

MEĐUNARODNO PRAVO U VAŽEĆEM USTAVU I AMANDMANIMA NA USTAV REPUBLIKE SRBIJE IZ 2018. GODINE – IZVITOPERENI MONIZAM?

Ana ZDRAVKOVIĆ*

Apstrakt: Neformalni postupak izmena važećeg Ustava Republike Srbije u delu koji se odnosi na pravosuđe počeo je još 2017. godine, kada je Ministarstvo pravde prvi put pozvalo predstavnike pravosudne struke i civilnog sektora da dostave svoje predloge izmena. Od tada se debatuje i piše o različitim problemima i nesuglasicama koje su se javile tokom ovog procesa, ali ne i o odnosu sudova i sudija prema međunarodnom pravu. Nezapaženo je prošao deo amandmanskog teksta prema kome sudije više ne sude na osnovu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Zato, rad reinkarnira diskusiju oko toga šta su uopšte opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i kakav je njihov položaj u važećem Ustavu, a u širem smislu i kakav je odnos važećeg Ustava prema međunarodnom pravu uopšte. Imajući u vidu da se izmene Ustava vrše u cilju ispunjenja uslova za prijem Srbije u Evropsku uniju, važno je da Ustav zauzme jasan stav prema izvorima međunarodnog prava i time ohrabri sudije da u svom radu kontinuirano razmatraju i neposredno primenjuju međunarodno pravo. To bi, svakako, bilo otežano ako bi se iz Ustava eliminisala odredba prema kojoj sudije u svom radu primenjuju i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. S obzirom da je formalni predlog za promenu Ustava podnet tek novembra 2018. godine, rad pretenduje da ukaže na značaj navedene odredbe i apeluje da se u predstojećem procesu izneti problemi reše.

Ključne reči: opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava, Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, Amandmani na Ustav Republike Srbije iz 2018. godine.

UVODNE NAPOMENE

Republika Srbija se obavezala na promenu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe Nacionalnom strategijom reforme pravosuđa za period od 2013. do 2018. godine i Akcionim planom za Poglavlje 23, u cilju realizacije procesa

* Doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ana.zdravkovic@ius.bg.ac.rs

pridruživanja Evropskoj uniji.¹ S obzirom na preuzete obaveze, Ministarstvo pravde je tokom 2018. godine izradilo četiri različite verzije amandmana.² Bila je to jedinstvena prilika da se regulišu pitanja koja su predmet kritike u odnosu na Mitrovdanski Ustav, makar kada je reč o delu koji se odnosi na sudove i sudije. Jedno od tih pitanja, kome u ovom procesu nije posvećeno dovoljno pažnje, je odnos Ustava prema međunarodnom pravu, odnosno status izvora međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku. Važeći Ustav priznaje dva izvora međunarodnog prava – opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđene međunarodne ugovore, koji su sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju.³ Dodatno, u delu Ustava koji se odnosi na pravosuđe propisano je da sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora.⁴ Međutim, sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona.⁵ Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava očigledno su izostavljena. Dakle, prema važećim odredbama Ustava, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava jesu izvor prava u Republici Srbiji, neposredno se primenjuju, sudovi mogu suditi na osnovu njih, ali ne i presuditi pozivajući se na iste?! Ovakva nedoslednost u regulisanju odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava ne čini se prihvatljivom za savremene najviše opšte pravne akte demokratskih država i nesumnjivo izaziva konfuziju u primeni međunarodnog prava od strane domaćih organa.⁶ Stoga se od

¹ Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period od 2013. godine do 2018. godine usvojena je 1. jula 2013. godine od strane Narodne skupštine RS, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>, pristupljeno 28.01.2019. godine; Akcioni plan za Poglavlje 23 usvojila je Vlada RS 27. aprila 2016. godine, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nacr%20Ko%20nacna%20verzija1.pdf>, pristupljeno 28.1.2019. godine.

² U januaru 2018. godine Ministarstvo pravde je objavilo Radni tekst amandmana na Ustav Republike Srbije, zatim ga u aprilu iste godine modifikovalo pod nazivom Nacrt amandmana Ustava Republike Srbije, a potom ga još dva puta izmenilo, u septembru kao Radni tekst ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa usklađen sa preporukama Venecijanske komisije, i oktobru, kao Nacrt ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa, sve verzije dostupne na internet stranici Ministarstva pravde, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, pristupljeno 28.1.2019. godine.

³ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁴ *Ibid.*, član 142. stav 2.

⁵ *Ibid.*, član 145. stav 2.

⁶ Presude u kojima se sudovi pozivaju na međunarodno pravo, čak i kada se radi o konvencijama iz oblasti ljudskih prava, su na nivou incidenta, Marko Novaković, „Odnos države prema ljudskim pravima kroz neposrednu primenu međunarodnih konvencija“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013, str. 225.

aktuelnih izmena Ustava opravdano može očekivati da će prevazići opisanu nekonzistentnost i jasno regulisati, makar, odnos sudova i sudija prema međunarodnom pravu.

ŠTA SU ZAPRAVO OPŠTEPRIHVAĆENA PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA?

Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava kod nas prvi put pominje Ustav Savezne Republike Jugoslavije iz 1992. godine, ističući da su međunarodni ugovori koji su potvrđeni i objavljeni u skladu sa Ustavom i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka,⁷ kao i da Savezna Republika Jugoslavija u dobroj meri ispunjava obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora u kojima je ona strana ugovornica.⁸ Prema tome, međunarodno pravo jeste deo unutrašnjeg pravnog poretka, ali ostaje lišeno neposredne primene. Takvo rešenje odaje utisak ambivalentnosti, jer *prima facie* prihvata monizam, ističući da je međunarodno pravo deo unutrašnjeg pravnog poretka, ali ne prihvata i drugu suštinsku karakteristiku monizma po kojoj se norme međunarodnog prava neposredno primenjuju, bez potrebe da u posebnoj formi budu unete u unutrašnje pravo.⁹

Iako je važeći Ustav prevazišao pomenuti nedostatak i, makar načelno, prihvatio neposrednu primenu međunarodnog prava, ni nakon njegovog usvajanja nije bilo potpuno jasno koja se pravila zapravo podrazumevaju pod opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Prema jednom od tumačenja, to su pravila koja proizlaze iz svih izvora navedenih u članu 38 stav 1 Statuta Međunarodnog suda pravde,¹⁰ jer su svi navedeni izvori opšte prihvaćeni.¹¹ Da li bi pak trebalo prihvatiti da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava mogu proizaći i iz pomoćnih izvora međunarodnog prava? Pogotovo uzimajući u obzir da sam Statut Međunarodnog

⁷ Član 16 stav 2 Ustava Savezne Republike Jugoslavije, *Službeni list SRJ*, br. 1/1992.

