе, латиничним писмом навести **име и презиме аутора** на средини – *Bold* (фонт 12), испод тога наслов рада на енглеском великим словима – *Bold* (фонт 14).

Резиме (*Resume*) се пише на средини, малим словима – *Bold* (фонт 12). Испод тога пише се текст резимеа на енглеском језику у обиму до **1/10** дужине чланка. Резиме садржи резултате и закључке истраживања до којих је аутор дошао у свом раду и то знатно шире него у сажетку.

Кључне речи (*Keywords*) се пишу малим словима (фонт 12) и одвајају зарезом.

Радови који се предају за објављивање морају да се заснивају на новијој литератури, посебно на изворима, тј. радовима који су објављени у научним часописима правне и политиколошке тематике.

Аутори су у обавези да приликом слања радова доставе и изјаву о ауторству, тј. да тај рад није раније објављиван, те да он није аутоплагијат или плагијат.

Радови са ауторском изјавом шаљу се на адресу:
arhiv@ips.ac.rs.

УПУТСТВА ЗА РЕЦЕНЗЕНТЕ

Улога рецензента је да допринесе очувању високог квалитета нашег часописа. Рецензије су анонимне у оба смера. Рок за рецензирање је седам дана од пријема рада. Садржај рецензије је поверљив, те се не сме откривати особама које нису у уредништву часописа. Уколико рецензент у било ком тренутку схвати да постоји било који вид конфликта интереса у вези са радом који треба да рецензира потребно је да о томе што пре обавести редакцију. Приликом рецензије рукописа, рецензент треба да попуни рецензентски лист у прилогу.

Име, презиме и звање аутора текста:

Назив рада:

Актуелност, друштвени и научни значај разматране теме:

У којој мери је аутор јасно назначио теоријски, методолошки приступ у раду:

Да ли је рад заснован на савременој и релевантној литератури, посебно у којој мери је аутор користио најновије резултате објављене у научним часописима и зборницима (посебно часописи и зборници из области права и политикологије).

Научни и друштвени допринос рада.

Општи коментар о квалитету рада:

Ваша сугестија аутору за побољшање квалитета рада, ако је потребно:

Молимо Вас да одаберете једну од препорука за категоризацију рада:

Оригинални научни рад

Прегледни рад

Научна критика, полемика и осврти

Молимо Вас да одаберете једну од препорука о публикавању овог рада:

Објавити без измена

Објавити уз мале измене

Након корекције, рад послати на нови круг рецензије

Одбити

Додатни коментари за уредника који се тичу етичких (плагијаризам, превара, итд.) или неких других аспеката рада, а који ће уреднику помоћи у доношењу коначне одлуке о даљем статусу рада.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АРХИВ за правне и друштвене науке = Archive for
Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник
Владан Петров. - Год. 1, књ. 1, св. 1 (1906)-год. 9, књ. 17,
св. 4 (1914) ; год. 10, књ. 1(18), св. 1 (1920/1921)-год. 31,
књ. 42(52), св. 3 (1941) ; год. 32, књ. 1(60), св. 1/2 (1945)-

. - Београд : Савез Удружења правника Србије и
Републике Српске : Институт за политичке студије, 1906
- (Београд : Бирограф). - 23 cm

Тромесечно. - Текст на срп. и енгл. језику. – Прекид у
излажењу од 2014-2018. год.

ISSN 0004-1270 = Архив за правне и друштвене науке

COBISS.SR-ID 578831