⁸ Član 16 stav 1 Ustava Savezne Republike Jugoslavije, *Službeni list SRJ*, br. 1/1992.

⁹ Malcolm N. Shaw QC, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 140.

¹⁰ Član 38 stav 1 navodi sledeće izvore:

- a) međunarodne konvencije, bilo opšte ili posebne, kojima se ustanovljavaju pravila izričito priznata od strane država u sporu;
- b) međunarodni običaj, kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo;
- c) opšta pravna načela priznata od strane prosvetljenih naroda;
- d) pod uslovom odredbe člana 59, sudske odluke i doktrina najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda, kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila.

¹¹ Vojin Dimitrijević, et al., *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2012, str. 26.

suda pravde definiše pomoćne izvore – sudsku praksu i doktrinu najpoznatijih stručnjaka javnog prava raznih naroda – kao sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila, dakle onih pravila sadržanih u glavnim formalnim izvorima međunarodnog prava? Ne umanjujući njihov nesumnjivi značaj, ali ako oni nisu formalni izvori objektivnog međunarodnog prava na međunarodnom nivou, ne deluje opravdano smatrati ih formalnim izvorima međunarodnog prava ni na nacionalnom nivou. Stoga, eliminacijom pomoćnih izvora iz člana 38 stav 1 Statuta sledi pitanje: jesu li opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava možda pravila koja deriviraju iz glavnih formalnih izvora međunarodnog prava, odnosno međunarodnih konvencija, međunarodnih običaja i opštih pravnih načela priznatih od strane prosvetljenih naroda? Za početak, potrebno je podsetiti da su opšta pravna načela glavni supsidijarni izvor, specifične prirode, koji je namenjen Međunarodnom sudu pravde za prevazilaženje nekadašnjih brojnih pravnih praznina u međunarodnom pravu. Takođe, radi se o pravilima prihvaćenim od strane „civilizovanih“ naroda *in foro domestico*, dakle izvorno nacionalnim pravilima, koja tek primenom od strane Međunarodnog suda pravde postaju pravila međunarodnog prava. Zbog toga bi se teško mogao braniti stav da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava u stvari opšta pravna načela, kao pravila koja izvorno uopšte i nisu pravila međunarodnog prava. Dakle, preostaju međunarodne konvencije i međunarodni običaji, kao glavni formalni izvori međunarodnog prava. S obzirom da važeći Ustav odmah nakon opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava navodi potvrđene međunarodne ugovore, nameće se zaključak da su opšteprihvaćena pravila zapravo običajna pravna pravila. Većinski stav¹² i jeste da se radi o međunarodnom običajnom pravu, nepisanim pravilima koja nastaju dugotrajnom, opštom i konzistentnom praksom država, koje prati svest o pravnoj obaveznosti, što je potvrđeno i od strane Ustavnog suda Republike Srbije.¹³

¹² Videti na primer Ivana Krstić, „Status međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije i njegova primena u praksi“, *Pravni život*, 64, knj. 578, br. 12, 2015. godina, str. 25; Maja Nastić, *Ustavnopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012, str. 209, ili Sanja Đajić, „Primena međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije: načela i praksa“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013, str. 498.

¹³ Rešenje Ustavnog suda IUz br. 43/2009 od 9. jula 2009. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2009, u kome sud navodi da se radi o „izvoru koji ili sadrži pravila ponašanja subjekata međunarodnog prava koja su nastala kao međunarodni običaj i odnose se na stalnu i jednoobraznu praksu država u odnosu na neke najopštije vrednosti ... ili sadrže načela koja treba primenjivati ako nema podrobnijih pravila i na osnovu kojih treba postupati pri tumačenju drugih normi. Ova načela izvode se iz principa zajedničkih svim ili većini savremenih demokratskih pravnih sistema.“ Izvesno je da drugi deo citiranog obrazloženja izlazi iz okvira običajnih pravnih pravila i okreće se nekom drugom izvoru, koji prema citiranom opisu najviše podseća na opšta pravna načela prihvaćena od strane prosvetljenih

POSTOJE LI TERMINOLOŠKE NEDOSLEDNOSTI U VAŽEĆEM USTAVU REPUBLIKE SRBIJE I ZAMAGLUJU LI ONE VEĆ INICIJALNO NEJASNE POJMOVE?

Na ovom mestu bi trebalo pomenuti i terminološku nedoslednost koja karakteriše važeći Ustav iz 2006. godine i delom se odnosi i na odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava. U kontekstu međunarodnih odnosa, odredbom člana 16 stav 1 propisano je da spoljna politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava. U stavu 2, koji je već pomenut, ustavotvorac se opredeljuje isključivo za termin opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Može biti da je u pozadini ovako precizne operacije terminima „principi“ i „pravila“ shvatanje profesora Radomira Lukića, prema kome su pravni principi (načela) najopštije norme pravnog poretka, koje se odnose na sve ostale norme tog istog poretka i postavljaju okvire, granice značenja manje opštih normi.¹⁴ Ili su, kao prema peru Dworkina, pravila konkretne komande koje se mogu samo primeniti ili ne primeniti, dok se na osnovu principa ne može odlučiti o postojanju konkretnih prava i obaveza, kao i da će se u slučaju sukoba više principa primeniti test proporcionalnosti (balansiranja), a u slučaju sukoba pravila, jedno će uvek poništiti drugo.¹⁵ Na međunarodnom planu odnos između principa i pravila možda je još kontroverzniji, s obzirom da se fundamentalna pravila tradicionalno nazivaju principima, a njihova je priroda nadasve specifična.¹⁶

Na prvom mestu su svakako kognitivna pravila o zabrani pretnje upotrebom sile i upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti druge države, obaveza rešavanja sporova mirnim putem i zabrana mešanja u unutrašnje poslove

naroda. Kako je, međutim, već objašnjeno da su opšta pravna načela izvor svojstven međunarodnom pravu i namenjen pre svega Međunarodnom sudu pravde, otvoreno je pitanje upotrebne vrednosti ovog izvora u unutrašnjem pravu i uopšte opravdanosti tumačenja opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava kao opštih pravnih načela. Zbog toga, autor predlaže da se tumačenje zadrži i ograniči na običajnim pravnim pravilima.

¹⁴ Radomir D. Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 123-124.

¹⁵ Ronald Dworkin, "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, 35/1967, pp. 27-28.

¹⁶ Postojanje inherentnog sukoba između principa i pravila na međunarodnom nivou priznaje i profesor Lou, kada ističe da se u slučaju Deklaracije načela međunarodnog prava ipak radi o principima, a ne pravilima, Vaughan Lowe, *International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 101. Sa druge strane, Petersen jasno objašnjava da je očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti princip, dok je zabrana upotrebe sile pravilo, Niels Petersen, "Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", *American University International Law Review*, vol. 23/2, 2007, p. 290.

druge države, koja su propisana Poveljom Ujedinjenih nacija,¹⁷ i dodatno precizirana Deklaracijom načela međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji između država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija iz 1970. godine.¹⁸ Sama Deklaracija ih obeležava kao principe, a opet ona su ne samo obavezujuća običajna pravna pravila, već su imperativna pravila kogentne prirode, od kojih nikada nisu dozvoljena odstupanja (osim ako je i sam izuzetak kogentne prirode) i koja se nikada ne mogu derogirati. U svakom slučaju, to nisu obeležja principa od kojih je ovo promišljanje počelo. I tu je možda *ratio* opredeljenja ustavotvorca da spoljna politika ne bude zasnovana samo na ugovornim ili običajnim pravilima, već i principima koji su opšteprihvaćeni u međunarodnom pravu. Ako je ovo objašnjenje u bilo kom delu prihvatljivo i logički dosledno, moguće je da se u članu 16 važećeg Ustava uopšte i ne radi o terminološkoj nedoslednosti. Glavni argument koji baca senku sumnje na ovakav rezon je nepostojanje obrazloženja za druge terminološke nekonzistentnosti u Ustavu, poput okolnosti da se u članu 16 stav 2 koristi termin *potvrđeni međunarodni ugovori*, dok je već u narednom članu upotrebljen termin *međunarodni ugovori*.¹⁹ Autor ne može naslutiti razlog zbog koga je položaj stranaca regulisan svim međunarodnim ugovorima, a ne samo potvrđenim, koji su sastavni deo pravnog poretka Srbije i neposredno se primenjuju. Nejasno je i zbog čega položaj stranaca nije regulisan i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, koja su drugi izvor međunarodnog prava u Republici Srbiji.

Položaj potvrđenih međunarodnih ugovora u ustavnom poretku odvojeno je, mada ništa manje konfuzno pitanje. Pre svega, dilema postoji oko toga šta znači *potvrđeni* kao atribut koji se pojavljuje uz međunarodne ugovore. Jesu li to samo međunarodni ugovori koji podležu obaveznoj parlamentarnoj ratifikaciji, ili se odnosi na sve međunarodne ugovore koji su potvrđeni i drugim instrumentima ratifikacije, poput Uredbe Vlade?²⁰ Naravno, prihvatljivije je da to budu svi međunarodni ugovori, jer bi u suprotnom samo prvi bili sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka, što bi izazivalo još veće probleme u praksi od onih koje može izazvati ova neprecizna formulacija. Pomenuvši nepreciznost, u kontekstu međunarodnih ugovora postoji još jedna nejasnoća. Odnosi se na član 16 stav 2 koji propisuje da potvrđeni međunarodni ugovori *moraju biti u skladu* sa Ustavom, dok se u članu 194 stav 4 ustavotvorac opredelio za sintagmu *ne smeju biti u suprotnosti* sa Ustavom. Na prvi pogled možda sinonimi, ove formulacije ipak to nisu. One ukazuju na drugačiji stepen saglasnosti koji se zahteva od potvrđenih

¹⁷ United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

¹⁸ United Nations, General Assembly Resolution 2625 (XXV), 1970, Doc. A/RES/2625 (XXV).

¹⁹ Član 17 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

²⁰ Maja Nastić, *Ustavopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*, op. cit., str. 206.

međunarodnih ugovora u odnosu prema Ustavu, a takva neopredeljenost nije prikladna najvišem opštem pravnom aktu.

Konačno, u odredbi člana koji reguliše neposrednu primenu ljudskih prava, u vezi sa tumačenjem odredbi o ljudskim i manjinskim pravima, navedeni su i termini međunarodni standardi ljudskih i manjinskih prava i praksa međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.²¹ I ovaj član oštro je kritikovan. S jedne strane, zbog nejasnog značenja termina *međunarodni standardi*, kao i zbog toga što iz navedenog ustavnog pravila ne proizlazi nedvosmislen zaključak da li se ono odnosi isključivo na tumačenje ustavnih odredbi o ljudskim i manjinskim pravima, ili svih odredbi koje regulišu ovu materiju, nezavisno od toga u kom pravnom propisu se nalaze.²² Štaviše, može biti da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori izvor međunarodnog prava *en général*, dok se u slučaju tumačenja specifične materije ljudskih i manjinskih prava, koja se katkad naziva i ustavnom materijom međunarodnog prava,²³ mora u obzir uzeti širi spektar izvora, pa tako i međunarodni standardi i praksa relevantnih međunarodnih tela. Nevolja je utoliko što Ustav nije ostao dosledan stavu iz člana 18, te se ni međunarodni izvori ni međunarodni standardi i praksa relevantnih međunarodnih institucija uopšte ne navode kao okvir delovanja Ustavnog suda kada odlučuje o zaštiti ljudskih i manjinskih prava u postupku po ustavnoj žalbi.²⁴ U svakom slučaju, i prilikom tumačenja i prilikom primene odredbi o ljudskim i manjinskim pravima moraju se konsultovati i potvrđeni međunarodni ugovori i običajna pravna pravila, koja su u terminologiji važećeg Ustava obeležena kao opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.

POLOŽAJ OPŠTEPRIHVAĆENIH PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA U VAŽEĆEM USTAVU REPUBLIKE SRBIJE

Od usvajanja Mitrovdanskog Ustava postoji dilema povodom položaja opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u hijerarhiji pravnih normi unutar

²¹ Član 18 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

²² Marijana Pajvančić, „Kontroverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava“, *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava*, Zoran Radivojević (ur.), 2008, str. 252. Profesor Etinski insistira da se prilikom tumačenja i primene svih domaćih propisa, a ne samo ustavnih propisa o ljudskim pravima, mora voditi računa o postojanju međunarodnog ugovora i njegovog tumačenja od strane međunarodnih institucija. Rodoljub Etinski, „Neposredna primena međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013, str. 745.

²³ Više o tome kod Stephen Gardbaum, “Human Rights as International Constitutional Rights“, *The European Journal of International Law*, vol. 19/4, 2008, pp. 749-768.

²⁴ Član 170 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

pravnog poretka Republike Srbije. Pre svega, odredbom člana 16 stav 2 propisano je da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom. Takav zahtev, međutim, nije postavljen u odnosu na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Da li to znači da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava jače pravne snage od potvrđenih međunarodnih ugovora u unutrašnjem pravu? Dodatni argument za potvrđni odgovor na ovo pitanje je i odredba člana 194 stav 4 prema kojoj potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom, što se ponovo ne odnosi na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. S druge strane, Ustavni sud odlučuje o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom,²⁵ ali ne i o usaglašenosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Zbog toga bi možda postojao osnov za zaključak da su međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila iste pravne snage u unutrašnjem pravnom poretku. Ipak, kako opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne podležu kontroli ustavnosti, autor prihvata stav o prednosti opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava nad potvrđenim međunarodnim ugovorima.²⁶

Drugo je pitanje odnosa opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i Ustava. Pojedini autori ističu načelo ekvipariranosti međunarodnog i unutrašnjeg prava iz člana 16, zbog koga u istu ravan stavljaju Ustav i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.²⁷ Jasna je pak odredba prema kojoj je Ustav najviši pravni akt Republike Srbije.²⁸ Ona je osnov stavova da se na vrhu pravnog poretka nalazi samo Ustav, zatim su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, koja zbog svoje prirode i karaktera imaju nadugovornu snagu, ali ne veću od Ustava, te su ispod njih potvrđeni međunarodni ugovori, pa zakoni, i na kraju podzakonski akti.²⁹ Međutim, može li se braniti stav da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava u stvari iznad Ustava? Nedovoljno jasan odnos Ustava prema ovom izvoru prava definitivno otvara prostor i za ovakvo tumačenje. Prvenstveno bi trebalo imati u vidu jedno od kapitalnih pravila međunarodnog prava, prema kome se država ne može pozivati na svoje unutrašnje pravo kako bi opravdala neizvršenje svoje međunarodne obaveze,³⁰ uz dodatno podsećanje da važeći Ustav prihvata monizam sa primatom međunarodnog prava. Drugim rečima, svi važeći pravni akti u

²⁵ Član 167 stav 1, tačka 2 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

²⁶ Marijana Pajvančić, „Kontroverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava“, op. cit., str. 248.

²⁷ Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta*, broj 2, 2006, str. 10.

²⁸ Član 194 stav 2 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

²⁹ Bosa Nenadić, „Ustavni sud Republike Srbije“, *Revus*, 11/2009, str. 130.

³⁰ Article 27, Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

Republici Srbiji, pa tako i Ustav, moraju biti u saglasnosti sa međunarodnim pravom. Ako i ne bi bili, prednost u primeni bi imalo međunarodno pravo, uz eventualnu međunarodnu odgovornost države za protivpravni akt. Na to je ukazala i Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), naročito naglašavajući da se odredbe Ustava moraju tumačiti uzimajući u obzir međunarodno pravo, odnosno na način kojim se izbegava svaki sukob domaćeg i međunarodnog prava.³¹ Priznala je Venecijanska komisija i da je često kod drugih evropskih država, uključujući i one sa dugom demokratskom tradicijom, da daju veći značaj nacionalnim ustavima u odnosu na međunarodne ugovore, ali se o opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, njihovom nejasnom značenju i odnosu sa drugim izvorima prava u Republici Srbiji, nije izjasnila.³² U svakom slučaju, ako su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava stvarno običajna pravna pravila, koja kao takva obavezuju celu međunarodnu zajednicu i čine glavni, nekada čak dominantan izvor međunarodnog prava, ako ne podležu kontroli ustavnosti, te celokupan pravni poredak Republike Srbije mora biti u saglasnosti sa međunarodnim pravom, a samim tim i njima, i naposljetku, ako će se u sukobu bilo koje nacionalne norme, čak i ustavne, sa opšteprihvaćenim pravilom međunarodnog prava prednost uvek dati tom pravilu, nameće se zaključak da ona ipak jesu iznad Ustava.

DA LI SU I KAKO PREDLOŽENE IZMENE USTAVA ISPRAVILE UOČENE NEDOSTATKE?

Kao što je već objašnjeno u uvodnom delu ovog rada, aktuelni Ustav pokazao je značajnu nedoslednost kada se radi o odnosu sudova i sudija prema izvorima međunarodnog prava u Republici Srbiji. Još jednom, član 142 stav 2 propisuje da sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Jedna od zamerki upućena ovoj odredbi odnosi se na pitanje zašto nije propisala da sudovi sude i po osnovu međunarodnog prava, ako je već prihvaćena monistička koncepcija sa primatom međunarodnog prava, te se ono neposredno primenjuje.³³ Daleko od neosnovane, ova primedba ipak ne deluje kao glavni kamen spoticanja pravnika praktičara kada je reč o njihovom odnosu prema međunarodnom pravu. Sudovi su ovlašćeni da sude na osnovu dva glavna izvora međunarodnog prava i to bi moglo biti dovoljno da međunarodno pravo

³¹ Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), „Mišljenje o Ustavu Srbije“, *Savet Evrope*, CDL-AD(2007)004, br. 405/2006, 2007, str. 6.

³² *Ibid.*

³³ Ivana Krstić, „Status međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije i njegova primena u praksi“, op. cit., str. 28.

prihvate kao sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka, odnosno da međunarodno i unutrašnje pravo stvarno percipiraju kao deo jednog jedinstvenog pravnog sistema. Međutim, to je značajno otežano, možda čak i onemogućeno odredbom člana 145 stav 2 koja predviđa da se sudske odluke zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona. Na osnovu čega bi se onda moglo očekivati da će sudovi prihvatiti, primeniti i suditi na osnovu pravila međunarodnog prava, ako se sudska odluka ne može zasnivati na njima? Ambivalentan i nekonzistentan stav domaćih organa prema međunarodnom pravu u praksi je najverovatnije posledica opisanih nejasnoća i nedoslednosti u samom Ustavu Republike Srbije.³⁴

Zato, predložene izmene Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe predstavljaju dugo očekivanu priliku da se navedeni nedostaci isprave. Umesto toga, u svim amandmanskim tekstovima ista je odredba koja predviđa da je „sudija nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata“,³⁵ kojom se faktički menja član 142 važećeg Ustava. Drugim rečima, iz nepoznatih razloga i bez ikakvog obrazloženja, predloženo je da sudije i u svom radu, a ne samo u donošenju sudske odluke kao do sada, budu uskraćene za jedan izvor prava, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.³⁶ U slučaju da predložene izmene budu usvojene, međusobna usaglašenost ustavnih odredbi koje se odnose na izvore prava, jedinstvenost pravnog poretka Srbije i primenljivost

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Amandman IV stav 1. Radnog teksta amandmana na Ustav Republike Srbije od 22. januara 2018. godine, amandman V stav 1. Nacrta amandmana Ustava Republike Srbije od 13. aprila 2018. godine, amandman VI stav 1. Radnog teksta ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa usklađen sa preporukama Venecijanske komisije od 11. septembra 2018. godine i amandman VI stav 1. Nacrta ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa od 15. oktobra 2018. godine, dostupno na <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, pristupljeno 28.1.2019. godine

³⁶ „Opravdano se postavlja pitanje kako je moguće u tekstu amandmana IV izostaviti odredbu o tome da sudovi sude (tj. da se sudske odluke donose) i na osnovu „opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava“ (kada to stoji izričito u članu 142 stav 2 Ustava), odnosno u Amandman XIV ne uneti da javno tužilaštvo vrši svoju nadležnost i na osnovu „opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava“, Bosa Nenadić, „Osvrt na Radni tekst amandmana I-XXIV na Ustav Republike Srbije koje je pripremila Ministarstvo pravde“, Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018, str. 300. I drugi autori kritikovali su navedeni amandman, na primer Marijana Pajvančić, „Amandmani na Ustav Republike Srbije – Komentari na deo o sudovima“, Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018, str. 279, ili Centar za pravosudna istraživanja, „Komentari o Radnom tekstu amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije“, Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018, str. 219.

opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava biće dovedeni u pitanje. Dakle, opšteprihvaćena pravila ostaće izvor prava u Republici Srbiji, jer se član 194 važećeg Ustava ne menja. Njihov položaj u unutrašnjem pravnom poretku takođe će ostati nepromenjen, dakle nedovoljno jasan i u odnosu prema Ustavu i prema potvrđenim međunarodnim ugovorima, jer predmet izmena nisu ni članovi koji regulišu ovu materiju. Ono što je izvesno jeste da sudije neće imati mogućnost da primene običajna pravna pravila. Interesantno je, čak i zabrinjavajuće, da Venecijanska komisija nije ni pomenula navedenu izmenu u Mišljenju o nacrtu amandmana na ustavne odredbe koje se tiču pravosuđa.³⁷

Radi što potpunijeg sagledavanja iznetog problema, nužno je osvrnuti se i na ranije iznete stavove da se sudske odluke opravdano ne mogu zasnivati na maglovitom i neodređenom pojmu, kao što su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.³⁸ Razlozi za takvo opredeljenje su da to nije u skladu sa načelom legaliteta (u krivičnom postupku) i pravnom sigurnošću, kao i da može voditi širokim i potencijalno arbitrarnim tumačenjima.³⁹ Međutim, kako je već pokazano da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava običajna pravna pravila, tako citirani argument gubi na snazi, naročito jer su u međunarodnom pravu prilično kristalizovani metodi dokazivanja običajnih pravnih pravila.⁴⁰ Uostalom, sudije bi se uvek mogle pozvati i na autoritativna tumačenja Međunarodnog suda pravde ili drugih međunarodnih tela i tribunala, koji se u svojoj praksi često bave ispitivanjem i dokazivanjem običajnih pravnih pravila. S druge strane, kada bi se radilo o pravilu kojim se nijedan međunarodni organ nije bavio, sudije bi morale biti slobodne da samostalno ispitaju karakter određenog pravila i upuste se u dokazivanje njegove običajne prirode. Na kraju krajeva, *iura novit curia* ne mora biti ograničeno na unutrašnje pravo, pogotovo ne ako su unutrašnje i međunarodno pravo deo jedinstvenog pravnog sistema.

Pitanje je pak da li će uopšte sudijama i biti potrebno da primene ova pravila, imajući u vidu da je većina običajnih pravnih pravila u međunarodnom pravu već kodifikovana, kao i da je Republika Srbija država ugovornica većine relevantnih međunarodnih ugovora? Istini za volju, autor ne može predvideti veliki broj ovakvih

³⁷ Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), „Mišljenje o nacrtu amandmana na ustavne odredbe koje se tiču pravosuđa“, *Savet Evrope*, CDL-AD(2018)011, br. 921/2018, 2018, str. 7.

³⁸ Milan Škulić, „Neposredna primena međunarodnog krivičnog prava u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 10/2012, str. 80.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Videti na primer Bojan Milisavljević, Bojana Čučković, „Identification of Custom in International Law“, *Annals of Faculty of Law University of Belgrade*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 3/2014 ili Bojan Milisavljević, *Međunarodno običajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 71-119.

situacija. Ipak, čini se da je dovoljno da se pojavi makar i jedna u praksi, pa da pravosudni organi osete kako je „izmenjeni“ Ustav ograničio okvire njihovog delovanja. Pređimo na hipotetički primer. Među principima za zasnivanje krivične nadležnosti po međunarodnom pravu je i univerzalni princip, koji se može invocirati ako se ispune dve pretpostavke. Prva se odnosi na prirodu izvršenog dela, koje mora biti tako ozbiljno da vređa interes celokupne međunarodne zajednice, zbog čega ga ona smatra neprihvatljivim.⁴¹ Druga pretpostavka polazi od toga da nijedna država koja ima jaču vezu sa izvršenim delom ili učinioцем, po osnovu teritorijalnog, personalnog ili zaštitnog principa, nije bila sposobna ili voljna da sudi za izvršeno krivično delo.⁴² Iako je univerzalna nadležnost za različita krivična dela predviđena relevantnim međunarodnim ugovorima⁴³, za krivično delo genocida ona je i dalje u sferi običajnog pravnog pravila.⁴⁴ Drugačije rečeno, univerzalna nadležnost za krivično delo genocida izvire iz opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. I Krivični zakonik Republike Srbije priznaje univerzalnu nadležnost, mada ne predviđa za koja konkretna dela je moguće zasnovati je, ali zahteva da je u pitanju krivično delo za koje je po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno propisana minimalna kazna zatvora od pet godina, da se učinilac nalazi na teritoriji Srbije i da nije izručen stranoj državi.⁴⁵ Zamislivo je da stranac izvrši krivično delo genocida u inostranstvu, da mu nijedna druga država za to delo nije sudila, kao i da se on nađe na teritoriji naše zemlje. U toj situaciji, Srbija bi mogla da zasnuje nadležnost po osnovu univerzalnog principa, pozivajući se na relevantne odredbe Krivičnog zakonika, ali ne i pozivajući se na običajno pravno pravilo. Tako, ako bi i Krivični zakonik bio izmenjen, te navedena odredba o univerzalnoj nadležnosti stavljena van snage, sudovi u Srbiji više ne bi mogli da vrše univerzalnu nadležnost za krivično delo genocida. Štaviše, odredba člana 10 stav 3 Krivičnog zakonika propisuje i da kada se radi o univerzalnom principu, ako je u pitanju delo koje je u vreme kad je izvršeno smatrano krivičnim delom, prema *opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu* gonjenje se može preduzeti u Srbiji po odobrenju republičkog javnog tužioca, bez obzira na zakon zemlje u kojoj je krivično delo

⁴¹ Ivana Krstić, *Univerzalna nadležnost u međunarodnom pravu za teške povrede ljudskih prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 45.

⁴² *Ibid*, str. 45-48.

⁴³ Primera radi, Ženevske konvencije iz 1949. godine, Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova iz 1970. godine, Konvencija o pravu mora iz 1982. godine, Konvencija o zabrani mučenja i drugih oblika surovih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja iz 1984. godine itd.

⁴⁴ Ivana Krstić, *Univerzalna nadležnost u međunarodnom pravu za teške povrede ljudskih prava*, op. cit., str. 183.

⁴⁵ Član 9 stav 2 Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

učinjeno.⁴⁶ Ne ulazeći u ispitivanje razloga zbog kojih Krivični zakonik ne prati terminologiju važećeg Ustava, te umesto opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, koristi potpuno novi termin – opšta pravna načela priznata u međunarodnom pravu – sva je prilika da se i ovde radi o običajnim pravnim pravilima. Da pojasnimo. Ako bi se na teritoriji naše države našao stranac koji je u inostranstvu izvršio krivično delo genocida, koje međutim u vreme izvršenja nije bilo inkriminisano zakonom te zemlje, nadležni organi Republike Srbije mogli bi da preduzmu krivično gonjenje (i da sude) za ovo delo, ako je ono u vreme izvršenja smatrano krivičnim delom prema običajnim pravnim pravilima. Nevolja je pak u tome što bi se domaći organi morali pozvati na relevantno običajno pravno pravilo, a što im predložene izmene Ustava ne omogućavaju.⁴⁷

Prisutno je i kontroverzno pitanje krivičnog gonjenja za međunarodna krivična dela, koja su izvršena pre stupanja na snagu relevantnih izmena Krivičnog zakonika. Primera radi, zločin protiv čovečnosti je i pre inkriminacije u domaćem zakoniku predstavljao međunarodno krivično delo prema običajnim pravnim pravilima.⁴⁸ Ako bi se prihvatio stav da krivično gonjenje u ovakvoj situaciji ne vređa načelo zakonitosti, postavlja se pitanje da li bi uopšte domaći organi mogli krivično da gone i sude za zločin protiv čovečnosti izvršen pre inkriminacije u nacionalnom zakonodavstvu, pozivajući se na običajno pravno pravilo? U slučaju usvajanja predloženih izmena, odgovor bi definitivno bio odričan.

Naposletku, Ustav kao najviši pravni akt trebalo bi da gleda u budućnost i stvori okvire i ograničenja za postupanje organa državne vlasti. Ta ograničenja, međutim, ne znače uskraćivanje pojedinih izvora prava. Naprotiv, ona podrazumevaju pružanje širine u postupanju, koja bi omogućila donošenje pravičnih odluka. U tom smislu, nikako ne deluje opravdana eliminacija običajnih pravnih pravila kao izvora prava i okvira postupanja pravosudnih organa. Pre svega, iako je većina običaja kodifikovana, izvesno je da će u budućnosti nastati novi običaji, čija kodifikacija naravno nije zagarantovana. Zašto bi naši organi bili onemogućeni da primenjuju ova pravna pravila? Najpesimističniji hipotetički scenario bio bi da Republika Srbija

⁴⁶ *Ibid.*, član 10 stav 3.

⁴⁷ Mada profesor Stojanović ne smatra da bi se ovde radilo o neposrednoj primeni međunarodnog prava, jer bi se na učinjeno krivično delo primenilo naše krivično pravo, nadležni organi bi svakako morali da ispitaju sadržinu običajnih pravnih pravila i u skladu sa njima odluče ima li mesta kvalifikaciji dela kao krivičnog, te da se eventualno pozovu na relevantno običajno pravno pravilo. U svetlu predloženih izmena, prema kojima sudije ne sude na osnovu običajnih pravnih pravila, otvoreno je pitanje jesu li onda ovlašćene da se na iste pozivaju u svom radu. Za navedeni stav profesora Stojanovića videti Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, str. 61.

⁴⁸ Guido Acquaviva, Fausto Pocar, "Crimes against Humanity", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, par. 21.

istupi iz relevantnih međunarodnih ugovora, na primer svih onih koji zabranjuju mučenje, nečovečno ili ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Kako je zabrana mučenja običajno pravno pravilo, nacionalni organi bi jednako mogli da sude za kršenje ove zabrane, kada bi im Ustav to dozvolio. Na taj način, sudovi bi stvarno mogli da postupaju kao sudska vlast i pokažu nezavisnost i prkos pogrešnim odlukama izvršne vlasti, poput onih o istupanju iz međunarodnih konvencija.

Svi navedeni primeri, iako malo verovatni, dovoljno ilustruju sistemske probleme do kojih može dovesti brisanje samo nekoliko nejasnih reči iz najvišeg pravnog akta.

OPŠTEPRIHVACENA PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA U UPOREDNOM PRAVU

Često citiran kao jasan primer odnosa između unutrašnjeg i međunarodnog prava u monističkom smislu je član 25 Ustava Savezne Republike Nemačke iz 1949. godine, prema kome su opšta pravila međunarodnog prava sastavni deo prava savezne države, imaju prednost u odnosu na zakone i neposredno stvaraju prava i obaveze za stanovnike teritorije savezne države.⁴⁹ Što se međunarodnih ugovora tiče, oni moraju biti potvrđeni u skladu sa članom 59 stav 2, nakon čega imaju snagu zakona, za razliku od opštih pravila međunarodnog prava koja imaju jaču pravnu snagu od zakona.⁵⁰ Pitanje – šta su zapravo opšta pravila međunarodnog prava nekoliko puta je postavljano pred Ustavnim sudom Nemačke, koji ih je definisao kao „opšte primenljiva pravila običajnog prava (univerzalni međunarodni običaj, A. Z.) i opšte pravne principe“.⁵¹ U svakom slučaju, odnos nemačkog Ustava prema međunarodnom pravu opisan je kao „prijateljski“ (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), a i prilikom tumačenja Ustava vodi se računa o međunarodnom pravu (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*).⁵²

Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava prisutna su i u Ustavu Austrije iz 1920. godine, čiji član 9 propisuje da se navedena pravila smatraju sastavnim

⁴⁹ Article 25, Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/4e64d9a02.html>, pristupljeno 9.4.2019. godine.

⁵⁰ Maja Nastić, *Ustavopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*, op. cit., str. 47.

⁵¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 10. Juni 1997, 2 BvR 1516/96, par. 59, Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 13. Mai 1996, 2 BvL 33/93, par. 45.

⁵² Daniel Lovric, "A Constitution Friendly to International Law: Germany and its *Völkerrechtsfreundlichkeit*", *Australian Year Book of International Law*, 4/2006, p. 5.

delom državnog saveznog prava, a prema tumačenju doktrine podrazumevaju običajna pravna pravila.⁵³

Član 10 Ustava Republike Italije iz 1948. godine predviđa da se pravni poredak Italije usklađuje sa opštim principima međunarodnog prava, dok prema članu 117 država i regije vrše zakonodavnu vlast u skladu sa Ustavom, a u granicama utvrđenim pravom Evropske unije i međunarodnim obavezama, što je jasan indikator ustavnog statusa koje međunarodno pravo ima u unutrašnjem poretku ove države.⁵⁴ Takođe, opšti principi međunarodnog prava iz citiranog člana 10 tumače se kao međunarodno običajno pravo.⁵⁵

Dalje, odredba člana 8 stav 1 Ustava Portugala iz 1976. godine predviđa da pravila i načela opšteg ili zajedničkog međunarodnog prava čine sastavni deo portugalskog prava.⁵⁶ I za pomenuta pravila smatra se da predstavljaju običajna pravna pravila.⁵⁷

Ustav Ruske Federacije iz 1993. godine u članu 15 stav 4 koristi formulaciju „univerzalno prihvaćene norme međunarodnog prava i međunarodni ugovori i sporazumi“, za koje propisuje da čine sastavni unutrašnjeg pravnog poretka, kao i da će u slučaju sukoba međunarodnog ugovora i zakona, ugovor imati prednost.⁵⁸

Slično, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i ratifikovane međunarodne ugovore navodi i Ustav Grčke od 1975. godine, čiji član 28 kaže da od momenta kada su postali primenljivi, predstavljaju sastavni deo njenog pravnog sistema.⁵⁹ Ta su opšta pravila međunarodnog prava ponovo sinonim za običajna pravna pravila.⁶⁰

⁵³ Luzius Wildhaber, Stephan Breitenmoser, “The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1988, p. 185.

⁵⁴ Anne Peters, “Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law”, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 3/2009, p. 186.

⁵⁵ Antonio La Pargola, Patrick Del Duca, “Community Law, International Law and the Italian Constitution”, *The American Journal of International Law*, vol. 79, no. 3, 1985, p. 601.

⁵⁶ Article 8, Constitution of the Portuguese Republic, 25 April 1976, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5520.html>, pristupljeno 8.4.2019. godine

⁵⁷ Luzius Wildhaber, Stephan Breitenmoser, “The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”, op. cit., pp.174-176.

⁵⁸ Article 15, Constitution of the Russian Federation, 25 December 1993, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/3ae6b59f4.html>, pristupljeno 8.4.2019. godine.

⁵⁹ Article 28, The Constitution of Greece, 18 April 2001, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/4c52794f2.html>, pristupljeno 9.4.2019. godine.

⁶⁰ Luzius Wildhaber, Stephan Breitenmoser, “The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”, op. cit., p. 187.

Status međunarodnih izvora u unutrašnjem pravnom sistemu Francuske Republike regulisan je članom 55 Ustava iz 1958. godine, prema kome međunarodni ugovori i sporazumi koji su ratifikovani i potvrđeni na propisan način, nakon objavljivanja, imaju jaču pravnu snagu od zakona, pod uslovom da sporazum primenjuje i druga strana.⁶¹ Iako ovaj Ustav ne pominje izričito običajna pravna pravila, prisutni su stavovi da, kao i kada je reč o ustavima Holandije, Švajcarske,⁶² ili Sjedinjenih Američkih Država, izostanak reference prema običajima ne znači da ih sudovi ne primenjuju u praksi.⁶³

Ista je situacija i sa važećim Ustavom Hrvatske, koji se ne izjašnjava o položaju opštih pravila međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku. Odredba člana 141 kaže da međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu sa Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine deo unutrašnjeg pravnog poretka, da su po pravnoj snazi iznad zakona, kao i da se njihove odredbe mogu menjati ili ukidati samo pod uslovima koji su u njima utvrđeni ili saglasno opštim pravilima međunarodnog prava.⁶⁴ Različito, Ustav Crne Gore iz 2007. godine u članu 9 propisuje da su potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primenjuju kada odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva.⁶⁵ Očekivano, navedena odredba najbliža je odredbi člana 16 našeg Ustava, mada je jasnija i nedvosmislenija u prednosti koju daje međunarodnom pravu.

Bez obzira na to da li pomenuti ustavi usvajaju monizam, dualizam ili ma kakvu hibridnu koncepciju, zajedničko im je što prihvataju, a često i propisuju neposrednu primenu običajnih pravnih pravila. Štaviše, praksom su argumentovani i stavovi da osim ako bi običajna pravna pravila bila eksplicitno isključena ustavnim aktom, u svakoj drugoj situaciji sudovi će pretpostaviti njihovu opštu inkorporiranost u unutrašnji pravni poredak.⁶⁶ Izričita odredba koja se odnosi na običajno pravo samo

⁶¹ Article 55, Constitution of the Republic of France, 4 October 1958, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/3ae6b594b.html>, pristupljeno 8.4.2019. godine.

⁶² Mada Ustav Švajcarske u članu 190 predviđa da Vrhovni sud i ostali sudski organi primenjuju federalne propise i međunarodno pravo, Federal Constitution of the Swiss Confederation, 18 April 1999, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/3ae6b6040.html>, pristupljeno 9.4.2019. godine.

⁶³ Luzius Wildhaber, Stephan Breitenmoser, "The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries", op. cit., p. 189.

⁶⁴ Član 141 Ustava Republike Hrvatske, "Narodne novine", br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćen tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćen tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćen tekst, 55/2001 – ispravak, 76/2010.

⁶⁵ Član 9 Ustava Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 1/2007 i 38/2013.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 205.

je deklarativnog karaktera i ističe nepobitnu vezu između unutrašnjeg i međunarodnog prava, te osigurava da će se o međunarodnom pravu voditi računa i u budućnosti.⁶⁷

UMESTO ZAKLJUČKA - APEL, JER JOŠ UVEK NIJE KASNO

U momentu pisanja ovog rada, predložene izmene Ustava Republike Srbije još uvek nisu usvojene. Vlada je podnela predlog za promenu Ustava Narodnoj skupštini, te je javna rasprava tek pred nama. Zato bi ovaj tekst i trebalo posmatrati kao doprinos čitavom procesu, radi suočavanja različitih stavova i mišljenja. Predlozi stručne javnosti i profesije svakako su od presudnog značaja za stvaranje kvalitetnog i istrajnog akta, koji će uspeti da odgovori svim izazovima u budućnosti, među kojima je verovatno najveći – pristupanje Srbije Evropskoj uniji. U tom smislu, ako je stav većine država članica ujedinjene Evrope prema običajnim pravilima odavno jasan, te ih pretežno prihvataju kao deo unutrašnjeg prava i ostavljaju prostor njihovoj neposrednoj primeni, zašto bi Srbija izabrala drugačiji odnos? Naročito imajući u vidu da se već nalazi na „evropskom putu“. Ukoliko bi stav većine ipak bio da nema mesta neposrednoj primeni običajnih pravnih pravila, onda bi valjalo izmeniti i ostale odredbe Ustava koje se odnose na ovaj izvor prava. Time bi se priklonili nečemu što najviše podseća na dualizam, pa odvojili unutrašnje od međunarodnog prava i rasteretili sudije i sve ostale nacionalne organe bremena primene međunarodnog prava i poštovanja prakse relevantnih međunarodnih institucija. Svakako, najbesmislenije rešenje deluje ono neopredeljeno, prema kome opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava jesu deo unutrašnjeg pravnog poretka i neposredno se primenjuju, osim što sudije ne mogu suditi na osnovu njih, niti se sudska odluka na njima može zasnivati.

LITERATURA

Acquaviva, Guido, Pocar, Fausto, „Crimes against Humanity“, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

Centar za pravosudna istraživanja, „Komentari o Radnom tekstu amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije“, Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018.

Dimitrijević, Vojin, et al., *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2012. Centar za pravosudna istraživanja, „Komentari o Radnom tekstu amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije“,

⁶⁷ *Ibid.*, p. 206.

- Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018.
- Dworkin, Ronald, "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, 35/1967.
- Đajić, Sanja, „Primena međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije: načela i praksa“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013.
- Etinski, Rodoljub, „Neposredna primena međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013
- Gardbaum, Stephen, "Human Rights as International Constitutional Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 19/4, 2008.
- Krstić, Ivana, „Status međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije i njegova primena u praksi“, *Pravni život*, 64, knj. 578, br. 12, 2015. godina.
- Krstić, Ivana, *Univerzalna nadležnost u međunarodnom pravu za teške povrede ljudskih prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- La Pargola, Antonio, Del Duca, Patrick, "Community Law, International Law and the Italian Constitution", *The American Journal of International Law*, vol. 79, no. 3, 1985.
- Lovric, Daniel, "A Constitution Friendly to International Law: Germany and its Völkerrechtsfreundlichkeit", *Australian Year Book of International Law*, 4/2006.
- Lukić, Radomir, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961.
- Lowe, Vaughan, *International Law*, Oxford University Press, 2007.
- Marković, Ratko, „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta*, broj 2, 2006.
- Milislavljević, Bojan, Čučković, Bojana, "Identification of Custom in International Law", *Annals of Faculty of Law University of Belgrade*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 3/2014.
- Milislavljević, Bojan, *Međunarodno običajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Nastić, Maja, *Ustavopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012.
- Nenadić, Bosa, „Osvrt na Radni tekst amandmana I-XXIV na Ustav Republike Srbije koje je pripremila Ministarstvo pravde“, Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, *Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018.
- Nenadić, Bosa, „Ustavni sud Republike Srbije“, *Revus*, 11/2009.

- Novaković, Marko, „Odnos države prema ljudskim pravima kroz neposrednu primenu međunarodnih konvencija“, *Basic Concepts of Public International Law – Monism and Dualism*, Marko Novaković (ed.), PF, IUP, IMPP, Belgrade, 2013.
- Pajvančić, Marijana, „Amandmani na Ustav Republike Srbije – Komentari na deo o sudovima“, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka, Društvo sudija Srbije*, Beograd, 2018.
- Pajvančić, Marijana, „Kontroverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava“, *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava*, Zoran Radivojević (ur.), 2008.
- Peters, Anne, “Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law“, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 3/2009.
- Petersen, Niels, “Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation“, *American University International Law Review*, vol. 23/2, 2007.
- Stojanović, Zoran, *Komentar Krivičnog zakonik*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Shaw, QC Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Škulić, Milan, „Neposredna primena međunarodnog krivičnog prava u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 10/2012.
- Wildhaber, Luzius, Breitenmoser, Stephan, “The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries“, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1988.